

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

طرق تحديد القانون الواجب التطبيق

على عقود التجارة الدولية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

إشرافه الأستاذ الدكتور

معاشو عمار

إعداد الطالب

عيد عبد الحفيظ

لجنة المناقشة

أ. د - كايس الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - رئيسا

أ. د - معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - مشرفا ومقررا

أ. د - لمطاعي نورالدين، أستاذ، جامعة الجزائر 1، ممتحنا

أ. د - بشير محمد، أستاذ، جامعة الجزائر 1 ممتحنا

د - قبايلي طيب، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2017/03/02

كلمة شكر

اعترافاً بالفضل أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان

إلى استاذي المشرف

الأستاذ الدكتور معاشو عمار

الذي زودني بتوجيهاته ونصائحه القيمة، اثناء إنجاز هذا العمل، وقام بمراجعة هذه الأطروحة وتصويبها، فجزاه الله

عنّي كلّ خير

عبد الحفيظ

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

الوالدين الكريمين

إخوتي وأخواتي

زوجتي

أولادي، ريان و محمد

محمد العفيف

قائمة أهم المختصرات

CCI	: Chambre de Commerce International
CMI	: Comité Maritime International
CNUCED	: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le Droit Commerciale International
FASC	: Fascicule
FFF	: Fédération Française de la Franchise
Ibid	: Référence précitée
J-CL	: Juris classeur
L.G.D.J	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LITEC	: Librairie Technique
O.P.U	: Office des Publications Universitaires
OHADA	: Organisation pour L'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
P.U. F	: Presses Universitaires de France
UNICITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: Institut international pour l'unification du droit privé

حق سلفه

عرفت المجتمعات البشرية منذ القدم علاقات تجارية فيما بينها لتزود نفسها بما تحتاج إليه من سلع التي تفتقر إليها ، فتولى نظام المقايضة والذي هو بمثابة النشاط التجاري في شكله البدائي تلبية بعض الحاجيات الجدّ محدودة والذي اختفى في وقت لاحق نتيجة تطور وتنوع ما هو ضروري لتلبية حاجيات هذه المجتمعات ، ومن ثمة ظهرت الحاجة إلى البحث عن طرق أخرى تكفل لهم الحصول على ما يسعون إلى تحقيقه بكيفية تتماشى مع التطور الحاصل في هذه المجتمعات والمتمثلة في عملية البيع والشراء وكان ذلك بعد ظهور المعادن النفيسة والنقود التي أصبحت كبديل لعملية المقايضة .

زاد نطاق العلاقات التجارية مع تطور هذه المجتمعات التي استقرت في كيانات سياسية وهي الدول التي وجدت نفسها في ضرورة ملحة لتطوير التجارة سواء كان ذلك على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي لتتحقق أهداف سياسية واقتصادية واجتماعية ، فالرّخو الاقتصادي يؤدي إلى استقرار الدولة ونجاح النظام السياسي السائد فيها كونه يحقق أهداف اجتماعية تظهر في الرخاء الذي تعيش فيه هذه المجتمعات ؛ ومن هنا ظهرت حتمية تعزيز وتطوير المبادلات التجارية بين الدول وبمختلف مستوياتها الاقتصادية سواء كان ذلك بين الدول المتخلفة أو بين الدول المتقدمة أو بين هذه الأخيرة والدول المتخلفة .

فأهمية المبادلات التجارية جعلت الدول تتكاثف فيما بينها متجاهلة كل ما يفرق بينها كاللغة والدين وطبيعة النظام السياسي السائد فيها والمسافة التي تفصل فيما بينها ودون التمييز بين أوقات الحرب والسلم، لأن الحاجة الاقتصادية أولى بالاعتبار من كل ما سبق ، فقد كشف لنا ماضي البشرية أن الحملات الاستعمارية تصاحبها حملات تجارية وهذا إن لم نقل أن سبب الحملات الاستعمارية هو البحث أسواق جديدة خارج حدود الدول المستعمرة .

إذا كان نموّ وتطور إقتصاد الدول يعتمد على زيادة في معدل نموّ التجارة الدولية والتي تظهر في عملية الصادرات والواردات التي هي من أهم مظاهر التجارة

الدولية في وقتنا الحالي ، فإن هذا يتطلب ازالة العوائق التي تبطئ هذه المبادلات والتي تعكس سلبا على الاقتصاد الوطني وذلك عن طريق توفير مناخ قانوني يحفز على توسيع من نطاق هذه التجارة والذي يعتبر من أهم العوامل التي تشجع على القيام بهذه العلاقات التجارية العابرة للحدود .

و ما يساعد في تنمية وتطوير التجارة على الصعيد الدولي من الناحية القانونية هو البحث عن القواعد القانونية التي ستتكل بتقديم الحلول للنزاعات في حالة وجودها، فالبحث عن الصفقات التجارية المرعبة التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها المرتبطة بالجانب المادي للعقد في حالة تنفيذه بشكل عادي ، فإن هذا الأمر لا يتحقق في كل الحالات لإمكانية وجود خلافات تظهر بعد ابرام العقد ينشأ عنها نزاع يتعين اللجوء إلى الجهة القضائية للفصل فيه .

لا تطرح الصعوبات إذا ما كان النزاع وطني بكل عناصره لأن القضاء الوطني ينقيد بالتشريع الداخلي الذي أعد أصلا للفصل في مثل هذه النزاعات بقواعد قانونية لا تشكل أي مفاجئة للأطراف كونهم يتمون إلى البيئة القانونية التي صدرت فيها هذه التشريعات واجبة التطبيق على نزاعاتهم وهذا ما يزودهم بالأمن القانوني الذي يساهم في استقرار المعاملات .

أما إذا كانت العلاقة العقدية تدرج ضمن عقود التجارة الدولية والتي لها صلة بأكثر من نظام قانوني واحد، تطرح هذه الحالة مسألة في غاية الأهمية والمتمثلة في البحث عن القانون واجب التطبيق وهذا ما يثير مسألة تنازع القوانين بشأن هذه العقود والتي تؤثر على نحو مباشر على مصالح الأطراف نتيجة اختلاف مضمون هذه القوانين ويعني ذلك اختلاف الحلول التي يمكن تعطي لنزاع واحد .

يعتبر موضوع البحث عن القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم وأبرز مواضيع القانون الدولي الخاص الذي أثاره فقه تنازع القوانين منذ زمن بعيد والذي عرف تطورات عديدة حسب تطور العلاقات الخاصة الدولية المختلفة المنبثقة من إنتقال الأشخاص من مجتمع لآخر ومن مدينة لأخرى ومن دولة لأخرى

في اطار روابط عقدية مختلفة وأبرزها تلك المتعلقة بالمبادلات التجارية التي زاد حجمها في ظل التطورات الراهنة للتجارة الدولية .

تقوم فكرة تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية على البحث عن القانون الأكثر ملاءمة يطبق على النزاع يراعي مصالح الأطراف على نحوٍ يشجعهم على ابرام مثل هذه العقود وهذا ما يندرج من بين أهم إهتمامات فقه قانون الدولي الخاص والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن والتشريعات الوطنية ؛ وتجسدت هذه الفكرة بعد أن تم هجر الأفكار الفقهية التي كانت تنادي بالتطبيق الإقليمي للقوانين لحماية للمصالح الوطنية حتى لو كان ذلك على حساب العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

لم تعد في وقتنا الحالي فكرة تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية على نحو عام وعلى عقود التجارة الدولية على نحو خاص، تقوم على تغليب قانون على آخر بالنظر إلى الإعتبرات الوطنية الضيقة وإنما تقوم على تقدير أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع بحيث يتساوى فيها القانون الوطني مع بقية القوانين الأجنبية ، وكلما تبين القانون الأفضل بشأن مسألة معينة يكون هو واجب التطبيق ، ولهذه الفكرة تطبيقات في مجال التجارة الدولية التي تخضع للقانون الذي يعينه الأطراف أنفسهم والذي أصبح من أهم المبادئ المستقرة في هذا المجال ويستوي الأمر بين حالة عرض النزاع على القضاء الوطني أو على قضاء التحكيم .

يمكن للأطراف إختيار القانون واجب التطبيق حالة عرض النزاع على القضاء الوطني تطبيقا لقاعدة التنازع التي مكنتهم من هذا الاختيار وهذا ما ترتب من مختلف التطورات التي عرفها فقه قانون الدولي الخاص الذي إستقر على هذا المبدأ، ومن ثمة أصبح كقاعدة عالمية شكلت منهاجاً فنيا قائماً بذاته يعرف بالمنهج التنازعي على ضوءه يتم تحديد القانون المختص والذي ساد وسيطر لفترة معتبرة من الزمن وحضي بدراسات كثيرة ومتنوعة في فقه قانون الدولي الخاص، وكما صدرت بشأن هذا الموضوع أحكام قضائية ساهمت في مجموعها في تكريس حلول تشريعية تقوم على

تمكين الأطراف من اختيار القانون المختص إذا ما كان العقد يخص عقود التجارة الدولية .

بعد التطور الذي لحق هذه العقود العابرة للحدود خاصة بعد التطور العلمي والتكنولوجي الذي غير من أساليب التعاقد نتيجة ابتكار عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل ، تبين قصور القوانين الوطنية في تنظيم هذه العقود ومن ثمة ظهرت الحاجة إلى البحث عن قواعد قانونية تستوعب هذا التطور لتكون الاطار المنظم لها ، وهذا ما أدركه الناشطون في مجال التجارة الدولية وساندهم كل من الفقه والقضاء حيث بحثوا عن بديل لاستبعاد قصور منهج تنازع القوانين الذي يؤدي إلى تطبيق القوانين الداخلية، وأدى هذا إلى العمل بالقواعد الموضوعية التي تعرف بقواعد التجارة الدولية التي ظهرت في وقت كانت المعاملات التجارية تنظمها قواعد عرفية والتي إختفت خلال مرحلة تقنين القوانين والتي عادت من جديد بعد التطورات التي عرفتها التجارة الدولية .

بوجود مثل هذه القواعد يعني وجود منهج آخر كفيل لحل نزاعات التجارة بكيفية مباشرة دون المرور عن تعقيدات قاعدة التنازع ويعرف بالمنهج المباشر القائم على وجود قواعد موضوعية ذات مضمون عالمي تستجيب للتطورات التي حصلت في مجال التجارة الدولية. هذا ما يشكل في الأخير تعدد طرق حل نزاعات التجارة الدولية والمتمثلة في المناهج التي يعتمد عليها لحل نزاعات التجارة الدولية.

يشكل موضوع الدراسة أهمية خاصة في الدراسات القانونية القديمة منها والحديثة والتي شكلت أهم وأبرز مواضيع قانون الدولي الخاص لارتباطه بأهم الأنشطة التجارية على المستوى الدولي والتي لا يمكن تجاهلها مهما بلغ التقدم الاقتصادي لكل دولة. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى توفير بيئة قانونية خاصة تشجع مثل هذه التجارة بقواعد قانونية سواء كانت تنتمي إلى المحيط الداخلي لدولة معينة أو تنتمي إلى عالم يتجاوز نطاق القوانين الداخلية ساهمت فيه الدول مجتمعة بطرق

مختلفة في تكوين وارساء مثل هذه القواعد ترضى مصالح الأطراف وتشجعهم في استثمار أموالهم .

إذا كانت التجارة الدولية تدرج ضمن العلاقات الخاصة الدولية يقوم بها أطراف يخضعون للقانون الخاص بما فيها الدولة أو أحد هيئاتها إذا ما تولت عملية البيع والشراء، فلا يعني هذا الموضوع أنه خارج نطاق بعض الاعتبارات السياسية التي تأخذ بعين الاعتبار من قبل الدول عند إصدار تشريعاتها أو عند انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية ، فهناك الكثير من الاعتبارات تؤثر بطرق عديدة في المناهج التي ترى فيها الدولة أكثر فعالية لحل نزاعات التجارة الدولية لتنسيق بين المصالح الخاصة للأفراد والمصلحة العامة التي لا تقبل المنافسة من أي قانون أجنبي لطابعها الأمر يهدف المشرع من وراءها تحقيق مجموعة من المصالح المختلفة سواء كانت ذات طابع سياسي أو إجتماعي أو اقتصادي جديرة بالحماية لا يمكن أن تكون محل منافسة من قبل أي قانون آخر .

بما أن التجارة الدولية في تطور مستمر يعني تطور مشاكلها وتعقيداتها نتيجة بروز عقود جديدة أفرزها التقدم الصناعي والتكنولوجي وهذا ما طرح مشكلة إعادة النظر في القواعد القانونية التي تنظم هذه العقود خاصة بعد بروز قضاء خاص يتولى الفصل في مثل هذه النزاعات ؛ كل هذا ولّد دراسات قانونية أخرى حديثة نسبياً تسعى إلى تحديد القواعد القانونية التي تطبق على هذه العقود، هذا ما أضفى على هذا الموضوع أهمية خاصة في وقتنا الحالي كونه يتصف بالتطور والحدثة تماشياً مع تطور التجارة الدولية .

من هذه الأهمية تظهر أسباب اختيارنا لهذا الموضوع الذي كثرت بشأنه الدراسات القانونية المجسدة في النظريات الفقهية والمواقف التشريعية وأبرمت بشأنه اتفاقيات دولية تولّد منها بروز مناهج قانونية على ضوءها يتم الكشف عن القانون واجب التطبيق والتي تؤثر على نحو مباشر على المبادلات التجارية بالنظر إلى ارتباط مصالح الأطراف بالسياسة التشريعية لكل دولة .

كما سنتولى في هذا الموضوع اعطاء أهمية خاصة للتشريع الجزائري الذي تصدى هو الآخر لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود للوقوف على أهم المزايا والنقائص التي تسوده مقارنة مع التشريعات الأخرى في القانون المقارن وهذا بعد أن لا حضا نقص الدراسات المتخصصة باستثناء القليل منها ، فمعظمها تثير هذه المسألة - القانون واجب التطبيق - بصفة عرضية وذلك عندما تشير إلى كيفية حل النزاعات المترتبة من العقود الدولية على نحو عام.

تكون هذه الدراسة وفقا لمنهجين أساسيين وهما، المنهج التاريخي والمنهج المقارن وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوع الذي يتطلب دراسة تاريخية للكشف عن أصل بعض المبادئ المستقرة في فقه قانون الدولي منذ زمن بعيد ومن ثمة عرفت عدة تطورات إلى أن تبنتها التشريعات الحديثة. من خلال المنهج المقارن نتمكن من إجراء مقارنة بين عدة قوانين التي تنتمي مختلف الأنظمة القانونية لإظهار الطرق التي تبين القانون واجب التطبيق.

انطلاقا من كل ما سبق، سنتولى دراسة هذا الموضوع من كل الجوانب القانونية التي أثارها فقه قانون الدولي الخاص، والأحكام القضائية التي صدرت بشأنه، وكيف أثرت على التشريعات الوطنية وكيف دفعت مجتمع التجارة الدولية إلى تنظيم أمور هذه التجارة ، وذلك بالنظر إلى أهمية هذا الموضوع في وقتنا الحالي لوجود علاقات تجارية ذات البعد الدولي مرتبطة بأكثر من قانون واحد تطرح مسألة البحث عن الطرق التي تؤدي إلى تحديد القانون المختص ؟

في سبيل تحديد هذه الطرق ، سنتولى تقسيم موضوع الرسالة إلى بابين أساسيين؛ سنتولى في الباب الأول إظهار طرق تحديد القانون المختص إنطلاقا من أعمال قاعدة الإسناد . أما في الباب الثاني سنبين مثل هذه الطرق إستنادا إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي تتكفل بتقديم الحل المباشر للنزاع.

الباب الأول
التحديد التنازعي للقانون
واجب التطبيق على عقود
التجارة الدولية

يقوم التحديد التنازعي لقانون العقد الدولي على قاعدة إسناد تشير إلى القانون المختص بكيفية غير مباشرة لتتولى القواعد الموضوعية في هذا القانون الفصل في النزاع . مع تعدد العلاقات الخاصة الدولية يقابله من ناحية تنازع القوانين تعدد قواعد الإسناد التي تربط العلاقة القانونية بأكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع المعروف على القضاء الوطني ؛ والقانون الملائم لحكم العقد التجاري الدولي وفقا للمبدأ السائد في القانون الدولي الخاص هو قانون الإرادة والذي يعرف في نظرية تنازع القوانين بمبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق .

أثار فقه تنازع القوانين منذ القدم مسألة القانون واجب التطبيق على العقود التجارية التي تربط مدن تنتمي إلى أعراف مختلفة في إطار نظرية تنازع القوانين والتي عرفت تطورات مختلفة إلى أن إستقر الأمر على إخضاع العقد لقانون الإرادة وأصبح من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها لتحديد القانون واجب التطبيق على هذه عقود العقود (الفصل الأول) .

أهم ما يميز التحديد التنازعي للقانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة وعلى عقود التجارة الدولية بصفة خاصة هو اتباع مجموعة من الخطوات ذات طبيعة فنية منبثقة من طبيعة منهج تنازع القوانين الذي يكشف عن القانون المختص بكيفية غير مباشرة ليكون واجب التطبيق على التصرف القانوني . بالإضافة إلى ما سبق، نجد أن هناك مجموعة من الإعتبارات تنقيد بها الدولة عند وضع التشريعات المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق والتي تؤثر على نحو مباشر على نطاق إختيار القانون واجب التطبيق (الفصل الثاني) .

الفصل الأول

اخضاع عقود التجارة الدولية

لقانون الأرادة

تبنت قواعد الإسناد مبدأ إختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وجعلت منه كضابط إسناد أصلي على أساسه يتم إسناد العقد الدولي للقانون الذي يتولى الأطراف تحديده . وظهر هذا المبدأ بعدما أن استقر في نظرية تنازع القوانين التي عرفت تطورات عميقة نتيجة تطور الروابط الدولية في مجال التجارة الدولية، وبعدها أصبح كقاعدة عالمية تبنتها مختلف التشريعات الوطنية على ضوءه يتم تحديد القانون المختص (المبحث الأول).

كلما كان هناك إختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف يتعين على القاضي تطبيقه. وفي حالة عدم الإختيار، يتولى القاضي أعمال الضوابط الإحتياطية بكيفية جامدة ، أو عن طريق منحه - للقاضي - سلطة تقديرية لتحديد مثل هذا القانون (المبحث الثاني) .

ظهرت إتجاهات فقهية وما لها من تأثير بالغ على مختلف التشريعات الوضعية تبين نطاق إختيار قانون العقد الدولي ؛ فهناك من يرى أن للأطراف إمكانية إختيار القانون المختص بكيفية مطلقة ، وهذا على خلاف ما يراه الإتجاه الثاني الذي يعطي للأطراف إمكانية إختيار القانون المختص ولكن في حدود ما يسمح به القانون (المبحث الثالث) .

المبحث الأول

تطور قاعدة إخضاع عقود التجارة

الدولية لقانون الإرادة

ليست فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة وليدة العصر الحديث، وإنما يرجع تاريخها إلى عصور جد قديمة قدم العلاقات التي عرفها ماضي الإنسان منذ زمن بعيد ، فكان العقد آنذاك يخضع لقانون معين سابقا ليس للإرادة أي دور في إختياره ويفسر ذلك على أساس أن إرادة الأطراف الضمنية إتجهت إلى إختيار هذا القانون (المطلب الأول). بعد التطورات الحاصلة في فقه القانون الدولي الخاص وما إستقرت عليه الأحكام القضائية أصبح العقد يخضع لقانون الإرادة (المطلب الثاني) ، ويظهر ذلك من خلال قاعدة الإسناد التي وُضعت لتحديد القانون المختص على هذه العقود (المطلب الثالث).

المطلب الأول

استبعاد دور الإرادة في إختيار

القانون واجب التطبيق

إضطلع فقهاء القانون الدولي الخاص منذ القدم إلى وضع حلول فقهية تبين القانون واجب التطبيق على العلاقات التجارية التي تتم بين أفراد ينتمون إلى مدن مختلفة ، فكان العقد في أولى مراحل تطور نظرية تنازع القوانين يخضع لقانون محدد سلفا على أساس أن إرادة الأطراف إتجهت إلى إختياره (الفرع الأول) . لم يتغير الوضع لدى الفقه الحديث نسبيا الذي تجاهل هو الآخر دور الإرادة الصريحة في إختيار القانون المختص (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة

تنازع القوانين لدى الفقه الكلاسيكي

يتمثل الفقه الكلاسيكي في نظرية الأحوال التي وضعها رجال فقه أوروبا القديمة لفض التنازع القائم بين قوانين الدولة الواحدة لتتولى لاحقا فض هذه المشكلة بين قوانين مختلف الدول (1) ، وذلك بعدما أن برزت ظروف مهدت لهذا التنازع خاصة بعدم أن تم هجر التطبيق الإقليمي للقوانين الذي يستبعد بصفة كلية تنازع القوانين وكان ذلك مع بداية القرن الثالث عشر في شمال إيطاليا التي ازدهرت فيها التجارة وكونت أنظمة محلية خاصة بها بجانب القانون الروماني الذي كان سائدا في وقت سابق (2) .

وضع فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة للنبات الأولى لحل مشكلة تنازع القوانين والتي تعتبر النواة الأولى لظهور قواعد الإسناد. خلال القرن الثاني عشر والقرن الثالث عشر إعتبر شراح هذه المدرسة العقود من الأحوال العينية التي تسري على كل التصرفات التي تبرم على الإقليم وهذا دون أن يتم التمييز بين شكل العقد وموضوعه ،

1- عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني : في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الطبعة التاسعة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1986 ، ص 13 .

2- بعد أن تم غزو الإمبراطورية الرومانية من قبل البربر في القرن الخامس ميلادي، ظهر مبدأ شخصية القوانين المطلق الذي ساد إلى غاية نهاية القرن الحادي عشر الذي يستبعد بصفة مطلقة ظاهرة تنازع القوانين والسبب في ذلك يرجع إلى أن الغزاة (القبائل الجرمانية) لم يفرضوا قوانينهم على الأقاليم التي تم غزوها، فأصبح لكل شعب أو قبيلة نظمها القانونية الخاصة بها ؛ فبجانب القانون الروماني الذي يسري على أبناء المدن هناك قوانين جاء بها الغزاة لتطبق عليهم المستمدة من تقاليد شعوبها .

بعد نهاية القرن الحادي عشر الميلادي إستقرت القبائل الجرمانية ونشأت دويلات إقطاعية ذات سيادة كاملة على مقاطعتها، وكل مقاطعة تطبق قوانينها تطبيقا إقليميا تمنع تطبيق القوانين التابعة لمقاطعة أخرى. وهذا ما يسمى بالتطبيق الإقليمي للقوانين . راجع:

- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص 64-65 .

فكان العقد يخضع في مجموعه لقانون بلد الإبرام⁽³⁾. بعد ذلك ظهرت أولى المحاولات التي تميّز بين شكل العقد وموضوعه ، فقد أخضع الفقيه DE BELLEPERCHE Pierre شكل العقد لقانون القاضي (قانون المحكمة المختصة) أما موضوع العقد فما زال يخضع لقانون مكان الإبرام ، وقد أخذ الفقه اللاحق بهذا التقسيم كما هو الشأن بالنسبة للفقيه FABRE Jean⁽⁴⁾.

كما تساءل الفقيه بارتول BARTOL (1357-1314) عن القانون واجب التطبيق على العقد المبرم من قبل أجنبي في مدينة تسمى Pérouse وتم رفع الدعوى في موطن هذا الأجنبي ؛ في هذا الإطار ميز هذا الفقيه بين شكل العقد الذي يخضع لقانون مكان إبرامه وبين إجراءات التقاضي التي تخضع لقانون مكان رفع الدعوى، فيما يخص موضوع النزاع فقد ميز بين الآثار الطبيعية للعقد وأخضعها لقانون مكان إبرامه وأما الآثار غير المباشرة المترتبة من الإهمال والأعذار فتخضع لقانون مكان تنفيذه أو لقانون مكان رفع الدعوى⁽⁵⁾.

كما تأثر الفقه الذي برز خلال القرن الخامس عشر بالتقسيم السابق الذي جاء به الفقيه بارتول و دافعوا عليه كما الشأن بالنسبة للفقيه Balde الذي ميّز هو الآخر بين إجراءات الإثبات التي تخضع لقانون مكان رفع الدعوى (قانون القاضي) وبين موضوع الإثبات الذي يخضع لقانون مكان إبرام العقد .

يخضع العقد وفقا للفقه السابق لقانون مكان إبرامه دون إعطاء أي دور للإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق ويبرر ذلك أن مكان الإبرام هو من أفضل القوانين لحكم موضوع العقد بإعتباره قانون مكان ميلاده ، وأكثر من ذلك، يرى الفقيه Balde إن العقد مثل الأشخاص الذي يخضعون لقانونهم الشخصي فان العقود هي

3 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص24.

4 - THENEVIN (M) Jean, La loi applicable aux contrats dans le droit international prive anglais compare avec le droit français, Thèse pour doctorat, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1961, p7.

5- Ibid , p7-8.

الأخرى تخضع لقانون مكان إبرامها. أما بالنسبة للفقهاء Curtius قد علل ذلك أن الإرادة الضمنية للأطراف إتجهت إلى تطبيق هذا القانون⁽⁶⁾.

إذا كان فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة قد وضعوا اللبنة الأولى لقواعد الإسناد وما زال بعضها مكرسة في التشريعات الحالية وكما عرفت بعض القواعد الأخرى تطورات مختلفة واستقرت على نحو مخالف الذي ظهرت فيه كما هو الشأن بالنسبة لقاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة بعدما أن كان يخضع لقانون مكان إبرامها وهذا دون التمييز بين الشكل والموضوع ؛ و مع التطورات الحاصلة في الفقه ، أصبح شكل التصرفات يخضع لقانون مكان إبرام التصرف وأما العقد من حيث الموضوع بدأت ملامح إخضاعه لقانون الإرادة .

من بين التطورات الحاصلة في فقه الأحوال، هو إنتقاله إلى فرنسا لوجود صلات علمية بين مدن شمال إيطاليا وفرنسا ،فكان العلماء الإيطاليون يدرسون بمعاهد فرنسا وبالمقابل ينتقل الفرنسيون إلى إيطاليا للإطلاع على فقه الإيطاليين⁽⁷⁾ ؛ ومن هذا الإحتكاك وجد فقه الأحوال منفذا ليستقر في فرنسا على يد بعض الفقهاء الفرنسيين كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء ديمولان Dumoulin (1500-1566) الذي إعتنق الكثير من

6 - THENEVIN jean ,op.cit, p 8-9.

- تجدر الإشارة إلى أن فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة وضعوا مجموعة من الحلول تخص العلاقات الخاصة الدولية على نحو عام وليس للعقود فقط ، فقد بَيّنوا القانون واجب التطبيق على حالة الأشخاص وأهليتهم وأخضعوها لقانون موطنهم الذي يحكم سن الرشد وأهلية التعاقد والإبضاء.

هذا على خلاف ما يراه الفقيه بارتول ، فالقانون الذي يحكم الحالات السابقة هو القانون الذي ينتمي إليه الشخص سياسيا لا جغرافيا بموطنه. راجع:

- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص198 والهامش رقم 46 من نفس الصفحة.

7- عز الدين عبد الله ،« فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين » ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الاول والثاني ، السنة الأولى ، جامعة عين شمس ،1959، ص 3-4.

الحلول التي توصلت إليه المدرسة الإيطالية حتى أدى بالبعض إلى إعتبره من أتباع هذه المدرسة (8) .

ساهم الفقيه ديمولان في إبراز دور الإرادة في مجال العقود الدولية بإعتبره أول من قال بسلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب تطبيقه بشأن إستشارة قانونية عرضت عليه من قبل الزوجين Gany سنة 1525 تخص أموالهما المتواجدة في أكثر من إقليم واحد، فكيف ديمولان النظام المالي القائم بين هاذين الزوجين بأنه عقد ولكن دون أن يكون ذلك في إطار نظرية متكاملة في التكيف كما فعل الفقيه بارتان⁽⁹⁾ ؛ وبعد ذلك قام بإسناد هذا العقد إلى قانون موطن الزوجية الأول لاتجاه إرادتهما الضمنية إلى إختيار هذا القانون. ومن هذا الإسناد تم التوصل إلى القول بأن ديمولان هو من أبرز دور مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق⁽¹⁰⁾.

على خلاف هذا الإتجاه، هناك من يرى أن الفقيه ديمولان لم يبرز دور الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق، فما قام به هو إخضاع هذا العقد لقانون مكان إبرامه وهو في هذه الحالة هو قانون موطن الزوجين الأول . وهذا ما جعل موقف Dumoulin ليس بعيدا عن الفقه السابق الذي جرد الإرادة من دورها الأساسي المتمثل في إمكانية إختيار قانون آخر غير قانون مكان إبرام العقد ، فهو إسناد أمر لا يمكن للإرادة الصريحة تغييره في حالة إختيارها لقانون غير قانون مكان إبرام العقد⁽¹¹⁾.

8- محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية، 1998، ص 363.
9 - LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, SOMMIERES Pascal de Varicelles, Droit international privé, 8 éditions, DALLOZ, Paris, 2004, p 91.

10 - هناك جانب من الفقه يرى بأن الفقيه DUMOULIN هو من أشار إلى إمكانية إخضاع العقد لقانون الإرادة.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 26.

11- نفس المرجع ، ص 26. كذلك راجع: - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 29. بالمقابل هناك إتجاه فقهي آخر يرى خلاف ذلك ، حيث يرى أن ديمولان صاغ قاعدة عامة متمثلة في أن موضوع العقد يخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية دون حصره

الفروع الثاني

الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة

تنازع القوانين لدى الفقه الحديث نسبيا

عرف فقه تنازع القوانين تطورا جديدا خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين لظهور إتجاهات فقهية غير متعصبة للإقليمية تقوم على أفكار توسع من نطاق تطبيق القوانين الأجنبية داخل الإقليم الوطني والتي لها تأثير على بروز سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقود الدولية .

من بين النظريات التي ظهرت خلال هذه الفترة وأحدثت تطورا عميقا في فقه

القانون الدولي الخاص ، هي نظرية الفقيه الألماني سافيني Savigny (1779-1861) التي أنتجت فقها جديدا تصلح لحل كافة مسائل تنازع القوانين كونه لم يتقيد بأي نظرية من النظريات السابقة التي تنطلق من أفكار مسبقة لوضع الحلول بشأن تنازع القوانين ؛ فهو لم يقسم الأحوال إلى إقليمية وممتدة باعتباره لم ينطلق من فكرة البحث عن مجال تطبيق القاعدة القانونية، وإنما انطلق من فكرة تحليل العلاقة موضوع النزاع تحليلا دقيقا لكي يتمكن من تركيزها في مكان معين ، فإذا ما عرف هذا المركز يُسندها إلى قانون السائد فيه باعتباره أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع⁽¹²⁾.

توصل سافيني إلى صياغة مجموعة من قواعد الإسناد منبثقة من المنهج التحليلي الذي اقتدى به لحل مشكلة تنازع القوانين، فأخضع حالة الشخص وأهليته لقانون الموطن

= في قانون مكان إبرام العقد. راجع: - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق. ص203-204.

بالمقابل ليست هناك أية إشارة لدور الإرادة في مجال تنازع القوانين لدى الفقيه الفرنسي دارجنتره D'Argentré المتعصب للإقليمية ويظهر ذلك من خلال تقسيمه للأحوال إلى عينية كأصل والتي تخص العقار ومن ثمة فهي إقليمية، وتكون شخصية إذا ما كانت متعلقة بحالة الشخص وأهليته أو بالمنقول ومن ثم فهي تمتد، وتكون مختلطة إذا ما كانت متعلقة بالعقار والأشخاص معا والتي ألحقها ضمن الأحوال العينية.

- بشأن فقه دارجنتره راجع : عزالدين عبد الله ، « فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين » ، مرجع سابق ، ص4-5.

12 - جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1956، ص 124.

وأخضع نظام الأموال لقانون موقعها كما أخضع الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه (13) .

كما أخضع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة وهذا مع افتراض أن الإرادة الضمنية للأطراف اتجهت إلى تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد دون أن يكون لهذه الإرادة قدرة إختيار قانون آخر غير هذا القانون.

مثل هذا الإسناد الأمر المسبق يكون الفقيه سافيني جرد الإرادة من محتواها الحقيقي ألا وهو إمكانية إختيار قانون العقد (14) .

كما استبعد الفقيه الفرنسي Foelix دور الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق باعتبار العقود الدولية تخضع - حسب هذا الفقيه - للقانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف منذ القدم وهو قانون بلد الإبرام ؛ فإذا كان العقد سيتم تنفيذه في دولة أخرى فإن قانون محل الوفاء هو الذي سيسري على كافة المسائل التي ستثور بعد إبرام العقد.

نتوصل من كل ما سبق إلى القول أن الفقه السابق لم يتوصل إلى إبراز دور الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق على العقود الدولية ، فقد برز دور الإرادة الضمنية لتبرير الإسناد المسبق سواء لقانون مكان إبرام العقد أو لقانون مكان تنفيذه وهذا ما يجرد الإرادة من محتواها الحقيقي من حيث إمكانية إختيار القانون واجب التطبيق.

13 - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 376.

14 - في هذا الإطار تقول RANOUIL Véronique :

« Le principe n'est pas que les parties intéressés choisissent la loi de l'obligation ; Il est celui de l'application de la loi du lieu de l'exécution de l'obligation car elle est supposée choisie».

- RANOUIL Véronique, l'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept, Presses universitaires de France, Paris, 1980, p 27.

المطلب الثاني

إبراز دور الإرادة في إختيار

القانون واجب التطبيق

إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة هي فكرة حديثة نسبياً يرجع تاريخها إلى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، فبعد أن كان الفقه القديم يخضع العقد لقانون محدد سلفاً وهو قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه ، أصبح مع نهاية القرن التاسع عشر يخضع لقانون الإرادة والسبب في ذلك يرجع إلى بروز نظريات فقهية متشعبة بروح الفلسفة الفردية ساهمت في بروز مبدأ سلطان الإرادة في المجال القانوني (الفرع الأول).

هذا التطور الحاصل في الفقه القانوني الداخلي، له تأثير بالغ على الفقه قانون الدولي الخاص، حيث أكدّ فقه تنازع القوانين على دور الإرادة في مجال العقود الدولية المتمثل في إمكانية إختيار القانون واجب التطبيق (الفرع الثاني)، ولهذه التطورات الفقهية لها تأثير بالغ على القوانين الوضعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

استقرار مبدأ إختيار قانون العقد

الدولي لدى الفقه الحديث

يوصف القرن التاسع عشر بأنه عصر المذهب الفردي والحرية الإقتصادية والرأسمالية المزدهرة الذي يقوم على تقديس العقد واعتباره الوسيلة القانونية التي يقوم عليها كل النشاط الإقتصادي وما يترتب عنه من ترك للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد شروط العقد تجسيدا لبعض الأفكار الفلسفية والإقتصادية التي ساهمت في ظهور مبدأ

سلطان الإرادة⁽¹⁵⁾ (أولا) ، ولها تأثير بالغ على فقه القانون الدولي الخاص الذي أكد على مبدأ إختيار قانون العقد الدولي (ثانيا) .

أولاً: العوامل التي ساهمت في بروز دور الإرادة في مجال العقود على نحو عام

ساهم التفكير الفلسفي بصفة كبيرة في بروز مبدأ سلطان الإرادة إلى الوجود، وكانت بدايته لدى الفيلسوف " كانت " Kant عندما اعتبره كمبدأ أسمى للأخلاق يحافظ على كرامة الإنسان ويحقق علمانية الأخلاق ؛ فالإرادة المشرعة هي إرادة الانسان الموجودة في العالم العقلي ولها القدرة أن تخضع نفسها لنفسها وأن تتصور قوانين معينة ويجب أن تخضع للأمر المطلق وهو القانون الأخلاقي الطبيعي⁽¹⁶⁾.

والإرادة السابقة الذكر - حسب كانت Kant - هي الإرادة الموجودة في العالم العقلي الخالص المجرد من كل الاعتبارات الشخصية، وهي خلاف الإرادة الموجودة في العالم الحسي التي تتأثر بالرغبات الحسية والمصالح الشخصية تتعارض مع سلطان الإرادة⁽¹⁷⁾ ؛ من هذا التصور تكمن المفارقة بين ما قصده الفيلسوف كانت Kant بسلطان الإرادة في صورته المثالية، حيث يرى في الإرادة التعاقدية هي إرادة نفعية تتعارض مع سلطان الإرادة الذي هو كمبدأ أخلاقي⁽¹⁸⁾ ، وبين المدلول الحسي الذي استعاره الفقه وأعطى له مدلولاً قانونياً يقصد به أن الإرادة حرة في إختيار نوع العقد وفي تحديد شروطه⁽¹⁹⁾ .

كما أدى التفكير الفلسفي إلى بلورة دور الإرادة في الحياة السياسية على أساسها يفسر وجود الدولة وفقاً لنظرية العقد الإجتماعي التي تنسب إلى الفيلسوف أفلاطون ،

15 - GUTMANN Daniel, Droit international privé, 3^e éditions, DALLOZ, Paris, 2002, p 197.

16 - سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 174 .

17 - نفس المرجع ، ص 175 .

18 - نفس المرجع ، ص 165 وما يليها .

19 - خليفاتي عبد الرحمان ، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 4 .

وبعد مضي قرون طويلة عادت هذه النظرية للظهور من جديد على يد ثلاثة فلاسفة وهم : هوبز و لوك و روسو الذين يرون أن وجود الدولة أساسه إرادة الجماعة (20). من هذا المنطلق صاغ هوبز (1588-1679) نظريته يدعم فيها الحكم المطلق للحاكم وذلك عندما أقدم الأفراد على إبرام العقد بمقتضاه يتنازلون عن حقوقهم وحررياتهم لشخص يعهدون إليه مهمة السهر على مصالحهم التي يسودها البؤس والشقاء من قبل ، وهذا الحاكم ليس طرفا في العقد ومن ثمة له سلطة مطلقة بمقتضاها لا يلتزم قبل الجماعة بأي إلتزام.

أما بالنسبة للفيلسوف جون لوك (1632-1704) فهو يرى أن الحياة البدائية كانت هادئة تسودها العدالة الفطرية تجرى على أصول القانون الطبيعي ، وللمحافظة عليها يكون من خلال إبرام القعد بين الشعب والحاكم بمقتضاه تنازل الأفراد عن القدر اللازم من حريتهم وحقوقهم واحتفظوا لأنفسهم بجزء آخر من الحقوق والتي لا يمكن لأي سلطة المساس بها ولا يمكن لهذه الجماعة التنازل عنها لأنها من الحقوق الطبيعية كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الملكية الخاصة ؛ومن التزامات الحاكم هو المحافظة على الحريات الفردية وتحقيق الأمن والعدالة .

تقوم فكرة العقد الإجتماعي لدى الفيلسوف روسو (1712-1778) على أن المجتمع البدائي يتمتعون بكل الحرية والمساواة الطبيعية التي زالت بعد اكتشاف الزراعة والصناعة وظهور الملكية الفردية التي أدت إلى التفاوت في الثروات وتعدد المصالح وتعارضها مما أدى إلى ظهور خلافات وحروب والتنافس بين الأفراد ، وهذا

20 - محمد كامل ليلي، النظم السياسية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1971، ص 188 وما يليها.

التأويلات القانونية التي أعطيت للنظريات الفلسفية السابقة مشوهة وغير صحيحة حتى لو كان ذلك بصفة غير مقصودة ، فنظرية العقد الاجتماعي التي تقوم على إرادة الفرد التي تعاقدت وتنازلت عن حريتها مقابل أن يحفظ الحاكم على الجزء الباقي منها والتي تنسب للفيلسوف أفلاطون - صاحب هذه النظرية - جاءت مخالفة للحقيقة لأن أساس وجود الدولة ليس إتفاق إرادي، بل أساسه هو حالة الضرورة لأن العقد يعبر عن مصالح فردية متعارضة . -سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 164 وما يليها .

ما أدى بهم إلى إبرام عقد بمقتضاه تنازلوا عن كافة حرياتهم الطبيعية مقابل حصولهم على حقوق مدنية تتماشى مع المجتمع المنظم ؛ ولا يخضع الأفراد إلا لإرادة هذا المجموع ، فالفرد لا يخضع إلا للإرادة العامة بمعنى أنه لا يخضع إلا لنفسه لأنه عضو في الجماعة⁽²¹⁾.

وجدت نظرية العقد الإجتماعي نجاحا كبيرا ساهمت في تغيير الأوضاع السياسية والقانونية في أوروبا على نحو عام وفي فرنسا على نحو خاص ، حيث تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات - خاصة نظرية روسو- وقامت عليها وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر فوضع قانون نابليون على أسس تقديس حرية الفرد واحترام ارادته⁽²²⁾ .

كما ساهم التفكير الاقتصادي في إبراز دور الارادة الفردية من الناحية الإقتصادية ويظهر ذلك في الأفكار التي جاء بها آدم سميث Adam Smith (1723 - 1790) في كتابه الذي يحمل عنوان ثروة الأمم ، ويقول فيه أن السوق تتحكم فيه قواعد تلقائية تظهر من عملية العرض والطلب تتحكم في توزيع السلع بكيفية تحقق التوازن في السوق . فالندرة تؤدي إلى ارتفاع الأسعار و الوفرة تؤدي إلى انخفاضها وهذه الآلية تتحكم في توزيع السلع . ويعني في النهاية أن المصالح الفردية تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة ، فالأعوان الاقتصاديون يبحثون عن ما يحقق مصالحهم ويكون ذلك عن طريق زيادة عرض السلع التي تحقق أرباحا وعندما يبدأ المستهلك بهجرها عندما لا تشكل لديه أية أهمية تبدأ هذه المنتجات تنفذ لأنها لا تشكل أرباحا كما كان عليه الأمر سابقا⁽²³⁾.

21 - محمد كامل ليلي، مرجع سابق ، ص 191-192.

22 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول : مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 122.

23 - SIRI Aurélien, « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 33^{ème} année, 123^{ème} numéro, 2008, p1362.

تبقى الحرية الإقتصادية من أهم العوامل التي تساهم في تحقيق التطور والتقدم في كل دولة كونها تفتح المجال لانتقال الثروات بدون قيود وتخضع لقانون العرض والطلب والبقاء في السوق يكون لمصلحة القوي إقتصاديا. و لا يتحقق ذلك إلا بعد فسخ المجال للحرية التعاقدية وفقا للمبدأ الشائع وهو " دعه يعمل دعه يمر Laissez faire laisser passer » ويوحى هذا المبدأ إلى ترك المجال للحرية التعاقدية (24).

فمن العوامل السابقة برز دور الإرادة في مجال العقود سواء كان ذلك من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ؛ فمن حيث الموضوع يقصد بها ذلك الإختيار الذي يتمتع به الأشخاص في ترتيب الإلتزامات من عدمها، فليس هناك ما يلزم الأطراف للتعاقد إلا إذا أرادوا ذلك، فرفض التعاقد هو مظهر من مظاهر الإرادة ؛ إذا ما أراد ذلك فله الإختيار في تحديد مجال التعاقد ومناقشة موضوع الإلتزام (25).

مظهر الحرية التعاقدية من حيث الشكل، تكمن في عدم إخضاع العقد لقيود شكلية، فتطابق الإيجاب والقبول وحده يكون كافيا لإبرام العقد باعتبار هذه الحرية تقوم على مبدأ التراضي، فإذا تم إخضاعها لقيود شكلية فلم يعد لها أي سيادة في مجال العقود (26).

ثانيا: تبني فقه القانون الدولي الخاص الحديث لمبدأ إختيار قانون العقد الدولي

اتجهت الآراء الفقهية مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى القول بإمكانية إختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد الدولي خاصة الفقهاء المندرجين ضمن مدرسة شخصية القوانين (27). فلم يعد تطبيق قانون مكان إبرام العقد

24 - C'est le principe du « Laissez faire Laissez passer » que complète implicitement le laisser contracter .

- SIRI Aurélien, op. cit, p 1363.

25 - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, DALLOZ, Paris, 1999, p 29- 30.

26 -Ibid, p 29-30.

27 - LENCZOWSKI Georges, Contribution à l'Etude des obligations contractuelles en droit international privé, Thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, Université de Lille, 1937, p30. =

أو قانون مكان تنفيذه يفسر على أساس أن إرادة الأطراف الضمنية اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على النحو الذي بيناه سابقاً، بل أصبحت هي الحل في حد ذاتها كونها تتولى تحديد القانون المختص.

من الفقهاء الذين أبرزوا بصفة جلية دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق هو الفقيه البلجيكي " لوران " Laurent الذي يُعرف بالأب الروحي لفقه قانون الإرادة في مجال العقود ، فجعل من إرادة الأطراف هي كل شيء في مجال التعاقد، فهي التي تضع شروط العقد وهي التي تختار القانون الذي يحكمه (28).

فحسب هذا الفقيه نأخذ بالإختيار الصريح حالة وجود الإرادة الصريحة وفي حالة عدم وجودها نبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين والتي يمكن استخلاصها من مختلف الظروف المحيطة بالعقد وتبين القانون الواجب التطبيق على العقد. إذا تعذر إستخلاصها فيتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، في حالة اختلافها يطبق قانون محل إبرام العقد (29).

حتى الفقهاء الذي عاصروا الفقيه لوران أكدوا بصفة صريحة على أن العقد الدولي يخضع لقانون الإرادة كما هو الشأن مثلا بالنسبة للفقيه الإيطالي مانشيني Mancini الذي أنشأ فقها في القرن التاسع عشر والذي عرف باسم فقه المدرسة الإيطالية الحديثة (30). فالأصل لدى هذا الفقيه - مانشيني - هو أن كل القوانين ممتدة تتبع الأشخاص ولو كانوا خارج دولتهم وفقا لمبدأ شخصية القوانين ، ولكن هذا المبدأ

= قال الفقيه Loiseau في هذا الشأن ما يلي:

« Les auteurs modernes se sont presque tous prononcés en faveur du principe qui soumet les conventions à la loi librement choisie par les parties... »

هذا الكلام مشار إليه في مرجع:

- RANOUIL Véronique, op.cit, p39.

28 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 31.

29 - نفس المرجع ، ص 32.

30 - يرجع سبب تسمية فقه مانشيني بهذا الاسم تمييزا ذلك عن فقه المدرسة الإيطالية القديمة التي تنسب للفقيه

بارتول على النحو الذي بيناه في الدراسة السابقة .

يخضع لمجموعة من الإستثناءات كتلك التي تخص الإلتزامات التعاقدية التي تخضع لقانون الإرادة (31).

مثل هذا الإتجاه الجديد أخذ به الكثير من الفقهاء كما هو الشأن لدى الفقيه Fiore حيث قال أن الإلتزامات التعاقدية لا يمكن تركيزها في المكان وإخضاعها لذلك القانون، وإنما تخضع لإرادة المتعاقدين. نفس الشيء نجده لدى الفقهاء: Bossion، Loiseau Giraut، Asser (32).

إذا كان العقد الدولي يخضع لقانون الإرادة حسب الفقه الحديث، إلا أن استعمال إصطلاح سلطان الإرادة في الفقه القانوني لم يظهر مع ظهور الاتجاهات الفقهية المؤكدة لدور الإرادة في مجال تنازع القوانين على النحو السالف الذكر، وإنما تستعمل مصطلحات أخرى تدل على إمكانية اختيار القانون واجب التطبيق، كإرادة الأطراف، الخضوع الإختياري للأطراف. فأول من استعمل مصطلح سلطان الإرادة Autonomie de la volonté هو الفقيه السويسري بروشييه Brocher للتعبير عن دور الإرادة في مجال العقود الدولية؛ لكن هذا الإصطلاح لم يقدر له الانتشار إلا بعد وفاته سنة 1884 فساهم الفقهاء الآخرون في انتشاره كما هو الشأن بالنسبة للفقيه Weiss الذي استخدمه في مؤلفاته (33).

31 - MAYER pierre, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », Revue française de théorie juridique, N°3, 1985, P130.

32 - كل هؤلاء الفقهاء يخضعون العقد الدولي لقانون الإرادة وهذا بشرط أن لا يخالف النظام العام، بإستثناء الفقيه Picard الذي أعلن وبدون تحفظ أن الإلتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة. راجع: RANOUIL Véronique, op.cit, P31.

33 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص34.

- أصبح مبدأ سلطان الإرادة مع نهاية القرن التاسع عشر من أهم المبادئ المستقرة لدى الفقه، وهذا مع بقاء الإختلاف قائما بشأن أساس هذا الإختيار، فهناك من يرجع هذا الإختيار إلى مطلق سلطان الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للفقيه Laurent. هناك من يرى عكس ذلك، فأختيار القانون واجب التطبيق يرجع إلى قوة القانون حسب الفقيه Brocher ومؤيدوه من النظرية الموضوعية. حتى التشريعات الحالية تأثرت بهذه الاتجاهات الفقهية ويظهر ذلك من حيث الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بصفة مطلقة أو إخضاعه لمجموعة من القيود التي يفرضها المشرع الوطني.

الفرع الثاني

تبني القوانين الوضعية لمبدأ

اختيار قانون العقد الدولي

مع التطورات اللاحقة على فقه قانون الدولي الخاص بشأن إبراز دور الإرادة في مجال العقود الدولية واعتبارها كمبدأ على ضوءه يتم فض نزاعات التجارة لدولية ؛ أثر هذا على نحو مباشر على التشريعات الوطنية الداخلية فجعلت العقد الدولي يخضع لقانون الإرادة ، وهذه القاعدة أصبحت شبه عالمية مستقرة في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية⁽³⁴⁾ (أولا). كما تبنت الإتفاقيات الدولية هذا المبدأ الذي يقوم على امكانية اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (ثانيا) .

أولا : تبني التشريعات الوطنية لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي

زادت حركة تقنين قواعد التنازع بصفة عامة في الربع الأخير من القرن العشرين و كرسست مختلف الحلول الفقهية والقضائية التي تخص العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة والعقود الدولية بصفة خاصة⁽³⁵⁾ ، فأصبح العقد الدولي يخضع لقانون الإرادة في مختلف التشريعات الوطنية كما هو الشأن مثلا في القانون الدولي

34 - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب

الحديث، القاهرة، 1999. ص 244 . كذلك راجع :

- MAYER Pierre, Droit international privé, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 1994, p 471.

35 - هناك بعض التشريعات اتجهت إلى جمع قواعد الإسناد وقواعد المرافعات في تقنين واحد كما هو الشأن بالنسبة

لقواعد القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987. ومجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979.

هناك دول أخرى أدرجت قواعد الاسناد ضمن أحكام القانون المدني لأن الأمر يتعلق بتنظيم علاقات الأفراد كما

تنظم العلاقات الخاصة الوطنية ، وهذا ما قام به المشرع الجزائري الذي أدرج قواعد تنازع القوانين بين المادة

التاسعة إلى المادة الرابع والعشرون من الأمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني،

جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان

2005 ، جريدة رسمية عدد 44 ، المؤرخة في 26 جوان 2005.

الخاص التركي لسنة 1982⁽³⁶⁾. نفس الشيء بالنسبة للقانون المدني اليوناني لسنة 1942 والتشريع الإسباني لسنة 1974 (المادة 5/10) والقانون الدولي الخاص المجري التي تنص فيه المادة 24 منه على ما يلي: "يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف...". كما تنص المادة 1/27 من القانون المدني الألماني على أن: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف...".⁽³⁷⁾

يبقى الأمر مختلفا بالنسبة لفرنسا التي لا تملك تشريعا خاصا يبين القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، فما هو موجود هو مجموعة من النصوص موزعة في مختلف أقسام القانون المدني والقانون التجاري وغيرها من القوانين الأخرى والتي لا تلم بمختلف المسائل المتعلقة بتنازع القوانين؛ وكل هذه القواعد مستلهمة من مختلف الأحكام القضائية الصادرة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية⁽³⁸⁾. في ظل غياب مثل هذا التنظيم التشريعي لعقود التجارة الدولية من حيث تحديد القانون واجب التطبيق، اتجه القضاء إلى القول أن المادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن العقود التي تتم قانونا تكون

36 - تنص المادة 1/24 من هذا القانون على ما يلي:

- « *Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément désignée par les parties* ».

- راجع في الشأن :

- TEZCAN Durmuş, « A propos de la nouvelle loi relative au droit international privé et à la procédure civile internationale en Turquie », VOL. XVIII, p 118
<http://jafbase.fr/docAsie/TurquieLoiConflit>.

37 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1061-1062.

38 - LENCZOWSKI GEORGES, op .cit, P 33- 34 .

- ظل القضاء الفرنسي يطبق قانون مكان إبرام العقد على أساس أن الإرادة الضمنية للأطراف إتجهت إلى تطبيق هذا القانون. بعد ذلك تبنى إتجاها جديدا يتمثل في إخضاع العقد لقانون الإرادة وهذا في الحكم الصادر في قضية: American Trading Company في 5 ديسمبر 1910 فأصبح العقد لأول مرة يخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، وهو كالتالي :

« La loi applicable aux contrats (...) est celle que les parties ont adoptée ».

-C.cass,ch.civ, 1^{er} section , 5 décembre 1910 , American trading C^o c / Québec steamship C^o, ANCEL Bertrand, Lequette Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé ,5^e édition, DALLOZ, Paris, 2006, p 99.

شريعة لمن تعاقد تمكن الأطراف من إخضاع تصرفاتهم للقانون الذي يستجيب لمصالحهم و ذلك في حالة تنازع القوانين (39) .

بما أن فرنسا من الدول التي صادقت على إتفاقية روما التي تحدد القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، فإن أحكام هذه الإتفاقية هي السارية المفعول في هذه الدولة بداية من تاريخ 1991/04/01، فقد ألزمت محكمة النقض قضاة الموضوع بتطبيق أحكام هذه الإتفاقية لا سيما أحكام المادة الثالثة والمتعلقة بإمكانية إختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف (40) .

أما قبل سريان هذه المعاهدة، فكانت العقود الدولية تخضع لمختلف الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض، حيث كان مثلا عقد القرض الدولي يخضع في بداية الأمر لقانون مكان الإبرام وبعد ذلك تم تغيير الإختصاص لقانون مكان تنفيذ العقد، وبعد ذلك إلى قانون مكان الذي سيتم فيه تعويض الدين ؛وفي الأخير أصبح هذا العقد يخضع لقانون الإرادة بعد سريان معاهدة روما في فرنسا (41) .

كما تبنت التشريعات العربية هي الأخرى مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي، ويظهر ذلك مثلا في القانون المدني المصري في نص المادة 1/19 منه والتي تنص : "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ،هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد

39 - تنص المادة 1/ 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن:

« *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

40 - HUGUES Kenfack , Droit du commerce international , 3^e édition , DALLOZ , Paris , 2009 , p18-19.

- قالت محكمة النقض في أحد أحكامها الصادرة سنة 2005 ما يلي:

- Que la loi applicable doit être : « *déterminée par application de la convention de Rome* ».

هذا الحكم مشار إليه في مرجع:

- HUGUES Kenfack, op .cit, p 18.

41- JACQUET Jean – Michel, « Prêt », Encyclopédie de droit international, DALLOZ, Paris, 2003, p 2. =

تطبيقه". والمادة 25 من القانون المدني العراقي (42)، كما أخذ المشرع الأردني بهذا الإختيار (المادة 20 من القانون المدني) والقانون المدني السوري (م22). والقانون المدني العراقي في المادة 25 منه.

ساير المشرع الجزائري مختلف التطورات الفقهية والتشريعية فيما يتعلق بإمكانية إختيار قانون العقد الدولي بعد صدور الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني (43)، حيث كرست المادة 18 منه إمكانية إختيار قانون العقد الدولي (44). بعد تعديل قواعد الإسناد سنة 2005 - بما فيه المادة 18 السالفة الذكر - بقي العقد الدولي في التشريع الجزائري يخضع لقانون الإرادة وهذا وفقا لنص المادة 18 والتي تنص على ما يلي :
"يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة .
وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد.
غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه" (45).

من هذا النص يكون المشرع الجزائري قد أكد على إمكانية إختيار الأطراف لقانون العقد الدولي وإن كان بكيفية أقل إنفتاحا مقارنة مع المادة السالفة الذكر وهذا ما سيكون محل الدراسة اللاحقة.

= هذا مع الإشارة أن إلى أن نص المادة 19 من القانون المدني المصري تتطابق من نص المادة 25 من القانون المدني العراقي والتي تنص : " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطناً ، فإذا إختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدين أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه ".

- يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، « القانون الواجب على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي» ، مجلة جامعة بابل للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4 ، السنة 4 ، العدد 15 ، العراق ، ص 13.
43- أمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

44 - تنص المادة 18 / 1 من هذا الأمر على ما يلي : "يسري على الإلتزامات التعاقدية ،قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر" .

45 - المادة 18 من القانون رقم 05-10 المعدل والمنتم للأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ثانياً: تبني الإتفاقيات الدولية لمبدأ اختيار قانون العقد الدولي

ظهرت مجهودات على المستوى الدولي تسعى إلى توحيد ضوابط الإسناد بشأن بعض المسائل القانونية محل النزاع ، ويظهر ذلك في مختلف العلاقات التي تتدرج ضمن العلاقات الخاصة الدولية كما هو الشأن بالنسبة للعقود الدولية. فقد أبرمت في هذا الشأن إتفاقيات دولية تحدد القانون واجب التطبيق على بعض العقود محددة بذاتها أو تلك التي تسعى إلى توحيد قواعد الاسناد بشأن الإلتزامات التعاقدية على نحو عام⁽⁴⁶⁾.

تولت بعض الإتفاقيات الدولية توحيد قواعد الاسناد بشأن بعض العقود ذات الطابع العالمي لوضع حد لمشكلة اختلاف القوانين الواجبة التطبيق عليها ، و تبنت في هذا الاطار مبدأ إختيار الأطراف للقانون المختص تماشياً مع التطورات الحاصلة في نظرية تنازع القوانين التي أكدت على نحو قاطع أن عقود التجارة الدولية تخضع لقانون الإرادة⁽⁴⁷⁾ . من بين هذه الإتفاقيات نجد إتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبين

46- الأصل أن إتفاقية روما لسنة 1980 هي الواجبة التطبيق على العقود التي تدخل في مجال سريانها بإستثناء بعض العقود التي تخضع لبعض الإتفاقيات الخاصة.

- GOURION Pierre – Alain, PEYRARD George, SOUBEYRAND Nicolas, Droit des commerce international, 4^e édition, L.G.D.J, Paris, 2008, P 173.

- تعتبر الإتفاقية الدولية كأداة حكومية تهدف إلى توحيد قواعد قانونية و يكون وفقاً للطرق التالية:

الطريقة الأولى: توحيد قواعد الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كما هو الشأن بالنسبة لبعض الإتفاقيات المذكورة في المتن. **الطريقة الثانية:** تتمثل في وضع قواعد موضوعية أو مادية موحدة تسري على المعاملات الدولية دون المعاملات الداخلية ويترتب من ذلك إزدواجية القواعد الموضوعية، فهناك قواعد تطبق على العقود الداخلية والأخرى تطبق على عقود الدولية. في هذه الحالة يجب وضع معايير تبين دولية العقد لتحديد نطاق تطبيق القواعد السالفة الذكر. **الطريقة الثالثة:** تتمثل في وضع قواعد موضوعية موحدة تسري على المعاملات الداخلية والدولية على حد سواء وفي هذه الحالة لسنا في حاجة لوضع معايير تبين الحالات التي يكون فيها العقد دولي لأنه يتم إدخال القواعد القانونية التي تحتويها هذه الإتفاقية في التشريع الداخلي لتكون واجبة التطبيق على كل المعاملات سواء .

من أبرز هذه الإتفاقيات نجد إتفاقية جنيف لسنة 1930 ولسنة 1931 بشأن الكمبيالة والسند الاذني والشيك .

- راجع في هذا الشأن: سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص60-61. (في الهامش) .

47- يعتبر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص كمنظمة حكومية عالمية دائمة بداية من 1955 مقره بهولندا وتقدر عدد الدول الأعضاء فيه ب : 130 دولة. تتمثل مهمته في تجاوز الإختلافات القائمة بين النظم القانونية بين الدول =

القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية (48) ، التي كرست مبدأ قدرة اختيار قانون العقد الدولي وذلك في نص المادة الثانية منها والتي تنص على أن :
« *La vente et régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.*

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse .ou résulte indubitablement des dispositions du contrat ».

نفس الاتجاه أخذت به إتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل (49) ، حيث أخضعت هي الأخرى العقد الدولي لقانون الإرادة وهذا في نص المادة الخامسة والتي تنص على أن :

« *La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire.*

le choix de cette loi doit être expresse ou résulter avec une certitude raisonnable des disposition du contrat et des circonstances de la cause ».

كما اتجهت إتفاقية لاهاي لسنة 1986 التي تبين القانون واجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع إلى توحيد قواعد الإسناد بشأن القانون واجب التطبيق على هذه البيوع (50) ، وظهرت هذه الرغبة من خلال ديباجة الإتفاقية التي تسعى الدول المتعاقدة إلى تحقيقها والتي وردت على النحو التالي :

= عن طريق إيجاد سبل متفق عليها دوليا للتعامل مع مسائل متعددة كإختصاص المحاكم والقانون واجب التطبيق والإعتراف بالأحكام الأجنبية و تنفيذها .

- راجع : مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، <http://www.hcch.net>

48 - Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux vente à caractère international d'objets mobiliers corporels.

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31>

- لكي يتم تطبيق أحكام هذه الإتفاقية يجب أن تكون الدولة التي عرض النزاع على قضاءها من الدول المتعاقدة ، ومن ثم لا تهم جنسية أطراف العلاقة العقدية ولا مكان إقامتهما ولا مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ، ولا يهم كذلك القانون المعين من قبل الأطراف إذا ما كان هذا القانون ينتمي إلى دولة متعاقدة أم غير ذلك .

- فانسان هوزيه ، المطول في العقود ، بيع السلع الدولي ، : ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية ، بيروت، 2005 ، ص29.

49 - Convention de la Haye du 14mai 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la Représentation.

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=89>

50 - Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=61>

« *Les états partis à la présente convention, Désirant unifier les Règles de Conflit de loi relative aux contrats de vente internationale de marchandises...* ».

وتبنت المادة السابعة من هذه الإتفاقية قدرة اختيار قانون العقد الدولي والتي تنص على ما يلي :

« *La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être expresse ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrats* ».

جاءت الإتفاقيات السابقة الذكر لتوحد بعض قواعد الإسناد بشأن بعض العقود المحددة بذاتها والتي تدخل ضمن شروط تطبيقها ؛ باستثناء هذه الحالات المعينة بذاتها يخضع العقد الدولي - بين الدول الأوربية- لإتفاقية روما التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية على نحو عام (51) ، وكرست في هذا الإطار قدرة اختيار قانون العقد الدولي وجعلت منه أهم وأبرز المبادئ التي يعتمد عليها لفض مشكلة تنازع القوانين بشأن العقود الدولية والذي لا يمكن أن يكون محل إعادة النظر ، ويظهر ذلك بصفة جلية من خلال المناقشات التي جرت عند تبني إتفاقية روما لسنة 2008 والتي تعرف: (Règlement Rome I) (52) حيث لم يتعرض المبدأ الكلاسيكي

51 - إتفاقية روما لسنة 1980 والتي كانت محل إستبدال سنة 2008 بمقتضى إتفاقية روما I والتي دخلت حيز التنفيذ بداية من تاريخ : 17 ديسمبر 2009.

- Convention Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelle.
http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

- لا يقتصر تطبيق إتفاقية روما لسنة 2008 على المعاملات ذات الطابع التجاري وإنما يمتد تطبيقها لتشمل المعاملات المدنية وهذا وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من الإتفاقية والذي ينص :

« *Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, Aux obligations contractuelles relevant de la matière civil et commerciale* ».

52 - إعتبرت إتفاقية روما I إختيار قانون العقد الدولي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها العقود الدولية وهذا وفقا

ما نص عليه العنصر 11 من الديباجة والذي ينص على أن :

« *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ».

المتمثل في قدرة اختيار قانون العقد الدولي الذي جاءت به اتفاقية روما لسنة 1980 لأي تعديل، حيث أكدت عليه نفس المادة من إتفاقية 2008 وبنفس الصياغة (53).

كما ذهبت الدول الأمريكية إلى توحيد قاعدة الإسناد بشأن العقود الدولية في إطار إتفاقية مكسيكو لسنة 1994 التي تبين القانون واجب التطبيق على العقود الدولية⁽⁵⁴⁾، حيث تأثر واضعوها بما ذهبت إليه إتفاقية روما لسنة 1980 وذلك عندما تبنت إمكانية إختيار القانون واجب التطبيق في نص المادة السابعة منها التي استعملت نفس الصياغة التي استعملتها إتفاقية روما السابقة الذكر⁽⁵⁵⁾.

يتبين من خلال ما سبق أن اخضاع العقد الدولي لمبدأ سلطان الإرادة أصبح كمبدأ عالمي من خلاله يتم إعطاء للأطراف امكانية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي وهو ما يعرف بقانون الإرادة، ويظهر ذلك من خلال قواعد الاسناد التي تبنتها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي جعلت من الارادة كضابط أساسي على أساسه يتم تركيز العقد في القانون المختار من قبل الأطراف .

المطلب الثالث

قاعدة الإسناد كأداة لتحديد

القانون واجب التطبيق

يقوم المنهج التنازعي على قاعدة الإسناد في قانون القاضي من خلالها يتم التعرف على القانون واجب التطبيق كلما كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي، فمن هنا تظهر خصوصية هذه القواعد بالنظر إلى قواعد القانون الدولي الخاص ويظهر

53 - WAUTELET Patrick, Le nouveau droit européen du contrat international privé, ANTHEMIS, Paris, 2009. p 21.

54 - تعرف هذه الإتفاقية ب :

-Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, Signée à Mexico le 17 mars 1994.

55 - María Mercedes Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I » », Revue trimestrielle, J- CI - J.D.I, 2012, <https://socioedip.com> <https://socioedip.com>, p 11 -12.

ذلك عند إظهار المقصود بهذه القواعد وخصائصها (الفرع الأول) ، وكذا إبراز العناصر التي تتكون منها هذه القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بقاعدة الإسناد وخصائصها

سنتطرق إلى اظهار المقصود بقاعدة الإسناد (أولا) وبعد ذلك نبين خصائصها لتمييزها عن بقية القواعد القانونية الأخرى (ثانيا).

أولاً: المقصود بقاعدة الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد بأنها: "قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملئمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق" ، كما تعرف كذلك بأنها هي : "تلك القاعدة التي تحدد ، بالنظر إلى صياغتها المزدوجة ، حالات تطبيق القانون الأجنبي أو التي يناط بها فض تداخل مجالات إنطباق القوانين الموضوعية " (56) . أو هي: "تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشتملة على عنصر أجنبي" (57) ، أو هي أداة قانونية لحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق توزيع الاختصاص التشريعي، ويكون ذلك عن طريق تركيزها في أحد الأنظمة القانونية (58) .

فقاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية اهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية بطريقة فنية غير مألوفة في القواعد القانونية الأخرى ولها كل خصائص القواعد القانونية ، وتستمد وجودها من نفس المصادر التي استنقت هذه القواعد مصدرها ؛ فقد يتولى

56- نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، «تأملات في ماهية قاعدة التنازع»، المجلة المصرية للقانون الدولي،

الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1995، ص97.

57- محمد أحمد عبد الله الشماسنة ، موامة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية ، رسالة مقدمة للحصول على

درجة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية ، 2005، ص28.

58 - HENRY Laurence – Caroline, L'essentiel du droit international privé, Gualino, Paris, 2005, p28.

المشرع الوطني تنظيمها بتشريع أو يتم تنظيمها عن طريق إتفاقية دولية كما سبقت الإشارة . كما يمكن أن يكون مصدرها هو القضاء كما هو الحال في إنجلترا وغيرها من الدول⁽⁵⁹⁾ .

ويظهر الطابع الفني لهذه القواعد في الطريقة المعتمدة لحل النزاعات المشتملة على الأجنبي، فهي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع المعروض على القضاء ، وإنما توجه أو ترشد القاضي للقانون المختص ويفترض فيه أنه يكون أكثر القوانين ارتباطاً مع العلاقة القانونية⁽⁶⁰⁾، لأن المشرع يراعي مسبقاً طبيعة القوانين واجبة التطبيق متأثراً في ذلك بمختلف الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في دولته من جهة ، وكذلك بما يساهم في تطوير ونمو العلاقات الخاصة الدولية من جهة أخرى.

ثانياً: خصائص قاعدة الإسناد

لقواعد الإسناد مجموعة من الخصائص تبين طبيعة المنهج التنازعي الذي يعتبر من أقدم المناهج لفض مشكلة تنازع القوانين بما فيها العقود الدولية. فإظهار هذه الخصائص ولو كانت بصفة مختصرة تمكننا من إظهار طريقة تحديد القانون المختص إنطلاقاً من أعمال هذه القواعد . ويمكن إختصار هذه الخصائص فيما يلي :

1- قاعدة إسناد قاعدة إرشادية : فهي ترشد القاضي الوطني إلى القانون واجب التطبيق على النزاع المطروح على القضاء ، فهي تربط وبشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم النزاع ، فتقرر أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة كما هو الشأن بالنسبة لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية التي تسند العلاقة العقدية

59 - احمد عبد الكريم سلامة، « تأملات في ماهية قاعدة التنازع »، المرجع السابق، ص 100.

60 - GUTMANN Daniel, op.cit, p 40.

- ومن هنا يظهر الفرق بين قواعد الإسناد والقواعد الأخرى المنظمة لباقي عناصر الحياة الدولية الخاصة، كقواعد المنظمة للجنسية فهي قواعد مباشرة تنظم على سبيل المثال من هو وطني ومن هو أجنبي، وكذلك القواعد المنظمة لحقوق الأجانب و القواعد المنظمة للإختصاص الدولي للمحاكم. فكل هذه القواعد ذات طبيعة مباشرة، على خلاف قواعد الإسناد هي قواعد غير مباشرة.

للقانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة عدم وجود الاختيار يتم أعمال الضوابط الاحتياطية التي بدورها تربط العلاقة بقانون معين ويمكن أن يكون هو قانون وطني أو قانون أجنبي .

2 - قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب : لا تكون قاعدة الإسناد أدت وظيفتها إذا ما اقتصر على إظهار حالات تطبيق القانون الوطني فقط ، فتكون عديمة الجدوى في الحالات التي لا يكون فيها هذا القانون هو واجب التطبيق وما يترتب عنه فراغ قانوني يؤدي إلى إنكار العدالة (61).

ترد الصفة المزدوجة لقاعدة الإسناد بصفة صريحة عندما تسوي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق، فتطبيق القانون الأنسب يقتضي إجراء مفاضلة بين عدة قوانين تنتمي إلى دول مختلفة، بما فيها القانون الوطني لتقرر في الأخير إختصاص أحد القوانين الذي تكشف عنه قاعدة إسناد في قانون القاضي إنطلاقاً من ضابط الإسناد الذي يركز النزاع في أحد الأنظمة القانونية بكيفية مجردة تماشياً مع المنهج الذي استقر في فقه تنازع القوانين وهو المنهج السافيني الذي يقوم على تحليل العلاقة القانونية لتركيزها في أحد الأنظمة القانونية(62) .

61 - الإتجاه السائد لدى غالبية الفقه أن قاعدة الإسناد هي قاعدة مزدوجة الجانب تبين القانون الأنسب لحكم النزاع على النحو الذي بيانه في المتن . وهذا على خلاف الإتجاه الثاني الذي يرى أنه يجب أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجانب تبين حالات تطبيق القانون الوطني فقط استناداً إلى مجموعة من المبررات أبرزها أن المشرع الوطني له سلطة تحديد نطاق تطبيق قانونه الوطني دون أن تكون له نفس السلطة فيما يخص تحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي .

62- يقابل المنهج السافيني منهج آخر كان سائد لدى فقه الأحوال والذي ينطلق من تحليل القاعدة القانونية لتحديد مجال تطبيقها والذي مازال سائداً في بعض القوانين . فهناك قواعد إسناد أحادية الجانب تبين مجال تطبيق القانون الوطني فقط كما هو الشأن بالنسبة للمادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن: « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers* ».

بينت هذه المادة أن القانون الفرنسي هو واجب التطبيق على الحالة وأهلية الفرنسيين حتى لو كانوا يقيمون في الخارج ، وبالمقابل لم تبين القانون واجب التطبيق على الحالة وأهلية الأجانب المقيمين في فرنسا وهذا ما يجعل ظاهراً هي قاعدة أحادية الجانب . على خلاف هذا الإعتقاد ، هناك من يرى أن المادة السالفة الذكر هي قاعدة =

تعتبر قاعدة الإسناد التي تخضع العقد الدولي لقانون الإرادة قاعدة إسناد مزدوجة الجانب تسوي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق⁽⁶³⁾، فأعطى الأطراف إمكانية إختيار قانون العقد الدولي وفقا لضابط الإرادة يعني التسوية بين مختلف القوانين - بما فيها القانون الوطني - التي تنتمي إلى التشريعات المختلفة . لا تظهر ازدواجية قاعدة الإسناد فيما يخص الضابط الأصلي ، وإنما يظهر كذلك حتى في إطار الضوابط الاحتياطية التي تكشف عن القانون المختص حالة عدم وجود الإختيار كونها تركز العقد بصفة مجردة في أحد الأنظمة القانونية والذي يمكن أن يكون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي .

يعني الطابع المزدوج لقاعدة الإسناد أنها قاعدة محايدة تحدد القانون واجب التطبيق بكيفية مجردة دون أن تلقي أي اهتمام لمضمون القانون واجب التطبيق؛ وذلك على خلاف بعض القواعد الأخرى التي تعطي إهتماما لمضمون هذا القانون وهذا ما يغير من هدف قاعدة الإسناد التي تسعى إلى تحقيق عدالة شكلية - وهذا حسب الأصل - لتتحول إلى تحقيق عدالة موضوعية عن طريق إجراء مقارنة بين مختلف القوانين

= مزدوجة الجانب كونها تسوي بين حالات تطبيق القانون الوطني والقانون الأجنبي وسلك هذا الإتجاه القضاء الفرنسي حينما أكد في أحد أحكامه بأن :

« *L'état et la capacité des personnes sont soumis à la loi nationale* ».

والقانون الوطني الوارد في الحكم السابق يمكن أن يكون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي. راجع في هذا الشأن: - MONEGER Françoise, droit international privé, 5^e édition, Litec, Paris, 2009, P 20.

- يقابل نص المادة 3/3 من القانون الفرنسي نص المادة 1/10 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، فالتفسير المقدم لنص المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي ينطبق على نص المادة 1/10 في التشريع الجزائري. بعد تعديل قواعد الإسناد في 2005 عدلت هذه الفقرة وأصبحت قاعدة مزدوجة كونها تسوي بين القانون الجزائري والقانون الأجنبي من حيث التطبيق.

63 - معظم قواعد الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق في القانون المقارن هي قواعد مزدوجة الجانب. فقواعد الإسناد المزدوجة في القانون المدني الجزائري والتي جاءت بصورة صريحة هي المواد التالية: المادة 10- 11- 12- 14 - 15- 16- 17- 18- 19- 20. وما يقابل هذه القواعد في القوانين العربية راجع :

- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص217.

لتقرر في الأخير اسناد العلاقة لأحد القوانين الذي يحقق النتيجة المنتظرة من هذه المقارنة وتسمى هذه القواعد بقواعد الإسناد ذات الغاية المادية (64).

تقوم قواعد الإسناد ذات الغاية المادية على فكرة الإسناد التخييري لأكثر من قانون واحد بتبنيها أكثر من ضابط إسناد واحد لتحديد القانون المختص لتحقيق نتيجة مادية معينة من خلال قاعدة الإسناد ذاتها والتي تختلف حسب إختلاف الغاية التي يريد تحقيقها.

هناك حالات يسعى فيها المشرع إلى تحقيق منفعة خاصة للأطراف، كما هو الشأن بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحدد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي التي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة كضابط للإسناد، لذلك اعتبرها البعض كقاعدة اسناد ذات غاية مادية تمكن الأطراف من اختيار القانون واجب التطبيق . كما يهدف المشرع إلى تحقيق غاية مادية أخرى تتمثل في سلامة التصرف القانوني من حيث الشكل؛ في هذا الخصوص مكن الأطراف من اخضاع شكل تصرفاتهم إلى أحد القوانين المحددة على سبيل الحصر حتى يكون التصرف صحيحا من حيث الشكل حتى لو كانت باطلة وفقا للقوانين الأخرى بما فيه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. من هنا جاءت

64 - كان دور قاعدة الإسناد لدى الفقيه الألماني سافيني ينحصر في توزيع الإختصاص التشريعي بين مختلف الأنظمة القانونية بكيفية مجردة دون أن يشير إلى وجود مثل هذه القواعد التي تسعى إلى تحقيق غاية مادية معينة، وبعد التطورات الحاصلة في فقه تنازع القوانين ظهرت إتجاهات فقهية تؤكد على وجود مثل هذه القواعد- تحقيق غاية مادية - كما هو الشأن لدى الفقيه M. BOUCHER وكذا الفقيه M. R. POUND حيث أكدوا على وجود هذه القواعد التي تأخذ بعين الإعتبار الهدف الإجتماعي للقوانين التي تضمن مصالح عامة أو خاصة تستجيب للأهداف الإجتماعية للقاعدة القانونية والتي أصبحت محل التفكير القانوني في مجال قانون الدولي الخاص. راجع في هذا الشأن :

-PATAUT Etienne, Impérativité ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois , tome 1 1ere partie), Thèse pour le doctorat d'état en droit, faculté de droit , université de Cergy – pontoise , 2006.p64.

قاعدة التنازع التخييرية التي تسمح للأطراف باختيار أحد القوانين المذكورة على سبيل الحصر في قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق شكل التصرفات⁽⁶⁵⁾.

3- قاعدة إسناد فارغة المضمون : سبقت الإشارة إلى أن قاعدة الاسناد هي قاعدة ارشادية تبين القانون واجب التطبيق على النزاعات الخاصة ذات الطابع الدولي دون أن تقدم الحل المباشر للنزاع لعدم احتواءها على الحل الموضوعي للنزاع⁽⁶⁶⁾، فهي تبحث عن القانون المختص وليست حكم القانون في حد ذاتها لعدم احتواءها على الحل الموضوعي بشأن النزاع، وهذا ما ينطبق على قاعدة الاسناد التي تخضع العقد الدولي لقانون الارادة.

فإذا أبرم مثلاً عقد بين شركة وطنية وأخرى أجنبية لغرض تزويد الشركة الوطنية بالمواد الأولية، وعند تنفيذ العقد تبين أن المواد تخالف المواصفات المتفق عليها وتم عرض النزاع على القضاء الجزائري ، فالقاضي الوطني يقوم في هذه الحالة بإعمال قاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، وهذه العملية في حد ذاتها لا تعني أن القاضي قد فصل نهائياً في النزاع، وإنما عليه الانتقال إلى المرحلة الثانية المتمثلة في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي عينته قاعدة الاسناد التي تخص العقود الدولية⁽⁶⁷⁾

65 - راجع في هذا الشأن: أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003، ص 31 وما يليها.

- الطابع التخييري الذي يؤدي إلى تحقيق غاية مادية يظهر كذلك في قواعد إسناد أخرى ، و نحن إكتفينا بإظهار هذا الطابع بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على موضوع العقد الدولي وكذا على شكل هذا العقد . لمزيد من التفاصيل بشأن هذه الحالة راجع: هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 809 وما يليها، كذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 95 وما يليها.

66 - MONEGER Françoise ,op.cit, p19.

67 - إنطلاقاً من هذه الخاصية أصبح إعمال المنهج التنازعي في مجال العقود الدولية محل إنتقادات كونه يقدم حلول جوفاء غير معروفة المحتوى نتيجة ما يقرره من حلول التي لا تخدم مصلحة الأطراف.

الفرع الثاني

عناصر قاعدة الإسناد

تتمثل عناصر قاعدة الإسناد في كل من الفكرة المسندة (أولا)، وضابط الإسناد (ثانيا)، والقانون المسند إليه وهو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (ثالثا).

أولا: الفكرة المسندة

من الصعب جدا حصر مختلف المراكز والعلاقات القانونية الخاصة ذات البعد الدولي، ومن ثمة تخصيص لكل حالة قاعدة إسناد تبين القانون واجب بشأنها، وما يقوم به المشرع هو جمع المراكز والعلاقات المتشابهة ضمن طائفة أو فكرة قانونية واحدة ويخصص لها قاعدة إسناد أو عدة قواعد من خلالها يتم إسناد العلاقة للقانون المختص؛ فهناك قاعد إسناد مثلا تبين القانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية ويدخل في إطارها حالة الشخص وأهليته وعقود الزواج والآثار المترتبة عنها، وهناك قواعد إسناد أخرى تبين القانون الواجب التطبيق على الأموال حيث جمع المشرع فيها كل ما يخص كسب الملكية والحياسة وتقرير الحقوق العينية (68).

تشمل الفكرة المسندة التي تخص عقود التجارة الدولية المعاملات المالية غير العقارية أو العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية (69)، مثل هذه العقود لا يمكن تحديدها على سبيل الحصر لتنوعها وتعددتها، وأبرزها على الصعيد الدولي هي البيوع

68- ليس هناك عدد محدد من الفئات المسندة، وإنما المشرع حاول أن يجمعها في أفكار متشابهة والمتمثلة فيما يلي: الفئة المسندة المتعلقة بالأحوال الشخصية (تخص الحالة الفردية والحالة العائلية)، الفئة المسندة التي تخص الأحوال العينية (هي أموال عقارية وغير عقارية) ويضاف إليها الميراث كما هو الشأن في القانون الفرنسي، والفئة المسندة التي تخص الإلتزامات وهي: (الإلتزامات التعاقدية والإلتزامات غير التعاقدية) ونظام الأموال بالنسبة للقانون الفرنسي.

- MONEGER Françoise ,op.cit, p32.

69 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص12.

الدولية⁽⁷⁰⁾، وبصفة عامة هي تلك العقود التي تهدف إلى تحقيق الربح والمضاربة أو نقل الخدمات والأموال والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية ويحقق أهدافها⁽⁷¹⁾.

مثل هذه العقود أدرجتها التشريعات الوطنية ضمن الفكرة المسندة تسمى بالالتزامات التعاقدية وهذه الصياغة واردة في مختلف قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي⁽⁷²⁾.

ثانياً: ضابط الإسناد

يعتبر ضابط الإسناد العنصر الثاني في قاعدة الإسناد يتم من خلاله تركيز النزاع المطروح في أحد الأنظمة القانونية التي يرى فيها المشرع أكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية. فهو ذلك المعيار الذي يتم عن طريقه الربط بين العلاقة وأكثر القوانين المتزاحمة حولها اتصالاً بها حتى يتم إختيار القانون ليحكمها.

يتبين من قاعدة الإسناد، أن هناك ضابط إسناد أصلي هو قانون الإرادة ، في حالة عدم وجود الإرادة يتم إعمال الضوابط الإحتياطية الأخرى على سبيل التدرج راعى فيها المشرع درجة إرتباط العقد مع القانون أكثر ملاءمة لحكم النزاع . تستمد هذه الضوابط من العنصر الأكثر أهمية في العلاقة ذات العنصر الأجنبي الذي يمثل

70- CHAUVEAUX (P), Un projet de loi internationale sur la vente, DALLOZ, Paris, 1939, p 135.

71 - د/محمد وليد هاشم المصري، « العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة »، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 168.

72- يرجع سبب استعمال صياغة الإلتزامات التعاقدية نتيجة للفرقة الموجودة في القانون المدني بين الحق ومصدره، فلو إنتقلت هذه الفرقة إلى القانون الدولي الخاص فيكون من المتعين أن يتم تحديد القانون واجب التطبيق في الحق، وإظهار القانون واجب التطبيق على مصدره كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للحق العيني ، فيتولى المشرع إظهار القانون الواجب على هذا الحق في حد ذاته وهو عادة قانون موقع المال وكما يتولى إظهار القانون الواجب التطبيق على مصدره والذي يختلف حسب إختلاف المصادر الذي يمكن أن يكون هو العقد أو الميراث أو الوصية ، التقادم بالنسبة للحق الشخصي وفي هذه الحالة هو الإلتزام التعاقدية دون ذكر قاعدة الإسناد تخص مصدره وهو العقد. فالقانون الواجب التطبيق على الإلتزام التعاقدية هو القانون الواجب على العقد .

- راجع: عزا لدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 429 - 430.

مركز ثقل في العلاقة القانونية استنادا إلى عنصر الأطراف أو لعنصر المحل أو اعتماد على عنصر السبب (73).

بالنسبة لعنصر السبب، فهو العنصر المؤهل لتزويد المشرع بضابط الإسناد بالنظر إلى صعوبة تركيزه مكانيا، وتحمل الإرادة مركز الثقل في التصرفات القانونية فهي جديرة باتخاذها ضابطا لاختيار القانون واجب التطبيق على تلك التصرفات. هذا ما يظهر من مختلف قواعد الإسناد التي تخضع العقد الدولي لقانون الإرادة، سواء كان ذلك في التشريعات الوطنية أو في إطار الإتفاقيات الدولية التي تبنت مبدأ إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

تختلف طرق الإسناد باختلاف ضوابط الإسناد، فهناك حالات تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقاعدة التي تخضع للإلتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام (74). فقد يسعى إلى إخضاع العلاقة لأكثر من قانون، واحد والهدف من وراء ذلك، هو إعطاء الفرصة للأفراد لإختيار القانون الأكثر ملاءمة (75). كما يهدف المشرع من خلال تعدد ضوابط الاسناد إلى ترتيب درجة إرتباط القوانين التي سيقع الإختيار عليها، فهناك ضابط أصلي يبين

73 – هناك علاقة يظهر فيها عنصر الأطراف الأبرز والأثقل وزنا كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية فتخضع مثلا أهلية الشخص وحالته وكذا عقود الزواج لقانون الجنسية. بالنسبة لعنصر المحل يظهر دوره في مجال الأشياء أي الأموال بصفة عامة، لذلك يسعى المشرع إلى وضع ضابط الإسناد مستمد من هذا العنصر فيجعل من ضابط موقع المال معيارا.

للمزيد من التفاصيل راجع: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 21-22.

74 – هذا ما تنص عليه مثلا المادة 1/20 من القانون المدني والتي تنص: "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام"

75 – بالنسبة للحالة التي يريد فيها المشرع إخضاع العلاقة لأكثر من قانون واحد في ذات الوقت نجدها في نص المادة 11 من القانون المدني، حيث تخضع الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج لقانون جنسية كل الزوجين. بالنسبة للحالة الثانية التي تتعدد فيها ضوابط الإسناد مع وجود إمكانية إختيار أحد هذه الضوابط كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة 19 من نفس القانون التي تبين القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات، حيث يمكن إختيار قانون محل إبرام التصرف وكما يمكن كذلك إختيار قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو إختيار القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

القانون المختص في حالة تعذر إعماله يتم إعمال الضوابط الإحتياطية وذلك حسب الترتيب الذي أورده المشرع في مثل هذه القواعد.

مثل هذا التعدد في الضوابط الإحتياطية يظهر في قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية كما هو الشأن بالنسبة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري ، فالضابط الأصلي هو قانون الإرادة ، إذا تعذر إعماله يتم إعمال الضوابط الإحتياطية التي جاء بها المشرع الجزائري المتمثلة قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد .

ثالثا: القانون واجب التطبيق

بما أن قاعدة الاسناد فارغة المضمون لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع ، فإن هذا الأخير يكمن في القانون المختص الذي عينته مثل هذه القواعد والذي يمكن أن يكون هو قانون وطني أو قانون أجنبي، وفي كل الحالات يكون هذا القانون ينتمي إلى دولة معينة سواء كان صادر من سلطة تشريعية أو هو بمثابة قانون عرفي غير مكتوب. المهم أن يكون تابع لدولة معينة بمفهوم القانون الدولي العام والذي يعتبر من بين شروط قيام تنازع القوانين (76) .

إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة يطرح تساؤلا يتمثل فيما إذا كان هذا القانون هو بالضرورة هو قانون داخلي لدولة معينة، أو أنه يمكن تطبيق قواعد غير وطنية من قبل القاضي الوطني نتيجة لخصوصية عقود التجارة الدولية التي ظهرت في بيئة تجارية متميزة تنظم مثل هذه العلاقات وهي ذات مضمون عالمي مجردة من الاعترافات الوطنية والتي تعرف بقواعد التجارة الدولية.

76- من بين شروط قيام ظاهرة تنازع القوانين هو أن تكون العلاقة متصلة بأكثر من نظام قانون واحد وهذا الشرط يسميه الفقه بالصفة الدولية لتنازع القوانين. لا يكفي أن تكون العلاقة متصلة بنظام قانوني وإنما يجب أن تكون هذه القوانين صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة وتكون محل إعراف من قبل الدولة التي ينتمي إليها القاضي الوطني. لكن هذا الرأي محل إنتقاد من قبل البعض على أساس أننا لسنا بشأن العلاقات الدولية وإنما نحن بصدد تطبيق القانون الأجنبي.

للمزيد من التفاصيل بهذا الشأن راجع : عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين ،مرجع سابق ، ص32 وما يليها.

ففي الوقت الذي يؤكد فيه البعض أن عرض النزاع على القضاء الوطني يؤدي إلى إسناد العقد الدولي لقانون وطني وفقا لضوابط الإسناد المقررة في قانون القاضي⁽⁷⁷⁾ ؛ إلا أن هناك إتجاها آخر يريد تحرير هذه العقود من هيمنة القوانين الداخلية التي أصبحت عاجزة عن مسايرة التطورات الحاصلة في مثل هذه المعاملات.

من بين الحالات التي يمكن فيها تطبيق قواعد التجارة الدولية أمام القاضي الوطني بكيفية مباشرة وتخص عقود التجارة الدولية ، هو أن تكون هذه القواعد وردت في إتفاقية دولية، ومن ثمة يتم تطبيق الأحكام الموضوعية في هذه الإتفاقية من قبل القاضي الوطني حتى في الحالات التي لم تصادق عليها دولة القاضي باعتبار هذه الأحكام أصبحت جزءا من القانون الداخلي لهذه الدولة .

كما بينت الممارسات القضائية في الكثير من الحالات تطبيق القضاة مثل هذه القواعد ، فقد طبقت المحكمة العليا اللبنانية القواعد التي تخص الاعتمادات المستندية في الحكم الصادر منها في 4 أبريل 1968 ، وقالت فيه أن العقد الناشئ عن اعتماد مستندي هو عقد مبنى على أعراف التجارة الدولية التي تقرّها جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة إليها بأن تردّها إلى تشريعاتها الداخلية أو أن تستتبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها ، إذ أنه ينشأ من الأعراف التي تمثل قانونا غير مكتوب يفترض في القاضي العلم به كعلمه بسائر القوانين⁽⁷⁸⁾ .

أكثر من ذلك ، هناك بعض التشريعات الداخلية في التقنيات المدنية والتجارية في الكثير من الدول تحيل إلى عادات وأعراف التجارة الدولية التي يتعين على قضائها بتطبيقها وهذا دون تفرقة بين العادات والأعراف الداخلية والدولية كما هو الشأن مثلا في التقنيات المدنية والتجارية الأوروبية والأمريكية⁽⁷⁹⁾ .

77 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 435.

78 - عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1994 ، ص401 وما بعدها .

79- محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية "، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1997 ، ص 96 - 97 .

إذا كان القضاء الوطني يرفض فكرة العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية إلا أنه يعترف من جهة أخرى بوجود مثل هذه القواعد وذلك عندما يأمر بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت قواعد التجارة الدولية على هذه النزاعات (80).

بالرغم من وجود مثل هذا الاتجاه الذي يسعى إلى إخضاع عقود التجارة الدولية لقواعد التجارة الدولية حالة عرض النزاع على القضاء الوطني ، إلا أن طبيعة منهج التنازع يرفض هذا المنطلق باعتباره يسند العلاقة القانونية إلى قانون داخلي لدولة معينة عندما تكون العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي، ويظهر في الصياغة الواردة في قاعدة الإسناد ذاتها التي تعطي الإختصاص على نحو قاطع لقانون داخلي لدولة معينة، سواء كان ذلك في إطار القوانين الداخلية أو في إطار الإتفاقيات الدولية كما هو الشأن مثلا بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبين القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث تنص المادة الثانية منها على ما يلي (81) :

« *La vente et régie par la loi interne du pays...* ».

يستبعد هذا النص امكانية اختيار قواعد التجارة الدولية ذات المضمون العالمي (82). نفس الشيء بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل وذلك في نص المادة 1/5 والتي تنص:

« *La loi interne choisie par les parties...* »

من هذا الإسناد الصريح للقانون الداخلي تتحدد هوية القانون واجب التطبيق على العقد الدولي المعين بمقتضى قاعدة إسناد ، فهو القانون الداخلي لدولة معينة سواء كان هذا القانون هو قانون الإرادة أو تم التوصل إليه عن طريق الضوابط الإحتياطية حالة عدم وجود الإختيار ؛ ويستوي الأمر في هذه الحالة بين قانون القاضي وبين القانون

80 - محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص 96 - 67.

81 - الصياغة المستعملة من قبل قواعد الإسناد كثيرا ما تكون على النحو التالي " .. قانون المختار.. ". وبالفرنسية تستعمل صياغة " «..la loi choisie..» ، وهي الصياغة الواردة في مختلف الإتفاقيات الدولية ، وهذا ما يستبعد إمكانية تطبيق قواعد التجارة الدولية من قبل القاضي الوطني.

- HUGUES Kenfack ,op.cit, p 22.

82 - AUDIT Bernard, « Vente », Encyclopédie de droit international, Paris, 2003, DALLOZ, p 6.

الأجنبي بما أنه تابع لدولة معينة، فلا مجال لتطبيق قواعد التجارة الدولية ذات الطابع العالمي أمام القضاء الوطني بما أنها لا تنتمي إلى نظام قانوني لدولة معينة.

المبحث الثاني

كيفية تحديد القانون واجبه التطبيق

اختيار قانون العقد الدولي يعني وجود الإرادة ، وهذه الأخيرة يمكن أن تظهر بصفة صريحة إذا ما تم تعيين القانون المختص من قبل الأطراف، كما يمكن استخلاصها من مختلف القرائن التي تحيط بالعقد تكشف على اتجاه الإرادة الضمنية إلى اختيار هذا القانون (المطلب الأول) .

هناك حالات لا يوجد فيها اختيار قانون العقد وكما يستحيل استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف ، فيتولى المشرع بنفسه في هذه الحالة تحديد هذا القانون من خلال الضوابط الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد أو عن طريق تطبيق قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز (المطلب الثاني) . كما يتولى القاضي بنفسه تحديد القانون المختص - حالة عدم وجود الإرادة - انطلاقاً من القرائن التي يستعين بها تمكنه من تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

تولي إدارة الأطراف تحديد

القانون واجب التطبيق

يتم تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عن طريق البحث عن قانون الإرادة الصريحة للمتعاقدين (الفرع الأول)، في حالة عدم وجود الإختيار يتم البحث عن قانون الإرادة الضمنية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي

يقصد بالاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بأن يتولى الأطراف بصفة صريحة تعيين القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، فيعتبر هذا الاختيار عنصر من عناصر الإسناد من خلاله يتم فض النزاع إذا توفرت شروط تطبيقه (83).

يتم التعبير عن الإرادة وفقا للقواعد العامة بكل وسيلة تكشف عما قصده المتعاقدون دون اتباع شكل معين يقيد من كيفية التعبير عنها ، فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة من خلالها يمكن احاطة الغير فيما اتجهت إليه إرادته بطريقة مباشرة وفقا لأساليب متعددة وغير محصورة (84). فتكون الارادة صريحة إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا مألوفا بين الناس يؤديها الإنسان مباشرة أو يؤديها بالوساطة كما لو تم استخدام الرسول أو الهاتف ، أو يكون بالكتابة في أية صورة من صورها أو

83- يتولى القاضي الوطني تطبيق القانون الذي عينته إرادة الأطراف بصفة صريحة وفقا للشروط التي يحددها المشرع الوطني، كأن يكون مثلا القانون الذي تم إختياره له علاقة بالعقد وكذلك أن لا يخالف النظام العام الوطني وأن لا يكون قد تقرر له الإختصاص عن طريق الغش نحو القانون. وهذا ما سنبينه في الدراسة اللاحقة .

84- تنص المادة 1/60 من القانون المدني على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه".

بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على ما تقصده الإرادة (85).

يقصد بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين تولي الأطراف تعيين القانون واجب التطبيق على نحو صريح إعمالاً لقاعدة الإسناد التي جعلت من هذه الإرادة كضابط إسناد أصلي من خلاله يتم تعيين القانون المختص (86)، ويتم ذلك وفقاً لأشكال تتناسب مع طبيعة هذا الاختيار، فيكون عن طريق إدراج نص في العقد أو في إتفاق مستقل عن العقد سواء كان مكتوباً أو شفويًا حتى لو كان أمام المحكمة المختصة قبل

85- عبد المنعم فرج الصده، «التعبير عن الإرادة»، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد الأول، كلية الشرطة، دبي، 1997، ص 1-2.

- التعبير بالألفاظ يكون بطريقة مباشرة و كما يمكن أن يكون بطريقة غير مباشرة كحالة إستعمال الهاتف أو رسول. والتعبير بالكتابة يكون في أي صورة من صورها سواء كانت رسمية أو عرفية. التعبير بالإشارة يكون بالإشارة المتداولة عرفاً تواضع الناس أن يكون لها معنى خاص. بالنسبة للحالة الأخيرة والمتمثلة في إتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه كأن يعرض التاجر بضاعته على الجمهور. كل هذه الأشكال تدل على وجود الإرادة الصريحة. لكن لا يمكن أن نتصور وجود هذه الأشكال فيما يخص الإختيار الصريح للقانون واجب التطبيق عقود التجارة الدولية.

86 - إذا ما قمنا بإجراء مقارنة بين كيفية التعبير عن الإرادة الصريحة في مجال العقود الداخلية والعقود الدولية يتبين لنا أن نطاقها يتسع أكثر في مجال العقود الداخلية مقارنة مع العقود الدولية ويستخلص ذلك من نص المادة 1/60 من القانون المدني السالفة الذكر وبين نص المادة 18 من نفس القانون. فالتعبير عن هذه الإرادة وفقاً للمادة 1/60 يتخذ عدة أشكال المبينة في النص (باللفظ أو الكتابة أو الإشارة)، كما أضافت نفس الفقرة مختلف الحالات - دون أن يحصرها المشرع - التي تبين وجود مثل هذه الإرادة.

على خلاف العقود الدولية، فالإختيار الصريح (الإرادة الصريحة) يمكن أن يكون كتابة - وهي الحالة المألوفة- أو يكون شفاهة والتي يمكن إعتبارها كحالة إستثنائية بالنظر إلى أهمية هذه العقود بالنسبة للأطراف.

تظهر أهمية الكتابة وضرورتها في إبرام بعض العقود، فإذا أخذنا على سبيل المثال الشكل الذي تبرم وفقه العقود الإقتصادية الدولية يكون كتابة، أي وفقاً للشكل الثاني الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني وإستبعاد الأشكال الأخرى الواردة في نفس المادة. فيما يخص هذه الحالة الأخيرة راجع:

- معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 26.

الفصل في النزاع تيسيرا على المتعاقدين وتحقيق فعالية قاعدة الإسناد التي تسند العقد الدولي لقانون الإرادة⁽⁸⁷⁾.

هناك حالات كثيرة لا يختار فيها الأطراف القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد و يتم تحديده في وقت لاحق كما لو كان الأطراف يجهلون بأنهم بشأن إبرام عقد دولي، أو أن طبيعة العقد عند إبرامه هو عقد داخلي وتغيرت أحد عناصره لاحقا وألحقت به عنصر أجنبي ؛ أو أنهم تجاهلوا عن قصد إثارة مسألة تحديد القانون واجب التطبيق حتى لا تؤدي الخلافات بشأن هذه المسألة إلى عدم إتمام إبرام العقد. ففي كل هذه الحالات يمكن للأطراف لاحقا الإتفاق على القانون المختص بما أن قاعدة الإسناد مكنتهم من هذا الإختيار دون أن تحدد زمن ممارسة هذا الحق⁽⁸⁸⁾.

بالمقابل هناك من يرى ضرورة تزامن إبرام العقد الدولي مع اختيار قانون العقد الدولي استنادا إلى الحكم الصادر من محكمة النقض الإيطالية في سنة 1966 و يقضي بأن : " إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا ينتج أثره عندما يقع في مرحلة لاحقة على إبرام العقد " ⁽⁸⁹⁾. استبعد هذا الحكم سلطة للأطراف في اختيار القانون خلال المدة الممتدة بين مرحلة إبرام العقد وعرض النزاع على القضاء وهي فترة زمنية مجردة من ممارسة حق اختيار القانون المختص.

ليس لهذا الحكم أي أثر لدى فقه قانون الإرادة كما لم تأخذ به التشريعات الوطنية ولا الاتفاقيات الدولية التي سمحت باختيار قانون العقد دون الإشارة إلى أن حق الإختيار يجب أن يكون عند إبرام العقد .

يتخذ التعيين الصريح لقانون العقد الدولي أحد الشكلين، فيمكن أن يكون كتابة سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو في إتفاق مستقل يكون بين لحظة إبرام العقد إلى

87- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 179-180.

88 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 472-473.

89- طرح البحور على حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 58.

غاية عرض النزاع على القضاء ، كما يمكن أن يكون الاختيار الصريح بصفة شفوية وإن كانت هذه الحالة الأخيرة تطرح صعوبات في إثبات هذا القانون المختص (90) .

كلما تم تعيين هذا القانون صراحة سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق يكون للأطراف الحق في تعديل هذا الإختيار تماشياً مع طموحاتهم في تحقيق أهدافهم الاقتصادية التي تكمن في القانون الذي تم تعديل الإختصاص التشريعي لمصلحته (91)، ويسري هذا التعديل بأثر رجعي ولكن دون المساس بحقوق الغير (92).

أكدت بعض القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية على حق الأطراف في تعديل الإختيار السابق على نحو صريح كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 وذلك في نص المادة 3/116 والتي تنص:

« *L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés* » (93).

كما أكدت على هذا التعديل اللاحق إتفاقية روما I لسنة 2008 في المادة 2/3 والتي تنص هي الأخرى على:

« *Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieure selon le présent article, soit en vertu d'autre disposition du présent règlement* ».

90 - ALQUADAH Meen , Exécution de contrat de vente international de marchandise , (Etude comparative du droit français et droit jordanien) , Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims champagne -Ardenne, France,1992, p 79 .

91- وهذا على خلاف ما ذهب إليه محكمة النقض الإيطالية في أحد أحكامها الصادرة في 28 يونيو 1966 وقالت فيه أن إختيار لقانون العقد الدولي لا ينتج أثره عندما يقع في مرحلة لاحقة عن إبرام العقد .

- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، المرجع السابق، ص58. وكما قالت هذه المحكمة أن الأخذ بهذا الإختيار هو إقرار بسلطة غير مألوفة إزاء إختيار قانون العقد .

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 472. وعلى خلاف ذلك ما ذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي التي سمحت للمتعاقدين بإختيار قانون العقد الدولي في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع أمام محكمة الموضوع. نفس المرجع السابق ، ص 474.

92 - CACHARD Olivier, Droit du commerce international, L.G.D.J, Paris, 2008, p 188.

93- Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-copilation/198712/index.html>

يبقى حق اختيار اللاحق لقانون العقد الدولي قائماً حسب ما أكدت عليه بعض القوانين السابقة الذكر ، حيث يسري هذا الاختيار بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد دون أن يؤدي هذا إلى المساس بحقوق الغير (94) .

والقيد الذي يرد على هذا التعديل هو أنه لا يسري بأثر رجعي فيما يخص صحة العقد من حيث الشكل فيما لو كان هذا القانون يؤدي إلى إبطال العقد من حيث الشكل ، فالقول بغير ذلك يؤدي إلى إثارة الشك حول صحة العقد في الفترة السابقة على الاختيار أو التعديل وهذا ما يتعارض مع هدف قاعدة الشكل المتمثل في التيسير على المتعاملين ، فكلما كان العقد صحيحاً شكلاً لا يمكن إبطاله بسبب الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على الموضوع (95) .

يعتبر الاختيار اللاحق لقانون القعد الدولي وكذا تعديل الإختيار لمصلحة قانون آخر من مظاهر الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق، فلا يمكن أن يتم ذلك وفقاً للإرادة الضمنية بالرغم من أن البعض يرى بإمكانية ذلك في الحالات التي تستخلص بصفة مؤكدة من ظروف العقد تبين على نحو قاطع إتجاه إلى تعديل الاختيار ، إلا أن الاعتبارات العملية واليقين القانوني يستوجب أن يكون تعديل إرادة الأطراف الصريحة يكون بإرادة صريحة أخرى ، يظهر دور الإرادة الضمنية عند غياب الإرادة الصريحة(96) .

إختيار الأطراف لقانون العقد الدولي ما هو إلا تجسيد لما جاءت به قاعدة الإسناد التي تبنت سلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق يمكن الأطراف تجسيد طموحاتهم في هذا القانون ويجنبهم مخاطر تطبيق قانون لا يعرفون أحكامه مسبقاً، كما يجنب القاضي مشقة البحث عن هذا القانون إذا ما أراد البحث عن ما يسمى

94- في هذا الإطار تنص المادة 2/3 من اتفاقية روما لسنة 2008 على ما يلي:

« ...Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers».

95- طرح البحور على حسن فرج، مرجع سابق، ص 59-60.

96- نفس المرجع ، ص 60-61.

بالإرادة الضمنية . من هذه الأهمية أدى بمجمع القانون الدولي الخاص إلى تقديم توصيات تبين أهمية الاختيار الصريح في إحدى دوراته المنعقدة في مدينة أسلو سنة 1977، وفيها أوصى في المادة 1/2 بضرورة الاختيار الصريح لقانون العقد. وأكد على نفس الأهمية خلال دورة انعقاده في مدينة أثينا سنة 1979 وذلك في نص المادة 1/4 من قرار المجمع والتي تنص : " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون واجب التطبيق " (97) .

هناك من شبه الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي كمن يبرم عقد التأمين على حياته تحوطا للمستقبل، فإذا كان الشخص المغطى بالتأمين - وهو المؤمن له - يتمنى أن لا يتحقق الخطر المؤمن عليه، وفي حالة تحققه يستفيد من مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد. بالنسبة لأطراف العقد الدولي، فالأطراف يرغبون في تنفيذ العقد الذي تم إبرامه وهي الغاية المنتظرة من العقد، ولكن في حالة وجود نزاع - وهذا ما لا يرغبون فيه - يكون على الأقل قد عيّنوا القانون الذي يتولى الفصل في موضوع النزاع (98).

ليس هناك ما يمنع الأطراف أن يعيّنوا مسبقا القانون واجب التطبيق الذي يتولى حل النزاع حالة نشوبه بعد إبرامه، ويكون ذلك إذا ما استجابوا لقاعدة التنازع التي توجه لهم خطاب بأن: " يعيّنوا، " يختاروا " صراحة القانون الواجب التطبيق. في الحالات التي لا يستجيبوا فيها لقاعدة التنازع سيجد أطراف العقد الدولي أنفسهم في ضباب، يكونوا في هذه الحالة صناع مغامرته السيئة. كما يقول البعض متسائلا لماذا لا ندرج شرطا من سطرين يقول فيه الأطراف صراحة ما هو القانون الذي يقصدون الخضوع له (99) .

97- راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1096. (الهامش

. (111)

98 - نفس المرجع ، ص 1095-1096.

99 - عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1095-1096.

يعتبر الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي كنقطة محورية تشترك فيها كل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية مع بقاء الاختلاف قائماً بشأن نطاق هذا الاختيار؛ فإذا ما أخذنا على سبيل المثال ما جاءت به المادة الثالثة من إتفاقية روما لسنة 1980، وما ورد في نفس المادة بعد إستبدالها سنة 2008 يتبين أنها إستبقت على إيراد دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون واجب التطبيق لاستبقائها على نفس الصياغة هي: «... *Le choix et exprès..* » ومثل هذا النص له ما يقابله في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية الأخرى سواء كانت سابقة أو لاحقة على زمن ظهور إتفاقية روما لسنة 1980 المستبدلة سنة 2008.

أبرز المشرع الجزائري دور الإرادة الصريحة في مجال العقود الدولية على نحو صريح والمتمثل في اختيار القانون العقد الدولي ويظهر ذلك من نص المادة 18 من القانون المدني تأثراً بالتطورات الفقهية والتشريعات الدولية التي جعلت من الإرادة الصريحة أحد أهم وأبرز الضوابط التي تكشف عن القانون المختص (100).

يعتبر الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بمثابة الإسناد الأصلي في قاعدة الاسناد من خلاله تبين إرادة المتعاقدين القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي . كلما وجد مثل هذا الإختيار يتولى القاضي بتطبيقه إذا ما توفرت شروط جاءت بها القوانين الوضعية .

الفرع الثاني

الاختيار الضمني لقانون العقد الدولي

ليست إرادة المتعاقدين دائماً صريحة ، بل هناك حالات لا يتم الإفصاح عن رغبتهما في اختيار قانون معين على عقدهما سواء كان ذلك عمداً أو عن طريق الإهمال ، كما لا ينتبه المتعاقدون أنهم بشأن إبرام عقد دولي ومن ثمة يتجاهلون مسألة

100- تنص المادة 1/18 من القانون المدني على أن: " يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين....".

تحديد القانون واجب التطبيق (101) ؛ ففي كل هذه الحالات تطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية التي تستخلص من مختلف الظروف والملابسات التي تبين وجودها والتي هي عبارة عن إرادة حقيقية غير معلنة تكون بجانب الإرادة الصريحة إسناد أصلي للقانون واجب التطبيق على العقد الدولي (102) .

حسبت التشريعات الوطنية بصفة قاطعة فيما يخص التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية للتعبير عن إرادة الأطراف في حالة إبرام عقد داخلي ، فلم يعد هناك فائدة عملية للتفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث القيمة، إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي يتطلبها القانون والتي تظهر في العقود التي يجب أن يفرغ فيها التراضي في شكل خاص، ما عدا ذلك تكون الإرادة الضمنية في نفس المرتبة مع الإرادة الصريحة وإن كان التعبير عنها يتم بطريقة غير مألوفة بين الناس كونها تستتبط من مختلف ظروف الحال .

بالنسبة لنظرية تنازع القوانين، هناك بعض القوانين سوّت بين كل من الاختيار الصريح والاختيار الضمني بكيفية واضحة لا لبس فيه ويشكلان معا إسناد أصلي للقانون واجب التطبيق. هذا على خلاف بعض القوانين الأخرى التي لم تفصل على نحو صريح بشأن هذه المسألة كونها جاءت بصياغة يفهم منها أنها تجاهلت هذه الإرادة- الإرادة الضمنية - وهذا ما أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية وموقف بعض الكتاب الذي أثاروا هذه المسألة (103) .

101 - GOURION Pierre – Alain, PEYRARD George, SOUBEYRAND Nicola ,op.cit, p 172.

- إذا كانت حالة عدم انتباه المتعاقدين بأنهم بشأن إبرام العقد الدولي ، في هذه الحالة - حسب بعض الفقه - لا يتم البحث عن قانون الإرادة الضمنية لأنها غير موجودة أصلا فيتم أعمال الصواب الإحتياطية في قاعدة التنازع.

102 - POMMIER Jean- Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, ECONOMICA, Paris, 1992, p 97.

103 - هناك من رفض الأخذ بالإرادة الضمنية باعتبارها غير موجودة في الواقع وهذا وفقا لأحد الأسباب الثلاثة التالية:- يمكن أن لا ينتبه الأطراف أصلا لمسألة القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد الدولي، هذا ما يستبعد البحث عن الإرادة الضمنية باعتبارها غير موجودة أصلا. وإن كانت هذه الحالة نادرا ما تكون ولكن يجب أخذها بعين الاعتبار.

أكد بعض الفقهاء على ضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية ولكن بشرط أن يتأكد القاضي وجودها من خلال القرائن التي تبين وجودها، فتجاهل مثل هذا الاختيار يعني تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة .

أخذت بعض التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية بالإرادة الضمنية للمتعاقدين بكيفية واضحة لا لبس فيه وجعلتها تحتل الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة يتولى القاضي الكشف عنها من خلال مجموعة من القرائن تبين على نحو مؤكد إتجاه نية المتعاقدين إلى إختيار هذا القانون (104) ؛ هذا مع الإشارة إلى أن التطور التاريخي لقانون الإرادة يبين أنه أخذ بالإرادة الضمنية قبل إبراز دور الإرادة الصريحة وكان على أساسها يفسر اخضاع العقد لقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه كما سبق وأن بينا .

من بين التشريعات العربية التي برزت دور هذه الإرادة نجد ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 19 من القانون المدني والتي تنص على أن : "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا

يمكن أن تكون مشكلة تنازع القوانين غير موجودة عند إبرام العقد وتطرق إليها العنصر الأجنبي لاحقاً، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام عقد البيع تسليم البضاعة في دولة أجنبية، هذا ما يجعل العقد دولياً.

يمكن أن يكون سبب عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يرجع إلى تخوف الأطراف منذ البداية أن يؤدي الاختلاف القائم بينهم بشأن تحديد هذا القانون إلى عدم إتمام إبرام العقد ، لذلك يتعمدون في تجاهل هذه المسألة . كل هذه الحالات الثلاثة تبين عدم إنصراف إرادة المتعاقدين إلى إختيار قانون معين ، فإذا ما تولى القاضي البحث عن ما يسمى بالإرادة الضمنية يؤدي هذا إلى تطبيق قانون لا يتوقع الأطراف تطبيقه ولا يعبر عن إرادتهم الحقيقية .

راجع في هذا الشأن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 428.

104 - ولهذا الإتجاه التشريعي له ما يقابله في الممارسات القضائية حيث أخذ القضاء الفرنسي بهذه الإرادة

كونها تكشف عن القانون واجب التطبيق . راجع:

-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3^e édition, Vuibert, Paris, 2007, p 271.

اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"⁽¹⁰⁵⁾.

يفيد هذا النص أن المشرع المصري أخذ بالإرادة الضمنية حالة عدم وجود الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي، هذا ما تبينه المادة حينما نصت على "...أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه". فإذا لم يتم تعيين القانون بكيفية صريحة يتولى القاضي هذه المهمة تطبيقا لقاعدة الإسناد التي أخذت بهذه الإرادة ، فيتوصل إلى القانون واجب التطبيق معتمدا على مختلف القرائن التي تبين إتجاه نية الأطراف إلى إختيار هذا القانون⁽¹⁰⁶⁾ . لا يشكل التدرج في البحث عن الإرادة أي صعوبة على القاضي الوطني لأن العقود الداخلية تقوم هي الأخرى على هذا التدرج لاستخلاص إرادة الأطراف حالة عدم وجود الإرادة الصريحة.

من جهة أخرى، هناك بعض التشريعات لم يبين فيها المشرع بصفة صريحة مدى الأخذ بالإرادة الضمنية ويظهر ذلك مثلا فيما ورد نص المادة 1/20 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أن: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطنا ، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

يوشي ظاهر النص السابق أن في حالة عدم وجود الاختيار الصريح يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون مكان إبرام العقد دون البحث عن ما اتجهت إليه

105- كما إستعمل المشرع العراقي نفس الصياغة للتعبير عن الإرادة الضمنية والتي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد ؛ فيكون قانون الإرادة الضمنية هو قانون الدولة التي عرض النزاع على محاكمها ، أو قانون الدولة التي إستعملت لغتها في صياغة بنود العقد . راجع في هذا الخصوص: يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص 16.

106 -أخذت معظم التشريعات العربية بالإرادة الضمنية التي تأتي في المرتبة الثانية بعد الارادة الصريحة كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الكويتي (المادة 59 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961). والمادة 25 من القانون العراقي لسنة 1951 والمادة 19 من القانون المدني الليبي لسنة 1953 والمادة 20 من القانون السوري لسنة 1949. كل هذه القوانين إستعملت نفس الصياغة التي جاء بها المشرع المصري التي تفيد الأخذ بالإرادة الضمنية حيث تنص على أن: "...أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

الإرادة الضمنية. إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك، فأكد على أن الإسناد لقانون العقد الدولي يشمل الإختيار الصريح والإختيار الضمني معا كون المشرع وضع قاعدة إسناد أصلية وقاعدة إسناد إحتياطية؛ فالقاعدة الأولى هي قاعدة إسناد أصلية تخص قانون الإرادة وذلك دون التمييز بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية (107).

كما لم يبين المشرع الجزائري موقفه بصفة صريحة من الإرادة الضمنية وذلك بالنظر إلى ما ورد في المادة 18 من القانون المدني، فيوحي ظاهر النص أنه تم الأخذ بالإسناد الصريح دون الإسناد الضمني، وكان باستطاعة المشرع استدراك هذا الغموض بعد تعديل قواعد الإسناد 2005 للفصل بصفة نهائية عن التساؤلات التي كانت تخص هذه الإرادة - الإرادة الضمنية- بعد صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني والذي جسده للمرة الأخرى بعد تعديل نص المادة في 2005 بموجب قانون-05 10 المتضمن تعديل القانون المدني .

يوحي هذا التجاهل إلى أن المشرع استبعد دورها - الإرادة الضمنية- في مجال العقود الدولية حيث يتم تطبيق الضوابط الإحتياطية في حالة عدم وجود الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي (108).

107 - غالب علي الداوودي ، مرجع سابق ، ص211-212.

108- اختلفت الآراء بشأن موقف المشرع الجزائري من الإرادة الضمنية، فهناك من يرى أنها مستبعدة من نطاق إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة وذلك بالنظر إلى الصياغة التي وردت بها المادة 18 من القانون المدني قبل تعديلها كون المشرع أسقط كل ما يفيد البحث عن هذه الإرادة ، ويتضح ذلك إذا ما أجرينا مقارنة بين نص المادة 19 من القانون المدني المصري التي هي أصل المادة 18 من القانون المدني الجزائري .

على خلاف ذلك ، هناك من يأخذ بهذه الإرادة في الحالات التي تكون هناك مؤشرات من خلالها يمكن التوصل إلى إستخلاص هذه الإرادة على نحو مؤكد .أما البعض الآخر فضل ترك هذه المسألة للقضاء للفصل في هذه المسألة .

الإتجاه الغالب يؤيد الأخذ بالإرادة الضمنية - نحن نؤيد هذا الإتجاه - بإعتبارها تعبر عن وجود التراضي بشأن تصرف قانوني وإن كانت تأتي في الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة . يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري تأثر بالمادة 19 من القانون المدني المصري والتي أخذت بالإرادة الضمنية.

زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر ، 1990 - 1991 ، ص229-2230.

بالمقابل هناك من يرى أن المشرع أخذ بالإرادتين معا، حيث يتم البحث عن قانون الإرادة الضمنية حالة عدم وجود الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي (109)، وهو الإتجاه الصحيح الذي يمكن الأخذ به كونه يتماشى مع طبيعة إسناد العقود الدولية لقانون الإرادة الذي يقوم على كل من الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية كونهما يشكلان معا الإسناد الأصلي للقانون المختص، وهو التفسير الذي يقابله مثيل لدى بعض الشراح التي سلكت تشريعاتهم نفس الإتجاه مع المشرع الجزائري كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الأردني السابق الذكر. إضافة إلى ذلك، نجد القواعد العامة في التشريع الجزائري تأخذ بالإرادتين معا ويظهر ذلك بصفة جلية من نص المادة 60 من القانون المدني السالفة الذكر التي تبين كيفية التعبير عن الإرادة (110).

كما بينت الإتفاقيات الدولية كيفية التوصل إلى القانون واجب التطبيق حالة عدم وجود الاختيار الصريح، ويكون ذلك عن طريق تحويل القاضي سلطة البحث عن قانون الإرادة الضمنية إستنادا إلى مؤشرات توحى على نحو قاطع إتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق مثل هذا القانون.

قيدت إتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبين القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية سلطة القاضي في استخلاص قانون الإرادة الضمنية ويكون بالإعتماد على نصوص العقد التي تكشف على نحو مؤكد إختيار قانون معين (111).

109 - بلميهوب عبد الناصر، « دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري »، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، أجريت فعالياته يومي : 21-22 أبريل 2010، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، ص 55. وكذلك راجع : بلمامي عمر، « نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون »، نشرة المحامي الصادرة منظمة المحامين سطيف، الجزائر، 2007، ص 21.

110 - تنص المادة 60 / 2 القانون المدني على أن: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " .

111- تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية (2/2) من الإتفاقية على ما يلي :
-« Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat ».

تقييد سلطات القاضي في إطار إتفاقية السالفة الذكر، هو إتجاه مُنتقد كونه يعتمد كلية على نصوص العقد دون أن يشمل ظروف العقد وملابساته وهو تجاهل لحقيقة الإرادة الضمنية التي تتعدد مؤشرات التي تكشف عنها خاصة إذا ما كانت خارج نطاق نصوص العقد كما لو تم اختيار قانون أجريت المفاوضات بشأنه أو تم تنفيذ العقد بعد إبرامه في ظل قانون معين (112).

يمكن أن تكون الأسباب السالفة الذكر هي التي دفعت واضعي إتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون واجب التطبيق عقود الوساطة والتمثيل إلى تبني موقفا أكثر مرونة يوسع من سلطات القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية ، والذي يمكن أن يستخلص بتأكد معقول من نصوص العقد و من ظروف الحال وذلك حسب نص المادة 2/5 منها⁽¹¹³⁾ ؛ وليس إستخلاصا مؤكدا من نصوص العقد كما هو وارد في إتفاقية لاهاي لسنة 1955 السابقة الذكر .

فلو تضمن العقد الأصلي إتفاق يعطي الإختصاص لقانون دولة معينة ، وتم إبرام عقد مكمل للعقد الأول دون أن يشير على نحو صريح للقانون واجب التطبيق ، فيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يجعل قانون الإرادة الصريحة في العقد الأول هو قانون الإرادة الضمنية في العقد الثاني المكمل للعقد الأول⁽¹¹⁴⁾ .

كما قيدت إتفاقية روما لسنة 2008 التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية سلطات القاضي في إستخلاص قانون الإرادة الضمنية، وذلك عندما ألزم القاضي أن يستخلص هذا القانون بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف

112- هشام علي صادق ن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 432.
113 - « Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause » .

- ما يجب الإشارة إليه أن نص الفقرة 2/5 من الإتفاقية وردت على صيغة تخبيرية وذلك عندما مكنت القاضي من إستخلاص الإرادة الضمنية من نصوص العقد (و) ظروف الحال . فيعني كل هذا أن يعتمد القاضي على نصوص العقد لوحدها أو على ظروف الحال كذلك، كما يمكنه أن يجمع بين المؤشرين معا وهذا ما يوسع من سلطاته في البحث عن هذه الإرادة.

113 - POMMIER Jean- Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op.cit. , p105.

114 - Ibid, p105.

الحال دون أن يتمكن من الجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد معا⁽¹¹⁵⁾، ومن هنا تكمن المفارقة بين إتفاقية روما لسنة 2008 وإتفاقية لاهاي لسنة 1978 ذات التوجه الموسع في إستخلاص قانون الإرادة الضمنية.

إذا ما أردنا إجراء مقارنة بين الإتفاقيات السابقة الذكر بشأن كيفية التوصل إلى استخلاص قانون الإرادة الضمنية، نقول أن إتفاقية لاهاي لسنة 1955 تعتمد على مؤشر واحد في استخلاص هذه الإرادة ويكون على نحو مؤكد من نصوص العقد ؛ أضافت إتفاقية روما مؤشر آخر للمؤشر الأول وهو ظروف الحال ولكن دون إمكانية الجمع بينهما ، هذا على خلاف إتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تجمع بين نصوص العقد دون أن يكون بصفة مؤكدة وإنما يكفي أن يكون بصفة معقولة وكذا بين ظروف الحال.

فإتفاقية روما لسنة 2008 هي أكثر مرونة مع إتفاقية لاهاي لسنة 1955 فيما يتعلق باستخلاص قانون الإرادة الضمنية ، ولكنها أكثر تقييدا لسلطة القاضي في البحث عن هذه الإرادة مقارنة مع إتفاقية لاهاي لسنة 1978 من حيث تقييد سلطة القاضي في البحث الإرادة الضمنية⁽¹¹⁶⁾.

بما أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة، وللبحث عنها يتطلب الأمر الاستعانة بمجموعة من المؤشرات يستعين بها القاضي لاستخلاصها والمتمثلة فيما يلي:

1- المؤشرات الخاصة: هناك مؤشرات خاصة تستخرج من داخل العقد ذاته تكشف عن الإرادة الضمنية، والمثال على ذلك أن يستخدم الأطراف مصطلحات معروفة في القانون البحري الإنجليزي يوحي هذا إلى أن هذا القانون هو واجب التطبيق. كما تكون عملة الدفع كمؤشر من خلاله يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق ، ولكن مع تضيق نطاقه في بعض الحالات ؛ فاختيار عملة الدولار الأمريكي هو كمؤشر لا يدل على

115- تنص المادة الثالثة فقرة أولى من هذه الإتفاقية على أن:

« ...le choix est expresse ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la couse »

116 - KOBER Gabriela , op.Cit, p 85.

إتجاه نية الأطراف إلى اختيار هذا القانون لأن هذه العملة هي المعتمدة في مختلف المعاملات التجارية الدولية، ولكن إذا ما تم اختيار الدفع بعملة نادرا ما يتفق عليها الأطراف ، فيمكن أن يفسر ذلك اتجاه نية الأطراف إلى تطبيق هذا القانون . وكذلك إتفاق الأطراف على محكمة دولة معينة يوحي ذلك إلى أن الأطراف أرادوا تطبيق هذا القانون (117) .

هناك حالات يكون فيها مؤشر واحد كافي لمعرفة القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون الإرادة الضمنية، وهناك حالات يتطلب الأمر الجمع بين أكثر من مؤشر لاستخلاصها على وجه اليقين⁽¹¹⁸⁾. فالاعتماد بصفة مطلقة على المؤشرات الخاصة يعني تقييد سلطة القاضي في إستخلاص الإرادة الضمنية وهذا المسلك أخذت به إتفاقية لاهاي لسنة 1955 السالفة الذكر حينما نصت على أن يستخلص قانون الإرادة بكيفية مؤكدة وهذا على النحو الذي بيناه سابقا .

2 - المؤشرات العامة : هي تلك المؤشرات التي لا تقتصر على العقد معين بذاته وإنما تستخلص من مختلف الظروف المحيطة به كما هو الشأن مثلا بالنسبة لقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه (119) .

117 - محمد يوسف الزعبي، القانون التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون الدولي والمقارن ، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة عمان العربية ، الأردن ، 2004 ، ص 210 وما يليها.

118- هذا مع الإشارة إلى أن المحكم له سلطة أوسع مقارنة مع القاضي الوطني في إستخلاص المؤشرات التي تكشف عن قانون الإرادة الضمنية .

- أحمد السمدان ، «القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي» ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني ، 1993. ص 193.

119- DERRUPPE Jean, Doriot international privé, DALLOZ, Paris, 1999, p 107.

المطلب الثاني

تولي المشرع تحديد القانون واجب التطبيق

بينت مختلف التشريعات القانون واجب التطبيق حالة عدم وجود الإرادة، فالبعض منها أخذت بضوابط إسناد جامدة يتم اعمالها على سبيل التدرج للكشف عن القانون المختص (الفرع الأول). كما فضلت بعض التشريعات الأخرى وضع ضوابط إسناد تتصف بالمرونة تعطي للقاضي قدر من الحرية في استخلاص هذا القانون وذلك وفقا لفكرة الأداء المميز في العقد وهو في هذه الحالة هو قانون محل إقامة المدين بهذا الأداء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإسناد الجامد للقانون واجب التطبيق

في حالة عدم وجود الإختيار

إذا لم يتم اختيار قانون واجب التطبيق بصفة صريحة ولم يتم التعرف على قانون الإرادة الضمنية يتعذر في هذه الحالة أعمال ضابط الإسناد الأصلي المتمثل في قانون الإرادة. جرى القضاء في بعض الدول وسائره الفقه على تطبيق قانون الإرادة المفترضة للمتعاقدين، في سبيل تحديد هذا القانون- قانون الإرادة المفترضة - يقوم القاضي بتعيينه اعتمادا على ما كان يقصده المتعاقدون فيما لو انصرفت إرادتهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد، فهو لا يفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدون وإنما يعين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدون ، فيفرض عليهما إرادة غير موجودة وقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد⁽¹²⁰⁾ .

120 - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 432. يرى جانب من الفقه أن القرائن التي تبين الإرادة المفروضة التي تستخلص من ظروف تكوين العقد وأثاره هي نفس القرائن التي تبين وجود الإرادة الضمنية . نفس المرجع السابق ، ص433- 463 .

تطرح عملية إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة المفترضة مشكلة أساسية تتمثل في وضع الحدود الفاصلة بين هذه الإرادة باعتبارها كإرادة غير موجودة فهي وهم وخيال، وبين الإرادة الضمنية باعتبارها كإرادة حقيقية على ضوءها يتم إسناد العقد للقانون المختص⁽¹²¹⁾. وما يجمع بين هاتين الإرادتين أنهما تشتركان في بعض القرائن التي تكشف عنهما وهي قرائن موضوعية بجانب القرائن الشخصية التي تنفرد بها الإرادة الضمنية، ويؤدي التداخل القائم بين القرائن الموضوعية التي تقوم على معيار موضوعي إلى صعوبة التمييز بين الإرادتين.

ترتب من صعوبة التمييز بين الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة إلى استبعاد هذه الأخيرة - الإرادة المفترضة - من نطاق إسناد العقد الدولي للقانون المختص باعتبارها تتنافى مع فكرة إسناد العقد لقانون الإرادة، لأن إرادة القاضي هي التي تعين القانون واجب التطبيق وليس البحث عن إرادة المتعاقدين التي لم يعلن عنها الاطراف، ويمكن أن يكون ذات السبب هو الذي أدى إلى استبعادها من قبل التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية ويظهر ذلك من الأعمال التحضيرية لإتفاقية لاهاي سنة 1955 حيث تم استبعاد البحث عما يسمى بالإرادة المفترضة⁽¹²²⁾.

قيدت بعض التشريعات الوطنية سلطة القاضي في تحديد القانون المختص حالة عدم وجود قانون الإرادة - الصريحة والضمنية - عن طريق وضع ضوابط إحتياطية يتم إعمالها على سبيل التدرج والتي يمكن إعتبارها كقانون الإرادة المفروضة قانونا بعدما أن كانت في بداية الأمر عبارة عن قوانين الإرادة المفروضة قضاء⁽¹²³⁾.

121 - هناك من يؤكد بصفة قاطعة بأن الإتفاقيات الدولية لم تعط أي مجال للإرادة المفترضة، فما قامت به هو توسيع من نطاق الإرادة الضمنية. راجع :

- KOBEL Gabriela, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, Thèse pour le diplôme d'étude doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de paris, (paris II), 1990, p85-86 .

122 - POMMIER Jean Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international Privé conventionnel op.cit, p102 .

123 - أخذت مختلف التشريعات بضوابط احتياطية تبين القانون واجب التطبيق حالة عدم وجود اختيار قانون واجب التطبيق وهذا مع بقاء الإختلاف قائما بشأن عدد الضوابط المدرجة في نصوص القوانين. فالمرجع المصري أخذ بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وإن إختلفا يتم تطبيق قانون مكان إبرام العقد (م 19 من القانون المدني)=

ويجب على القاضي تطبيق هذه القوانين بصفة تدريجية مراعيًا في ذلك الترتيب الوارد في نص المادة. وهذا ما أخذ به القانون الجزائري في الفقرة الثانية والثالثة نص المادة 18 من القانون المدني⁽¹²⁴⁾ والمتمثلة في:

1- قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة: دافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو ذلك القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، حيث اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه يمكنهم ذلك من توقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء أعمالهم لهذا الضابط⁽¹²⁵⁾. وإذا كان لهما موطن مختلف يتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة، وإذا كانت للشخص أكثر من جنسية واحدة يأخذ القاضي بعين الاعتبار الجنسية الفعلية، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من الجنسيات المتنازعة تأخذ الجنسية الجزائرية بعين الاعتبار⁽¹²⁶⁾.

2- قانون محل إبرام العقد: تعتبر قاعدة إخضاع العقد لقانون مكان إبرامه قاعدة قديمة جاء بها فقه تنازع الأحوال وعرفت تطورات كبيرة إلى أن أصبح العقد يخضع لقانون الإرادة وبقيت هذه الأخيرة تخص التصرفات من جانبها الشكلي، وإبقائها كذلك

= ونفس الشيء بالنسبة للقانون الأردني (م 20 من القانون المدني)، المشرع الإيطالي أخذ بقانون الجنسية المشتركة إن كانت واحدة وإن اختلفت تم تطبيق قانون مكان إبرام العقد (م 1/25) ونفس الاتجاه سلكه المشرع الإسباني (م 5/11). راجع في هذا الشأن: عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 59. 124 - تنص الفقرة الثانية والثالثة من المادة 18 من القانون المدني: "وفي عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

125- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 53.

126 - تنص المادة 22 من القانون المدني على أن: "في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية".

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية.....".

كقاعدة إحتياطية بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يتم إعمالها إذا اختلفا الأطراف في الموطن وفي الوقت ذاته ليست لهما جنسية مشتركة (127) .

سبق لمجلس قضاء الجزائر أن أيد تطبيق قانون محل إبرام العقد في أحد أحكامه الصادرة سنة 1988 بشأن عقد بيع أبرم في بلجيكا بين جزائري وشركة بلجيكية، فعندما رفض الطرف الجزائري تنفيذ التزاماته رفعت عليه الشركة البلجيكية دعوى في بلجيكا وصدر الحكم لصالحها ، وعندما أرادت أن تنفذ الحكم في الجزائر طعن الطرف الجزائري على الحكم ؛ بعد أن تم الطعن بالنقض ، أيد مجلس قضاء الجزائر الحكم على أساس أن القانون واجب التطبيق هو ما تبينه المادة 18 من القانون المدني (قبل التعديل) والتي طبقت قانون مكان إبرام العقد بما أن ليس هناك اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف (128) .

ذهب جانب الفقه إلى انتقاد هذا الضابط كونه لا يربط القعد بالقانون المختص، ومن ثمة لا يصلح أن يأخذ به للكشف عن القانون المختص ؛ في هذا الإطار يرى الفقيه الألماني سافيني Savigny أن مكان ميلاد العقد - وهو مكان الإبرام - ليست له علاقة بموضوع العقد (129) .

تظهر صحة الانتقادات السالفة الذكر في بعض أنواع من العقود الدولية التي تبرم في المراكز التجارية الكبرى دون أن يكون لقانون مكان الإبرام أي علاقة بمصالح الأطراف ، كما يمكن أن يكون مكان إبرام العقد عنصرا اصطناعيا متوقفا على إرادة الأطراف تهربا من القانون الواجب التطبيق .

127 - تنص الفقرة الرابعة من المادة 18 من القانون المدني على ما يلي " وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد " . وتقابلها الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني قبل التعديل والتي تنص: " يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد.... " .

128- زروتي الطيّب ، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 11 وما يليها .

129 - KOBBER Gabriela, op.cit, p 40-41.

كما يطرح هذا الضابط صعوبات قانونية تتمثل في تحديد زمان ومكان إبرام العقد حالة التعاقد بين غائبين خاصة بالنسبة للتشريعات التي سكتت عن ذلك كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري، في هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة وفي هذا الخصوص هو ما ورد في المادة 67 من القانون المدني التي تجعل التعاقد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول (130).

هناك بعض الكتاب الجزائريين فضلوا لو أن المشرع الجزائري أخذ بقانون مكان تنفيذ العقد، كونه يؤدي في الكثير من الحالات إلى تطبيق القانون الجزائري وذلك بالنظر إلى أن الكثير من هذه العقود تنفذ في الجزائر وهذا ما يهم بالدرجة الأولى النظام القانوني الجزائري (131).

ما يميز الإسناد السابق - حالة عدم وجود اختيار قانون العقد الدولي - أنه إسناد عام وجامد يسري على كل العقود دون أخذ بعين الاعتبار طبيعة هذه العقود ، فلا فرق بين العقود الكلاسيكية مثل عقود البيع وبين العقود التي أفرزها التقدم التكنولوجي كعقود نقل التكنولوجيا ، ولا فرق بين العقود التي تبرم بين أطراف لهم نفس القوة الاقتصادية والخبرة الفنية و بين أطراف مختلفين من حيث قوة التفاوض والمراكز الاقتصادية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلك والعامل التي تحتاج إلى حماية باعتبارهم كالأطراف الضعيف في العلاقة العقدية .

من جهة أخرى ، يمكن القول أن الإسناد الجامد يحقق بعض المزايا كونه يقيد سلطات القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق وذلك من خلال اعمال الضوابط الاحتياطية على سبيل التدرج دون أن تكون له أي سلطة تقديرية في ذلك إلى أن ينتهي به الأمر في تطبيق قانون مكان إبرام القعد - وفقا للتشريع الجزائري - باعتباره دائما

130 - تنص المادة 36 من القانون المدني على أن: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

131 - إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول : تنازع القوانين ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1989، ص 364 .

موجودا مقارنة مع ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة والذي يُمكن المتعاقدين من معرفة القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود إرادة الاختيار.

الفرع الثاني

الإسناد المرن للقانون واجب التطبيق

توصل القضاء السويسري إلى فكرة مؤداها أن في حالة عدم وجود اختيار قانون العقد الدولي يتم البحث عن أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة العقدية وفقا لفكرة تعرف بالأداء المميز في العقد لتركيزه في أحد الأنظمة القانونية التي تشكل الأداء الأساسي والجوهري في هذا العقد⁽¹³²⁾، ويتحدد هذا الأداء انطلاقا من عوامل موضوعية بحتة لا مجال للعناصر الشخصية ويكون وفقا لمعيار يكشف عن المقصود بالصلة الأوثق بالرابعة العقدية عن طريق تركيز هذه الرابطة انطلاقا من الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد ، ويُسنَد العقد في مجموعه إلى قانون محل تنفيذ هذا الالتزام وهو في هذه الحالة هو مركز الرابطة العقدية والمتمثل في محل تنفيذ للأداء الرئيسي أو المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء⁽¹³³⁾.

تقوم فكرة الأداء المميز وفقا لما سبق على تفريد العقود ومن ثمة تحديد القانون واجب التطبيق على كل عقد على حدة وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد⁽¹³⁴⁾ ، ويستخلص هذا الأداء من قرائن موضوعية محضة وليس من العناصر الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للإرادة الضمنية والتي ليس

132 - يعتبر القضاء السويسري هو المبتكر لفكرة الأداء المميز في العقد كما رحب فقه هذه الدولة بهذه الفكرة بعد ذلك تم تكريسها تشريعا بعد صدور القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987.

133 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 585 - 586.

134 - في هذا الإطار يقول البعض بأن:

- La prestation caractéristique est : « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre ».

- راجع في هذا الشأن :

- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 7^e édition, Montchrestien, Paris, 2001, p 490.

لها أي اعتبار في هذا الشأن (135). ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس متشابهًا في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه والذي يختلف من عقد لآخر (136).

كما أخذت بعض التشريعات الوطنية بهذه الفكرة كما هو الشأن بالنسبة للتشريعات الأوروبية التي تأثرت باتفاقية روما، ويظهر ذلك مثلاً في القانون السويسري الذي تنص فيه المادة 1/117 من القانون الدولي الخاص على أن: "يسري على العقد، عند غياب إختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز..." (137). كما أخذ بهذه الفكرة القانون الألماني سنة 1986 المادة (المادة 2/28)، القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 (المادة 24) (138).

يرد على فكرة تطبيق قانون الأداء المميز الذي يركز العقد في أحد الأنظمة القانونية التي تشكل الأداء الأساسي والجوهرية في العقد بعض الاستثناءات تقيد من إطلاقها وذلك في الحالات التي لا يتمكن فيها القاضي من تحديد هذا الأداء؛ أو أنه تمكن ذلك ولكن تبين من ظروف التعاقد وملابساته وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية؛ ففي هذه الحالة يتم العزوف عن إعمال فكرة الأداء المميز السابقة الذكر (139)، وهذا ما يظهر مثلاً فيما كانت تنص عليه سابقاً المادة 5/4 من إتفاقية روما لسنة 1980.

135 - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 63.

136 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 166.

137- مضمون النص باللغة الفرنسية:

« A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement ».

138 - راجع بشأن هذه القوانين: - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق،

ص 1104-1105.

139 - فيما يخص هذه الفكرة راجع: =

لهذا الخروج الاستثنائي من أعمال فكرة الأداء المميز في العقد له ما يبرره من الناحية العملية ويظهر في الحالات التي يصعب فيها تحديد هذا الأداء، فقد تتساوى على سبيل المثال أداءات الأطراف في عقد المقايضة، وكما يصعب تحديد هذا الأداء في العقود المبرمة بين مصرفين في إطار المعاملات المصرفية، نفس الشيء بالنسبة لعقود التسيير بالرغم من سهولة تحديده، فالأداء المميز في هذا العقد هو التزام من يتولى الإدارة، لكن هل يتم تركيز العقد في مركز الشركة العالمية التي تتولى التسيير أو في محل تنفيذ الالتزام وهو مركز الفندق المطلوب إدارته (140).

يشكل الخروج الاستثنائي عن فكرة الأداء المميز المساس بتوقعات الأطراف فيما يخص العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق نتيجة ما للقاضي من سلطات في البحث والتحري عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ويكون ذلك بالنظر إلى ظروف التعاقد وملابساته وهذا ما لا يمكن للأطراف العلم به مسبقاً (141).

لغرض تقوية الأمن القانوني وتعزيز فكرة العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق من قبل المتعاقدين، وهي الغاية التي تسعى التشريعات الوضعية إلى تجسيدها لتنمية وتطوير المبادلات التجارية بين الدول، تولى واضعو إتفاقية روما لسنة 2008 إظهار القانون المختص حالة عدم تولي الأطراف إختياره والذي يختلف من عقد لآخر يزود المتعاقدين بالعلم المسبق من حيث القانون واجب التطبيق كون سلطات القاضي مقيدة إلى حد ما مقارنة مع تلك السلطات الممنوحة له في ظل إتفاقية روما لسنة 1980، والمعيار المعتمد لتحديد هذا القانون، هو معيار الأداء المميز والذي يختلف حسب

= MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, op.cit. , P 489.

هذا القيد وارد فيما نصت عليه سابقا المادة 5/4 من إتفاقية روما لسنة 1980 والتي كانت تنص على أن :
« L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2,3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstance que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »

140 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 617- 618.
إذا كان هذا الشرط الاستثنائي يخل بتوقعات الأفراد، لكنه من جهة أخرى هو أكثر تحقيقا للعدالة كونه يراعي ظروف التعاقد وملابساته كل حالة على حدة.

اختلاف طبيعة العقود وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الإلتزام الأساسي في العقد (142).

هذا مع الإشارة أن هذا الأداء بينته إتفاقية روما لسنة 2008 وما على القاضي تطبيق هذه القوانين إذا كان الأمر يتعلق بأحد العقود المذكورة في مختلف عناصر الفقرة الأولى من المادة الرابعة . فلو كان مثلا العقد المبرم يندرج ضمن عقود الفرنسيين ولم يتم اختيار القانون واجب التطبيق بشأنه، يتولى القاضي تطبيق قانون الدولة التي يقيم فيها مانح الإمتياز (143) .

استبقت إتفاقية روما سلطة القاضي في البحث عن القانون المختص حالة عدم وجود الاختيار في بعض العقود التي لها علاقة بأكثر من فقرة واحدة من الفقرات السابقة، وهي العقود التي لا يمكن تركيزها في قانون دولة معينة كما هو الشأن بالنسبة للعقود المركبة التي تجمع بين عقد بيع وعقد تقديم خدمات والتي لها علاقة بأكثر من

142 -BUREAU Dominique, MUIR- WATT Horatia, Droit international privé, Tome 2 : Partie spéciale, 2 édition, Puf, 2010, p 309.

143 - تنص المادة 1/4 من إتفاقية روما I لسنة 2008 على ما يلي:

« La loi applicable à défaut de choix

1. A défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant et déterminé comme suit :

- a) Le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;
- b) Le contrat de prestation de service est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de service a sa résidence habituelle ;
- c) Le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays lequel est situé l'immeuble ;
- d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu le en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans le même pays ;
- e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;
- f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;
- g) Le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays ou la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé,
- h) Le contrat conclu au sein d'un système multilatérale qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêt acheteur et vendeurs exprimés par des tiers des instruments financier, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaire et qui régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi ».

فقرة واحدة من الفقرات السابقة الذكر (144) ، أو العقود التي لم تذكر في الفقرات السابقة الذكر (145).

ورد على فكرة الأداء المميز في العقد استثناء يؤدي إلى استبعاد تطبيق القوانين المذكورة في الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة الرابعة السابقة الذكر والذي يعرف بالشرط الاستثنائي Clause d'exception إذا ما تبين أن العقد أكثر ارتباطاً مع قانون دولة أخرى ، الذي يستبعد أحكام الواردة في المواد السابقة الذكر وتطبيق القانون الذي له علاقة أكثر مع القوانين التي تحدد وفقاً لفكرة الأداء المميز في العقد وهذا وفقاً لما ورد في الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي تنص على ما يلي:

« *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* » (146).

تعتبر فكرة الأداء المميز في العقد أكثر مرونة مع فكرة الإسناد الجامد الذي لا يراعي فيها المشرع طبيعة العقود والتي تتلاءم مع توقعات الأطراف وتستجيب لمقتضيات العدالة كونها تبين أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع ؛ فكان من الأجدر أن يأخذ بها المشرع الجزائي خاصة مع وجود الشرط الاستثنائي الذي يقيد فكرة الأداء المميز إذا ما تبين أن العقد يرتبط بصورة أكبر مع قانون دولة معينة.

تؤدي عملية إسناد العقود الدولية إلى قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز في العقد إلى احترام توقعات الأطراف من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق باعتبار هذا الأداء يستخلص من العناصر الموضوعية للطبيعة الذاتية للعقد تمكن

57 - BUREAU Dominique, MUIR- WATT Horatia, droit international privé, Tome 2, op.cit, p 310.

145 - تنص المادة 2/4 من إتفاقية روما I على ما يلي:

« *Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays le quel la parties qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »

146 - كما تنص على هذه الحالة المادة 1/ 15 القانون الدولي الخاص السويسري على ما يلي:

« *Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit* ».

القاضي من إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام . فالمتعاقدين مثلا يدركون مسبقا القانون واجب التطبيق على بيع المنقولات وهو في هذه الحالة هو قانون السائد في مركز محل الإقامة المعتاد للبائع وهذا ما يضيف عليه نوع من الليونة تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الدولية التي لها علاقة بعدة قوانين .

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تحديد القانون

واجب التطبيق

تظهر سلطات القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي في نظرية التركيز الموضوعي المرتبطة باسم الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol الذي خول للقاضي تعيين القانون واجب التطبيق مستبعدا في ذلك دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق ليتولى بنفسه تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية وفقا لمفهوم نظرية التركيز الموضوعي (الفرع الأول) . ويستعين - القاضي - بمجموعة من القرائن سواء كانت موضوعية أو ذاتية تبين في مجموعها القانون المختص (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

نظرية التركيز الموضوعي

ارتبطت نظرية التركيز الموضوعي باسم الفقيه الفرنسي الكبير باتيفول Batiffol الذي استبعد دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق باعتبار دورها يقتصر فقط في تركيز العقد⁽¹⁴⁷⁾، في هذا الإطار يرى أن إرادة المتعاقدين ما هي إلا مجرد ضابط للإسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي يقتصر دورها على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط بها في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته ، فإذا تم هذا التركيز قام القاضي

147 - DERRUPPE Jean, op. cit, p 104.

بتطبيق القانون السائد في المكان الذي اختاره المتعاقدون مقرا للرابطة العقدية ، والذي يعد على هذا النحو القانون الأوثق صلة بها ويشكل مركز الثقل فيها (148).

يختلف مركز الرابطة العقدية - وفقا لهذه النظرية - من عقد لآخر حسب اختلاف ظروف التعاقد وملابساته، وتلعب إرادة الأطراف دورا بارزا في هذا الشأن كونها تقوم بتجميع الأحداث المادية للعملية العقدية في المكان الذي يناسبهم ليكون قانون هذا المكان هو واجب التطبيق. إذا تبين للقاضي أن هذا الاختيار لا يعبر عن حقيقة التركيز الفعلي للرابطة العقدية كأن يكون هذا الاختيار منصبا على قانون ليست له صلة بالعلاقة بالعقدية، فلا يتم تطبقه ، فما يقوم به هو تصحيح الاختيار المتعاقدين عن طريق تطبيق قانون يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية.

فإختيار القانون واجب التطبيق حسب الفقيه باتيفول، ما هو إلا مجرد عنصر من عناصر تركيز الرابطة العقدية ولكنه غير ملزم للقاضي إذا كان لا يتوافق مع فكرة التركيز المكاني للعقد وفي إطار ظروف وملابسات التعاقد . فللقاضي في هذه الحالة سلطة تصحيح الاختيار باعتبار الإرادة الصريحة - الإختيار الصريح- ما هو إلا مجرد قرينة تساهم بدورها في تركيز العقد (149).

إذا كانت التشريعات الحديثة لم تأخذ بهذه النظرية - نظرية التركيز الموضوعي - باعتبار العقود تخضع لقانون الإرادة كما سبقت الإشارة، إلا أن القضاء الفرنسي أخذ بها في الحالات التي لا توجد فيها الإرادة الصريحة (150) وذلك قبل سريان إتفاقية روما في هذه الدولة سنة 1991 ؛ فقد صدرت بعض الأحكام القضائية في هذا الشأن

148 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 137.

149- C.cass,ch.civ, 1^{er} section , 5 décembre 1910 , American trading C^o c / québec steamship C^o, op.cit, p300.

150 - يرى الاتجاه الغالب أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية التركيز إلا في الحالات التي لا يوجد فيها الاختيار الصريح لقانون العقد. راجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 576. ولكن هذا الفقيه تراجع عن فكرته متأثرا فيما ذهب إليه القضاء الفرنسي في شأن اعتداده بالاختيار الصريح لقانون العقد حتى لو كان هذا الاختيار مخالفا للتركيز الفعلي للرابطة العقدية. نفس المرجع السابق ، ص 566.

تعطي للقاضي سلطة تركيز الرابطة العقدية- وليس للمشرع - في أحد الأنظمة القانونية (151).

الفرع الثاني

كيفية أعمال نظرية التركيز الموضوعي

أهم ما يميز نظرية التركيز الموضوعي أنها تعطي السلطة التقديرية للقاضي في تحديد القانون واجب التطبيق بكيفية تستبعد الإسناد الجامد بإعتباره - القاضي - يتعامل مع ظروف وملابسات تختلف من عقد لآخر تؤثر في تحديد القانون المختص وذلك على نحو يختلف مع الحالة التي يتولى فيها المشرع بنفسه وضع ضوابط الإسناد تُلزم القاضي بتطبيقها دون مراعاة طبيعة العقد.

إذا كان الإسناد الجامد يزود المتعاقدين بالعلم المسبق بالقانون واجب التطبيق، إلا أنه لا يتماشى مع اعتبارات العدالة التي تقضي بدراسة طبيعة العلاقة العقدية بصفة منفردة ومن ثم تحديد القانون المختص انطلاقاً من المؤشرات التي تبين مركز ثقل الرابطة العقدية، مثل هذه الحالة الأخيرة تجد مجالها في نظرية التركيز الموضوعي التي تتوصل إلى القانون المختص من خلال مجموعة من المؤشرات سواء كانت موضوعية أو ذاتية تبين في مجموعها مركز الثقل في الرابطة العقدية ومن ثم تطبيق قانون الدولة التي يركز فيها العقد .

مركز الثقل الذي تشير إليه ظروف التعاقد وملابساته والذي تكشف عنه مظاهر مادية يكون لإرادة الأطراف الدور الأكبر في تحديدها عن طريق إيداء رغبتها في تركيز العقد في مكان معين في ضوء طبيعة العقد ومعطيات التعاقد وملابساته المادية.

151 - وقالت محكمة النقض في أحد أحكامها الصادرة في 29 جوان 1971 ما يلي :

« Les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable ».

هذا الحكم مشار إليه في مرجع:

- DERRUPPE Jean, op.cit, p 104.

في كل الحالات يجوز للقاضي تصحيح هذا الاختيار وعدم الإعتداد بالقانون الذي اختاره الأطراف إذا ما كان لا يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية.

المبحث الثالث

نطاق حرية الأطراف في إختيار

القانون واجب التطبيق

أثر الصراع الإيديولوجي القائم بين المذهب الرأسمالي الذي يقدر حرية الفرد والمذهب الإشتراكي الذي يقوم على فكرة أن الجماعة هي الهدف الأسمى للقاعدة القانونية في بروز نظريات فقهية متناقضة من حيث قدرة إرادة الأطراف في إختيار قانون العقد الدولي ، فذهب الاتجاه الأول إلى تبني مبدأ سلطان الإرادة دون أن يخضعه لأي قيود باعتبار الإرادة تسمو على القانون ، ويعرف هذا بالاختيار المادي للقانون واجب التطبيق والمجسد في فقه النظرية الشخصية (المطلب الأول). أما الاتجاه الثاني يرى عكس ذلك، فأرادة الأطراف لها قدرة في إختيار قانون العقد ولكنها تخضع لمجموعة من القيود بإعتبارها تخضع لحكم القانون ويكون ذلك وفقا للاختيار التنازعي للقانون واجب التطبيق وهذا ما قال به أنصار النظرية الموضوعية (المطلب الثاني) . في إطار هذا الصراع نبين موقف المشرع الجزائري اعتمادا على النص القانوني الذي يبين القانون واجب التطبيق على العقد الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الاختيار المادي للقانون واجب التطبيق

ذهب أنصار النظرية الشخصية⁽¹⁵²⁾ إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق بالكيفية التي تتلاءم مع مصالحهم الخاصة ، ويرجع أساس هذا الاختيار إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁵³⁾ وليس للقاعدة قانونية باعتبار المعاملات الدولية تقتضي قدرا معتبرا من الحرية والذي يكمن في إختيار قانون العقد الدولي . فالأطراف في هذه الحالة هم بمثابة أفضل القضاة تحقيقا لمصالحهم، لذا كان من واجب المشرع الحكيم أن يترك لهم مهمة تنظيم علاقاتهم الخاصة وبحرية تامة استنادا إلى أن الإرادة هي كل شيء في مسائل العقود الدولية⁽¹⁵⁴⁾.

يمكن للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق دون أن ترد عليه أي قيود تفرضها القوانين الوضعية، فيمكن أن ينصب هذا الاختيار على أحد القوانين الوطنية إذا ما كانت تستجيب لمصالحهم وتندمج أحكامها في العقد وتفقد قوتها الملزمة(الفرع الأول). ويترتب من هذا الإندماج مجموعة من النتائج تبين في مجموعها أن القانون الواجب التطبيق أصبح جزء من هذا العقد⁽¹⁵⁵⁾، و يترتب منه مجموعة من النتائج

152 - ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن الثامن عشر والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا وفطريا له ، فالفرد وحرية هما الغاية التي أوجدت من أجلها الجماعة وليس العكس .

- أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص38.

153 - RANOUIL Véronique, op.cit, p 29.

154 - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص47-48.

155 - وكما يمكن للإرادة أن تتولى بنفسها تنظيم العقد دون الرجوع إلى القوانين الوطنية فيعيد الإتفاق في حد ذاته كافيًا لتنظيم العقد لكي يصبح هذا طليقا دون قانون يحكمه وهذا ما يعني في النهاية إخراج العقود الدولية من تنازع القوانين. في حالة عدم اختيار قانون العقد الدولي يؤدي هذا إلى تحرير العقود الدولية من سلطان القوانين=

تبين في مجموعها أن الإرادة حرة طليقة في إختيار القانون المختص (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

اندماج قانون المختار في العقد

يرجع اختيار قانون العقد الدولي إلى مطلق سلطان الإرادة وفقا لما يراه أنصار النظرية الشخصية، ويترتب عنه اندماج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بالصفة الآمرة ويترتب منه خروج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين التي لا تخضع إلا لمطلق سلطان الإرادة .

فكرة اندماج القانون المختار في العقد، هي كترجمة لما توصل إليه فقه قانون الدولي الخاص وما استقرت عليه الأحكام القضائية بشأن الحلول التي تم التوصل إليها فيما يخص تحديد القانون واجب التطبيق⁽¹⁵⁶⁾، فقد تأثر أنصار النظرية الشخصية بأفكار الفقيه لوران Laurent الذي يرى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد الدولي يرجع إلى مطلق سلطان الإرادة الذي يعد انعكاسا قانونيا للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك التي تقدر الحرية الفردية حتى أصبحت تسمو على القانون ولو كان ذلك على حساب المصلحة العامة للجماعة ، فالقانون الذي يختاره الأطراف - وفقا لهذا الاتجاه - ليس غرضه حكم العقد وتنظيمه وإنما هو تكملة اتفاق الأطراف ومن ثمة ينزل هذا القانون منزلة الشروط التعاقدية وتندمج أحكامه في العقد.

=الوطنية ولكن هذا لا يعني أن هذه العقود موجودة في فراغ قانوني وإنما تخضع لقانون « Droit » آخر من صنع مجتمع التجار يختلف عن قانون « Loi » الدولة الذي يضعه المشرع الوطني . إفلات العقد الدولي من سلطان القوانين الداخلية لا يفلت من هيمنة القانون بمعناه العام «Droit» والمتمثل في القواعد الموضوعية أو المادية التي أعدت خصيصا لحكم مثل هذه العلاقات.

- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص253 وما يليها.

156- JAQUET Jean – Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat_ », in travaux du comité français de droit international privé, Année, (1993- 1994), 1994- 1995), PEDONE, Paris, 1996, p24.

أخذ القضاء الفرنسي بفكرة إندماج القانون المختار في العقد بصفة صريحة في الحكم الصادر في 5 ديسمبر 1910 بشأن قضية American Trading وهو الحكم الذي كرس فيه هذا القضاء لأول مرة قدرة الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي - كما سبق وأن بينا - وفي الوقت ذاته، كرس فكرة إندماج قانون المختار في العقد عندما أقرّ بصحة الشرط الوارد في العقد والمتمثل في إعفاء مسؤولية الناقل البحري من أخطاءه، بالرغم من أن هذا الشرط باطل وفقا للقانون المختار وهو في هذه الحالة هو القانون الأمريكي الصادر في 13 فيفري سنة 1893 الذي فقد صفته الإلزامية وإندماج أحكامه في العقد ما دام أن هذا الشرط هو محل إتفاق الأطراف، فالرجوع إلى القانون الأمريكي يكون لغرض استكمال شروط العقد إذا لم ينص عليه الأطراف صراحة⁽¹⁵⁷⁾.

لكي تندمج أحكام القانون المختار في العقد يجب أن تكون إرادة الأطراف اتجهت صراحة إلى اختيار هذا القانون أو على الأقل يمكن التعرف على الإرادة الضمنية. ففي حالة عدم وجود الإرادة يصعب تصور قيام الاندماج لأن القانون الذي سيطبق في هذه الحالة هو قانون عينه المشرع عن طريق الضوابط الاحتياطية أو ذلك القانون الذي عينه القاضي باعتباره القانون الأكثر ارتباطا بالرابطة العقدية⁽¹⁵⁸⁾. كلما اندمج القانون المختار في العقد يترتب عنه مجموعة من النتائج التي سنبينها في الفرع الموالي.

157 - JAQUET Jean - Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », op. cit, p26-27.

158 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص132.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة من اندماج القانون المختار في العقد

يؤدي اندماج قانون المختار في العقد إلى تجريد القانون المختص من أحكامه الآمرة و تعامل أحكامه معاملة الوقائع أمام القضاء الوطني سواء من حيث التمسك بتطبيقه أو من حيث رقابة تفسيره من قبل محكمة النقض .

يقع اثبات القانون الأجنبي الذي اندمجت أحكامه في العقد على عاتق الخصوم باعتبار هذا القانون أصبح كجزء من الشروط التعاقدية، فيجب على الأطراف التمسك بتطبيقه وإثبات أحكامه بالكيفية التي تثبت الوقائع دون أن يتولى القاضي هذه المهمة. في حالة إساءة المحكمة في تفسير أحكامه لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

يؤدي اندماج قانون المختار في العقد إلى استبعاد القواعد الآمرة التي تنتمي إلى القانون المختص وهذا ما يستبعد فرضية إبطال العقد إذا ما كانت أحكامه تتناقض مع القواعد الآمرة في القانون المختار؛ ويترتب من هذا الحق، حق آخر يتمثل في إمكانية الإتفاق على شروط أخرى حتى لو كانت تتناقض مع النصوص الآمرة في القانون واجب التطبيق⁽¹⁵⁹⁾ . إلا أنه لا يجب الأخذ بأحكام هذا العقد التي تتعارض مع القواعد الآمرة في قانون القاضي حتى لا تصطدم بمقتضيات النظام العام الوطني ومن ثمة يتم استبعاده⁽¹⁶⁰⁾ .

كما يؤدي اندماج قانون الإرادة في العقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة إلى إعطاء حق للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق حتى ولو لم تكن له صلة بالعقد ولا

159 - استبعاد القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق يكون العقد الدولي في هذه الحالة طليق دون قانون يحكمه هذا على النحو الذي بيناه في المتن . وهناك حالة أخرى يكون فيها العقد الدولي طليق دون قانون يحكمه عندما لا يخضع هذا العقد لأي قانون وطني فتكون الإرادة وحدها كافية لإنشاء الالتزامات وتنظيمها. راجع :

-GOURION Pierre – Alain, PEYRARD George, SOUBEYRAND Nicolas, op.cit, p 172.

160 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 30.

بالمتعاقدين⁽¹⁶¹⁾ ، باعتبار هذه الصلة تؤدي في النهاية إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية التي تتعارض مع مصالح الأطراف وهذا ما يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁶²⁾.

ذهبت بعض الدول المشاركة في إبرام إتفاقية روما لسنة 1980 إلى رفض هذا التوجه الذي يُمكن الأطراف من اختيار قانون لا تربطه أي صلة بالعقد ولا بالمتعاقدين والذي لم يحظ بالموافقة لبعض إعتبرات يمكن أن تكون تقنية ، والمثال على ذلك لو إختار المتعاقدين تطبيق القانون الإنجليزي على عقد النقل البحري بالرغم من أن هذا القانون ليست له صلة بالعقد وبالمتعاقدين ، فالتبرير الذي يمكن تقديمه في هذه الحالة

161 - MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé op.cit, p 472.

- المقصود بهذه الصلة هي تلك العلاقة الموجودة بين القانون الواجب التطبيق وأطراف العلاقة العقدية، وكذا بين القانون الواجب التطبيق والعقد. تكون هذه الصلة موجودة وفقا للحالة الأولى إذا ما كان القانون الواجب التطبيق له علاقة بجنسية أحد أطراف العلاقة العقدية أو بقانون موطنهم. كما يمكن أن تكون هذه الصلة موجودة بين العقد والقانون المختار - وفقا للحالة الثانية - كأن يكون هذا القانون له علاقة بقانون مكان إبرام العقد أو بقانون مكان تنفيذه.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بهذه القيود بصفة صريحة في نص المادة 18 من القانون المدني وهذا ما سنتطرق إليه عند دراسة النظرية الموضوعية في الفرع الثاني من هذا المطلب.

162 - سمحت الاتفاقيات الدولية للأطراف بإمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية حتى لو كان مبتور الصلة مع العقد. ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية (المادة الثانية) ، واتفاقية لاهاي لسنة 1986 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع (المادة السابعة) وكذلك اتفاقية روما لسنة 1980 (المادة الثالثة منها) التي تبين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

- كما تبني هذا الاتجاه مجمع القانون الدولي في أحد اجتماعاته المنعقدة في مدينة بال Bâle السويسري سنة 1991 حيث سمحت المادة الثانية فقرة أولى من اختيار قانون ليست له أي صلة بالعقد. بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة راجع :

- Institut de droit international, session de Bâle 1991.

<http://rbdi.bruylant.be/public/model/rbdi/content/files/RBDI 1991>

كذلك راجع ما ورد في مرجع :

- محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص30. (راجع ما ورد في هامش) .

يَكْمُنُ فيما وصل إليه هذا القانون من تطور يستجيب لمصالح الأطراف المتعاقدة ومن هنا تظهر مبررات إختياره من قبل الأطراف⁽¹⁶³⁾.

يبين واقع اسناد العقود الدولية إلى قانون الإرادة استبعاد هذه الامكانية بالنظر إلى قاعدة الإسناد التي تعطي الاختصاص لقانون وطني ينتمي إلى دولة معينة فهذا ما يستبعد فرضية تطبيق مثل هذه القواعد أمام القضاء الوطني⁽¹⁶⁴⁾.

وكذلك من بين النتائج المترتبة من إندماج قانون المختار في العقد هو تجزئة العقد وإخضاع كل جزء لقانون يختلف عن الجزء الآخر ويترتب عنه تعدد القوانين التي تحكم إنعقاده وأثاره، وهذه التجزئة يمكن أن تكون ناتجة عن تعدد ضوابط الإسناد التي يضعها المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين لا شأن للأطراف في ذلك ، وهناك تجزئة إرادية يقوم بها أطراف العلاقة العقدية لإخضاع العقد لأكثر من قانون واحد لحكم الجوانب الموضوعية للعقد الدولي⁽¹⁶⁵⁾.

يرجع أساس تجزئة العقد إلى ما قال به أنصار النظرية الشخصية التي تجعل أحكام القانون واجب التطبيق في منزلة الشروط التعاقدية ومن ثم تندمج أحكامه في العقد وهذا ما يسمح للأطراف باختيار قانون ليست له أي صلة بالعقد، ويمكنهم ذلك باختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد. و مثل هذه الحالة الأخيرة نصت عليها بعض

163 - LAGARDE Paul, « Introduction à l'étude de la convention de Rome I et la proposition de règlement Rome II ». Défrénoi, 15Avril 2005n 1.

164 - بالرغم من أن اتفاقية روما سمحت للأطراف باختيار قانون ليست له أية صلة بالعقد ولكن هذا يستبعد فرضية تطبيق مثل هذه القواعد التي لا تنتمي إلى أي تشريع داخلي . راجع :

- JAQUET Jean – Michel, « Les contrats du commerce international », op.cit, p5.

165 - يستحيل أن يخضع العقد لقانون واحد ينظم مختلف عناصره، وإنما يخضع لأكثر من قانون وهذا ما يعني في الأخير تعدد القوانين المنظمة له. فإذا كان للأطراف إمكانية تجزئة العقد وإخضاع كل جزء لقانون معين وفقا لما يراه أنصار النظرية الشخصية والذي أخذت به اتفاقية روما، فهناك تجزئة أخرى تفرض نفسها وتظهر في بعض قواعد الإسناد. فالأهلية مثلا تخضع للقانون الشخصي وشكل العقد يمكن أن يخضع لقانون مكان إبرامه. وهناك حالة أخرى تؤدي إلى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون تظهر عندما تتدخل القواعد ذات التطبيق الضروري إذا تعلق الأمر بمجال سريانها ، وكما تظهر التجزئة الأخرى عند إعمال فكرة النظام العام التي تؤدي إلى إستبعاد القانون الواجب التطبيق المخالف للنظام العام الوطني وتطبيق القانون الوطني في محل الجزء المستبعد وفقا للأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام .

التشريعات الوطنية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الألماني الصادر سنة 1986 (المادة 1/27). كما أخذت الإتفاقيات الدولية بهذه الفكرة كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1986 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع (المادة 1/7) ، ونفس الفكرة تبنتها اتفاقية روما I بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك وفقا لنص المادة 1/3 والتي تنص على ما يلي :

« ..., les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une parties seulement de leur contrat ».

لم تبين المادة السالفة الذكر الكيفية التي تتم بها التجزئة وهذا ما يجعل إرادة الأطراف من حيث المبدأ حرة في اختيار أكثر من قانون لينظم العقد، باستثناء بعض الاعتبارات يجب أن نولي لها إهتمام لتكون هذه التجزئة منطقية، كما لو كان العقد يتكون من أجزاء منفصلة إقتصاديا وقانونيا عن بقية الأجزاء الأخرى كما هو الشأن بالنسبة للعقود المركبة التي يمكن تجزئتها لأكثر من عقد واحد ومن ثمة يتم إخضاعها لأكثر من قانون واحد . من بين العقود التي تنطبق مع المثال السابق نجد عقد المفتاح في اليد الذي يتكون من مجموعة من العقود ، وهي عقد البناء وعقد شراء الأدوات وعقد نقل التكنولوجيا وعقد المساعدة الفنية ...، فكل هذه العقود يمكن أن تخضع لقوانين مختلفة. نفس الشيء بالنسبة لعقد القرض الدولي الذي يكون مرتبط بعقد الكفالة فيمكن أن يخضع هاذين العقدين لقانون مختلفين (166).

كما يمكن تجزئة العقد الواحد وإخضاعه لأكثر من قانون - وهو الموضوع الحقيقي لفكرة التجزئة - فيصبح كل عنصر يخضع لقانون مختلف بالرغم من انتماءه إلى وحدة اقتصادية وقانونية واحدة، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في أحد أحكامه الصادرة سنة 1971 بشأن عقد النقل البحري الذي يخضع للقانون الهولندي حسب اتفاق الأطراف، وترتب عنه خضوع تقادم دعوى المسؤولية المرفوعة على الناقل لهذا القانون، وفيه سمح القضاء بتطبيق القانون الفرنسي وإخراجها من أحكام القانون

166 - طرح البحور علي فرج، مرجع سابق، ص 53-54.

الهولندي تجسيدا لرغبة الأطراف في تحقيق مصالحهم التي تكمن في القانون الفرنسي⁽¹⁶⁷⁾.

كما يدخل ضمن فكرة تجزئة العقد إذا ما اقتصر اختيار قانون العقد على جزء معين من العقد دون الجزء الآخر، فيتولى القاضي في هذه الحالة أعمال قاعدة الإسناد الاحتياطية حالة عدم وجود اختيار والذي يؤدي في النهاية إلى تطبيق قانونين مختلفين على العلاقة العقدية.

في الوقت الذي يتمكن الأطراف تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون، يمكن لهم كذلك عدم اخضاع العقد لأي قانون⁽¹⁶⁸⁾، في هذه الحالة يبقى هذا العقد حرا طليقا لا يخضع لأي قانون ينظم أحكامه كون الإرادة في حد ذاتها كافية لتنظيم شؤون المتعاقدين.

كما يؤدي الاندماج إلى تجميد أحكام القانون واجب التطبيق في الزمان لا تسري أحكامه الجديدة على المتعاقدين، فلا تندمج هذه التعديلات في العقد ولا تعد جزءا من شروطه التعاقدية حتى لو كانت ذات صبغة أمر ، باستثناء إذا ما اتفقا الأطراف على تطبيق مثل هذه التعديلات.

كما يترتب من عملية الاندماج شرط آخر يعرف بشرط الثبات التشريعي لحماية المتعاقدين من بعض التعديلات التشريعية أو التنظيمية التي يمكن أن تلحق التشريعات الوطنية مستقبلا ؛ والذي يكون في عقود الدولة على وجه الخصوص وإن كان من جهة أخرى يمكن أن يكون في عقود التجارة الدولية . لكن في واقع الأمر نجد هذه

167 - هذا الحكم مشار إليه في مرجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،

مرجع سابق، ص 489.

168 - JAQUET Jean – Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », op. cit, p25.

الحالة الأخيرة يستغنى عنها الأطراف لاكتفائهم بتجميد أحكام القانون واجب التطبيق⁽¹⁶⁹⁾.

أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه ويظهر في بعض الأحكام الصادرة منها؛ ففي أحد أحكامها المشهورة الصادرة سنة 1935 رفضت تطبيق القانون الفرنسي على عقد أبرم في ظل القانون الألماني عندما كانت مقاطعة ألزاس تابعة لها ، فبعد أن تم استرجاع هذه المنطقة من قبل فرنسا وعرض هذا النزاع على القضاء الفرنسي وتمسك المشتري بسقوط حق البائع في الفوائد لأنه لم يقدم له اعدار وفقا للقانون الفرنسي التالي للتشريع الألماني ، إلا أن محكمة النقض رفضت ذلك فطبقت القانون الألماني الذي كان يسري أثناء إبرام العقد باعتباره كقانون الإرادة⁽¹⁷⁰⁾.

إذا كان تطبيق التعديلات الواردة على القانون واجب التطبيق لا تكون إلا إذا تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف كون القانون المختار يندمج في العقد ، أما إذا تم الاتفاق على استبعاد تطبيق التعديلات الجديدة التي تطرأ على القانون المختار لا نكون أمام حالة التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق وإنما نكون أمام شرط الثبات التشريعي الذي تحرص عليه الدول المضيفة للإستثمارات الإلتزام به خلال فترة انجاز هذه الإستثمارات⁽¹⁷¹⁾ والذي يعتبر من بين الضمانات القانونية التي جاءت بها

169- مظفر ناصر حسين ، « القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية » ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 7 السنة 2 ، ص 17.

170 - هذا الحكم مشار إليه في مرجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 146.

وكذلك راجع :

- JAQUET Jean – Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat, droit international privé », op.cit, p27.

171 - شرط الثبات التشريعي هو من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار ، عكس عقود التجارة الدولية الأخرى التي لا تكون الدولة طرفا فيها حيث يلجأ أطراف العلاقة العقدية إلى تجميد أحكام القانون الواجب التطبيق إستنادا إلى قاعدة في القانون الدولي الخاص التي تحول لهم الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية . راجع في هذا الشأن :

إقلولي محمد ، « شروط الإستقرار التشريعي في عقود الدولة في مجال الإستثمار » ،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد 1 ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2006 ، ص99 .(الهامش رقم 9)

التشريعات المتعلقة بالاستثمارات لتجنب مختلف المفاجآت الناتجة عن تعديل القانون الذي وقع عليه الاختيار وقت إبرام العقد التي لا تخدم مصالح المستثمر الأجنبي⁽¹⁷²⁾.

كما يؤدي اندماج قانون الإرادة في العقد إلى استبعاد فكرة الإحالة لتعارضها مع الإرادة⁽¹⁷³⁾، فلا يمكن أن ينصب اختيار الأطراف على قانون دولة معينة ويتولى القاضي بتطبيق قانون آخر بدعوى أن قاعدة الإسناد التي تنتمي إلى القانون الذي عينته إرادة الأطراف رفضت الاختصاص. فلا مجال للبحث عن مدى اختصاص القانون الذي عينته إرادة الأطراف وفقا لقواعد الإسناد التي تنتمي إلى هذا القانون وإنما يتم تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة في هذا القانون كونها تندمج في العقد وتصبح بمثابة الشروط التعاقدية⁽¹⁷⁴⁾.

172 - جاء قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار بضمانات قانونية لمصلحة المستثمر الأجنبي والتي تظهر في كل من المادة 22 والمادة 23 من هذا القانون. حيث تنص المادة 22 منه على ما يلي: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

وكما تنص كذلك المادة 1/23 من هذا القانون على أن: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن الإستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".
- قانون رقم 03-16 مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، المؤرخة في غشت 2016.

173 - أشرف وفا محمد، «حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والخمسون، 2003، ص 175.

174 - نكون أمام الإحالة عندما ترفض قواعد التنازع التي تنتمي إلى القانون الذي عينته قواعد الإسناد في قانون القاضي وتحيلنا بدورها إما إلى قانون القاضي أو إلى قانون دولة أخرى. وهذا مع الإشارة إلى أن حتى أنصار النظرية الموضوعية يستبعدون هذه الإحالة كونها تتعارض مع الإرادة.

- حتى أنصار النظرية الموضوعية يستبعدون الإحالة في مجال العقود الدولية كونها تتعارض مع مبدأ قدرة اختيار قانون العقد الدولي ولكن هذا ليس وفقا لفكر اندماج قانون الإرادة في العقد، لأن العقد الدولي يخضع لأحكام القانون وهذا وفقا ما سنبينه في الفرع الموالي.

المطلب الثاني

الاختيار التنازعي للقانون واجب التطبيق

أدى تقديس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية إلى إفلات هذه العقود من حكم القانون لأن إرادة الأطراف تسمو عليه ويترتب عنه اندماج القانون في العقد وتصبح أحكامه بمثابة شروط تعاقدية وهذا ما يفقده طابعه الأمر.

مثل هذا الإتجاه المتشعب بروح الفلسفة الفردية أصبح محل انتقاد من قبل أنصار النظرية الموضوعية الذين يرفضون فكرة الاختيار المطلق لقانون العقد الدولي والذي يؤدي إلى إفلات العقد من حكم القانون (175). فالقانون واجب التطبيق تعينه قاعدة التنازع في قانون القاضي التي مكنت الأطراف من اختيار قانون دولة معينة ويؤدي إلى خضوع العقد لحكم القانون (الفرع الأول). خضوع العقد لحكم للقانون تترتب منه مجموعة من النتائج تبين في مجموعها أن الإرادة حرة في ما إطار ما يسمح بها القانون (الفرع الثاني).

175 - يعتبر الفقيه السويسري بروشيه BROCHER أول من إنتقد مبدأ سلطان الإرادة الذي يخول للمتعاقدين الحرية المطلقة في إختيار القانون واجب التطبيق الذي يؤدي إلى إلغاء تنازع القوانين في مجال العقود الدولية ، مثل هذا الإنتقاد إستجاب له لاحقاً الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص كما هو الشأن بالنسبة للفقيه Worm سنة 1891 و الفقيه Geny سنة 1899، وتابعهم فقهاء القانون المدني الذين أجمعوا على ضرورة تقييد الإرادة في المجال التعاقدية.

- RANOUIL Véronique, op. cit, P 97.

الفرع الأول

خضوع العقد الدولي لمك القانون

يتجلى دور الإرادة وفقا لما يراه أنصار النظرية الموضوعية⁽¹⁷⁶⁾ ، في تركيز العقد في أحد الأنظمة القانونية التي لها صلة بالعقد إعمالا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي التي مكنت أطراف العلاقة العقدية من اختيار القانون واجب التطبيق ويكون ذلك من خلال الأمر الموجه للقاضي بتطبيق قانون العقد وليس إذعانا لأمر المتعاقدين بتطبيق هذا القانون ، فيتجلى دور قاعدة الإسناد في تمكين المتعاقدين باختيار القانون المختص دون أن يكون لها الحق في التنظيم المباشر للعقد ومن ثم لا يندمج القانون المختار في هذا العقد⁽¹⁷⁷⁾ .

فإذا وكّلت مهمة تحديد القانون المختص للمتعاقدین ، فإن هذا الاختيار أساسه قاعدة قانونية تبنت المبدأ السالف الذكر وليس إرادة الأطراف في حد ذاتها ، هذا ما

176 - جاء الفقه بمعيار يميز بين ما يدخل ضمن النظرية الشخصية وبين ما يدخل ضمن النظرية الموضوعية ويكون ذلك بالنظر إلى الوسيلة المستخدمة لتحديد القانون المختص. فيمكن أن تتولى الإرادة تحديد هذا القانون أو يكون عن طريق التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني تعينه إرادة المشرع أو القاضي المطروح عليه النزاع. فإذا كنا أمام الحالة الأولى نكون بصدد إعمال النظرية الشخصية لأن الإرادة هي التي عينت القانون المختص بغض النظر إذا ما أدى ذلك إندماج هذا القانون في العقد أو يخضع لأحكام هذا القانون ، وإذا كنا أمام الحالة الثانية نكون بصدد إعمال النظرية الموضوعية .

وهذا المعيار الذي يقوم على الوسيلة المستخدمة لتحديد القانون المختص أصبح محل إنتقاد من قبل الأستاذ هشام علي صادق الذي دعا إلى هجره وتبني المعيار الذي اقترحه والمتمثل في وضع الإرادة في مواجهة القانون ، فإذا كانت تسمحوا على القانون المختار نكون بشأن النظرية الشخصية وإما كانت تخضع لأحكام القانون نكون أمام النظرية الموضوعية .

وهذا التقسيم حضي بالموافقة من قبل الفقه الحديث الذي يرى في هذا الشأن أنه إذا أدى الإختيار الإرادي إلى إندماج قانون الإرادة نكون بصدد إعمال النظرية الشخصية ، وعلى خلاف ذلك إذا ما أدى هذا الاختيار إلى خضوع الرابطة العقدية للأحكام الأمرة في القانون المختار نكون بصدد إعمال منهج شخصي ذو طابع موضوعي يدخل في إطار مفهوم النظرية الموضوعية .

للمزيد من التفاصيل راجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 47 وما يليها.

177 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1080.

يغير طبيعة الاختيار لقانون العقد الدولي من الاختيار المادي إلى الاختيار التنازعي الذي قال به أنصار النظرية الموضوعية الذي يخضع العقد لقانون دولة معينة . وهذه القاعدة - قاعدة الإسناد - مكنت الإرادة من تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي (178) .

وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه أنه يجب التمييز بين القاعدة القانونية التي تقرر قدرة الأطراف في اختيار قانون العقد، وبين مبدأ إستقلال الإرادة في إطار مفهومه الفلسفي والذي يعني أن الإرادة تسمو على القانون كونها تنظم نفسها بنفسها. فاستخدام مصطلح إستقلال الإرادة للتعبير عن محتوى قاعدة حرية الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق يعتبر أمرا خاطئا كونه يؤدي إلى ترتيب نتائج النظرية الشخصية . فليس هناك ما يبين وجود ما يسمى باستقلال الإرادة في مواجهة القانون وإنما ما يوجد هو خضوع الإرادة للقانون.

بالرغم من ذبوع استعمال مصطلح استقلال الإرادة في نطاق تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن المفهوم الحقيقي لهذا المصطلح يجب أن يفهم على أنه مرادف لقاعدة حرية الإرادة في تحديد قانون العقد (179) .

استبعد الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol - وهو صاحب نظرية التركيز الموضوعي- الاعتراف بأي دور لهذه الارادة في اختيار القانون واعتبرها مجرد ضابط للإسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي يقتصر دورها على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط بها في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته ، فإذا تم هذا التركيز يتولى القاضي تطبيق هذا القانون باعتباره كقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ويشكل مركز الثقل فيها(180) .

178 - خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق :

فرع الملكية الفكرية ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009 ، ص 35.

179 - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 229.

180 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية والنظرية الشخصية، مرجع سابق، ص 139.

إذا كان أساس العقد هو التراضي، فإن هذا الأخير هو عبارة عن حدث غير مادي لا يمكن تركيزه في مكان معين، فبالرغم من أن الإيجاب والقبول حادثان معنويان غير ملموسين إلا أنه يمكن التوصل إلى هذا التركيز اعتماداً على المظاهر الخارجية للإرادة التي تتخذها عبر مختلف مراحل إبرام العقد، وبعد ذلك يتم ترجيح أهمها التي تمثل مركز ثقل الرابطة العقدية تبين مقر العقد انطلاقاً من مختلف الظروف الخارجية للتعاقد التي تسمح بتركيز العقد في ذلك المكان ومن ثم يخضع العقد لهذا القانون.

من خلال هذا المنطلق يظهر الفرق بين النظرية الموضوعية التي تسند العقد لقانون الإرادة انطلاقاً من قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وبين نظرية باتيفول التي تنتمي إلى فقه النظرية الموضوعية والتي تستبعد دور الإرادة في اختيار القانون، فما تقوم به هو تركيز العقد في دولة معينة من خلال قدرتها على توطين العقد، وعلى القاضي أن يستخلص من ذلك ضرورة خضوع العقد لقانون الإرادة (181).

فإذا ما أراد الأطراف تطبيق قانون معين على عقديهما فما عليهما إلا اختيار أفضل الأحداث المادية التي لها علاقة بالرابطة العقدية وترجيحه على بقية الأحداث الأخرى لكي يكون قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق؛ فحرية الإرادة في هذه الحالة تنحصر في تركيز العقد في وسط قانوني معين مع بقاء إمكانية استبعاد هذا القانون من قبل القاضي وتولي بنفسه تركيزه في قانون آخر إذا ما بينت ظروف الخارجية للتعاقد أنه أكثر ترجيحاً لمصلحة هذا القانون (182).

ما يمكن قوله بشأن طبيعة هذا الاختيار، هو أن النظرية الموضوعية ظهرت في مرحلة ساد فيها تطرف أفكار النظرية الشخصية التي تسعى إلى إخراج العقود الدولية من دائرة تنازع القوانين. ومثل هذا الاتجاه غير مقبول لدى فقه النظرية الموضوعية الذي رفض فكرة إفلات العقود الدولية من حكم القانون، فاختيار قانون العقد لا يقوم

181 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية والنظرية الشخصية، مرجع سابق، ص 140.

182 - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 19.

على مطلق سلطان الإرادة أو على قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص ، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، لهذا لا يجب أن ينحرف المتعاقدون عن أهداف قاعدة الإسناد التي تركز العقد في أحد الأنظمة القانونية .

ما زاد من واقعية الإسناد الموضوعي للقانون واجب التطبيق، هو عندما وسعت هذه النظرية من نطاق الإسناد للقانون واجب التطبيق ليصبح بإمكان الأطراف إختيار القانون المختص ولو كان ليست له صلة بالعقد ، فقد اكتفى بعض الشراح بالقول على وجود مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى تتوافر الصلة بالرابطة العقدية وهذا ما يسمح للأطراف باختيار قانون محايد لا تربطه بالعقد أي صلة ما دام أن هناك مصلحة مشروعة في اختياره (183) ، فمن هذه الناحية يقترب قضاء الدولة مع قضاء التحكيم من حيث توسيع نطاق اختيار القانون العقد كما سنبينه في الدراسة اللاحقة .

هكذا تصبح العلاقات الخاصة الدولية تخضع لحكم القانون وفقا لمنهج قاعدة الإسناد التقليدية التي تتخذ من إرادة المتعاقدين معيارا لإسناد العقود الدولية للقانون الذي يتولى الأطراف اختياره ، فلم يعد القانون- وفقا لهذا الإختيار- مجرد بند في العقد لأن القانون هو الذي سبق العقد وليس العكس، فالمشرع عند وضعه لقواعد الإسناد المتعلقة بتنازع القوانين التي تخص عقود التجارة الدولية يكون قد فوّض الإرادة لاختيار القانون المناسب.

183 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 466.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة من خضوع العقد

لأحكام القانون

من أهم النتائج التي تترتب من تطبيق القانون المختص باعتباره كقانون الإرادة، هو حفاظه على طبيعته الأمرة التي لا يمكن تجاهلها في أي حال من الأحوال والتي تفرض نفسها من حيث التطبيق. فلا يجوز للأطراف مخالفة القواعد الأمرة في القانون المختار حتى لو كانت هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي⁽¹⁸⁴⁾، ولكن يمكن لهم الإتفاق على الخروج عن أحكامه المفسرة حتى لو كانت هذه القواعد في قانون القاضي تتعلق بالنظام العام ، ولكن يجب أن لا يتعارض ذلك مع النظام العام الوطني.

كما يمكن أن يؤدي تطبيق القواعد الأمرة في القانون المختار إلى إبطال العقد في حالة إذا ما كان العقد يحتوي على بنود يبطلها القانون المختار دون أن يترتب حق للأطراف في استبعاد القواعد ذات الطابع الأمر باعتبار القانون المختار يطبق بصفته كقانون . تظهر أهمية البطلان في هذه الحالة عندما يملئ الطرف القوي في العلاقة العقدية شروطه التعسفية ضد المتعاقد معه، وتكون هذه الشروط باطلة وفقا للقانون المختار حماية للطرف الضعيف من هذه الشروط المجحفة⁽¹⁸⁵⁾.

ثار خلاف فقهي بشأن هذا البطلان ، فهناك من سلم بوجوده في حالة عدم وجود الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وتولى القاضي أو المشرع تحديده ، أما في حالة وجوده يكون من غير المقبول أن يتم إبطاله باعتبار هذا القانون إختيارته إرادة الأطراف لكي يطبق على العقد .

184 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية والنظرية الشخصية، مرجع سابق، ص 95.

185 - بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011،

وعلى خلاف الإتجاه السابق، هناك من يرى أنه من الصعب إبطال العقد عملاً بأحكام القانون المختار باعتباره كقانون الإرادة الضمنية لأن القاضي عند استخلاصه للإرادة الضمنية سيتجنب تطبيق قانون وهو يبطل العقد فيفضل تطبيق قانون مُصحح للعقد باعتباره أكثر تعبيراً عن الإرادة الضمنية (186).

كما استبعد فقه النظرية الموضوعية فكرة التجميد الزمني لقانون الإرادة ، فتسري كل التعديلات التشريعية ذات الطابع الأمر التي تطرأ على هذا القانون و بأثر فوري ، إلا إذا نص هذا التعديل بكيفية صريحة على إمكانية تجميد أحكامه في الزمان كما سبق وأن بينا في الدراسة السابقة ، وأساسه التجميد في هذه الحالة هو قاعدة قانونية سمحت باستبعاد التعديلات الجديدة التي تطرأ على القانون القديم الذي تم اختياره (187) وليس ما يترتب من فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد كما يرى أنصار النظرية الشخصية .

إذا كان للأطراف إمكانية استبعاد القواعد المكملة التي تنتمي إلى القانون المختار، يكون لهم نفس الحق في استبعاد التعديلات التشريعية التي تتسم بالصفة المكملة، مثل هذه الحالة واردة في نص المادة الثامنة من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة بال السويسرية التي أكدت على الزامية تطبيق التعديلات التي توصف بأنها أمرّة التي تطرأ على قوانين سارية المفعول. وما عدا هذه الحالة، لا يمكن تجميد أحكام القواعد المكملة وذلك وفقاً لمفهوم المخالفة لنص المادة الثامنة السابقة الذكر (188).

186 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص 69-97.

187 - راجع نص المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

- كما رفض الفقه الغالب في ألمانيا فكرة العقد الدولي المتحرر من القوانين الوطنية ، بدليل أنهم إستبعدوا فكرة تجزئة العقد من حيث القانون واجب التطبيق لأن القانون المختار يطبق على كل جوانب العقد. كما يأخذ بعين الإعتبار بالتعديلات التي تطرأ على القانون لاحقاً .

- COING Helmut, « La détermination de la loi contractuelle en droit international privé allemand», in colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelle,(30-31-octobre 1980) , Helbing et Lichtenhahn. Francfort, 1983, p33.

188 - تنص المادة 8 من هذا المشروع على أن: =

إذا كانت إمكانية إختيار قانون العقد الدولي ترجع إلى قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فإن هذا الاختيار يجب أن ينصب على قانون له صلة وثيقة بالعقد أو بالمتعاقدين وكما لا يمكن تجزئته وإخضاع كل جزء لقانون يختلف عن الآخر.

إخضاع العقد الدولي لقانون له صلة بالعقد، يعني استبعاد إمكانية تطبيق قواعد التجارة الدولية Lex marcatoria أمام القاضي الوطني التي لا تنتمي إلى أي سلطة تشريعية معينة باعتبار قاعدة الإسناد تعطي الإختصاص لقانون دولة معينة ويظهر ذلك فيما اتجهت إليه القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية (189).

بالرغم من وجود مؤيدين لفكرة إطلاق حرية الإرادة في اختيار المتعاقدين لقانون العقد الدولي ، إلا أنهم استبعدوا فكرة العقد الدولي الطليق استنادا إلى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد ما هو إلا حل قرره المشرع لمشكلة تنازع القوانين في مجال العقود الدولية مع إعطاء لها قدر كافي من الحرية التي قال بها أنصار النظرية الشخصية (190) ، ومن ثمة يمكن تجسيد بعض النتائج المترتبة من اندماج قانون المختار في العقد كتلك المتعلقة باختيار قانون ليست له صلة بالعقد واستبعاد الإحالة وتجزئة العقد من حيث القانون واجب التطبيق بكيفية لا تؤدي إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية .

= « Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, Ses disposition seront appliquée comme clauses matérielles incorporées dans le contrat ; si ; toutefois, cette loi été modifiée ou abrogée par des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cour, ces règles doivent être appliquées ».

- راجع في هذا الشأن :

- Institut de droit international, session de Bâle 1991, op.cit.

189 - راجع في هذا الشأن :

- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, op .cit, P 477- 478.

190 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 436، 437.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من النظرية

الشخصية و النظرية الموضوعية

اتضح موقف المشرع الجزائري بعد تعديل قواعد الإسناد سنة 2005 بما فيها المادة 18 من القانون المدني بشأن النظريات الفقهية السابقة الذكر، والذي انحاز على نحو صريح للإتجاه المقيد لحرية إختيار القانون المختص بصفة واضحة مستبعدا في ذلك كل التأويلات التي كانت تحوم حول موقفه قبل القيام بهذا التعديل.

كان موقف المشرع الجزائري قبل تعديل نص المادة 18 من القانون المدني تعتريه الكثير من الغموض نظرا للصياغة التي جاءت بها المادة السالفة الذكر التي توحى إلى إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون المختص، بما أن ليس هناك ما يفيد في النص تقييد حرية الإختيار⁽¹⁹¹⁾، وأكثر من ذلك يمكن القول أن موقف المشرع قد بلغ حدا من المبالغة في إطلاق حرية الإختيار على نحو يتماشى مع الإتجاه المتطرف الذي يسعى إلى تحرير عقود التجارة الدولية من حكم القانون ، وإن كان بعض الكتاب الجزائريين يرفضون هذا الإعتقاد مستندا في ذلك إلى أن المعمول به في القانون الجزائري هو وجوب توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد⁽¹⁹²⁾ .

بعد تعديل المادة السابقة - المادة 18- بمقتضى قانون رقم 10-05⁽¹⁹³⁾ يكون المشرع قد تبنى على نحو صريح موقف النظرية الموضوعية المقيد لحرية الاختيار وبصيغة أكثر تشددا ويظهر في شروط الإختيار التي إستلزمها وهي أن يكون العقد له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد .

191- المادة 18 من القانون المدني قبل تعديلها .

192- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، مرجع سابق ، ص 228-229.

193 - قانون رقم 10-05 المتضمن تعديل القانون المدني، مرجع سابق.

تستمد الصلة المتعلقة بالمتعاقدين من العناصر الشخصية التي تخص أطراف العلاقة العقدية ، فيجب أن ينصب الاختيار على قانون إحدى الدول التي يتوطن بها أحد المتعاقدين أو التي ينتمي إليها بجنسيتها. بالنسبة للصلة المستمدة من العناصر الموضوعية للرابطة العقدية، هو أن يكون الإختيار ينصب على قانون موقع المال أو قانون محل الإبرام العقد أو قانون محل تنفيذه (194) .

إذا تم اختيار قانون لم تتوفر فيه الشروط السابقة الذكر يتولى القاضي استبعاده وجوبا باعتباره يخالف حكم النص، ويطبق في محله القانون الذي تبينه الضوابط الاحتياطية حتى لو كان هذا الاختيار يعبر عن وجود مصلحة مشروعة في تطبيق القانون كما لو تم اختيار إحدى القوانين التي جرى المتعاملون اختيارها كونها تستجيب لطبيعة العقد كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي في تجارة الحبوب.

بلغ الإسناد الموضوعي في التشريع الجزائري درجة من التشدد جعلت منه يختلف عن بقية التشريعات الأخرى ، فإذا أجرينا مقارنة مع نص المادة 19 من القانون المدني المصري وكذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من إتفاقية روما I لسنة 2008 التي تبين القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وفقا ما بيناه في الدراسة السابقة.

الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري يختلف عن الإتجاه المعتدل الذي يجمع بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية حتى يمكن للإرادة أن تؤدي دورها في تحديد القانون المختص ، وذلك عن طريق السماح للأطراف باختيار القانون المختص له علاقة بالعقد أو بالمتعاقدين ومع تمديد إمكانية الاختيار فيما لو كان القانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه (195).

194 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 458.

195 - فيما يخص الإتجاه الفقهي الذي يسمح بإختيار القانون المختص وفي إطار ضوابط معقولة راجع :

- باسم عواد محمود العموش ، القانون واجب التطبيق وفقا لمعيار الموطن ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في القانون ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 178-179.

الفصل الثاني

إعمال قاعدة الأسناد لتحديد القانون

واجب التطبيق

يتم يتوصل إلى القانون واجب التطبيق وفقا لمنهج تنازع القوانين باتباع مجموعة من الخطوات المتتالية والمتراصة التي تكشف في الأخير عن القانون المختص وهذا ما يظهر بصفة جلية عند إعمال قواعد الإسناد التي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع المعروض على القضاء ، وإنما هذا الأخير يكمن في ذلك القانون الذي يعطى له الإختصاص لاحقا ليكون واجب التطبيق على العلاقة العقدية (المبحث الأول) .

بعد أن يتم التعرف على القانون المختص تطرح مسألة أخرى على بساط البحث والمتمثلة فيما إذا كان هذا القانون يطبق على كل عناصر العقد أو أن هناك بعض المسائل تخرج من نطاق قانون العقد (المبحث الثاني). بعد ذلك نتطرق إلى إظهار الحالات التي يتم فيها استبعاد تطبيق قانون الإرادة كما لو كان يخالف النظام العام الوطني ، أو ثبت له الإختصاص عن طريق التحايل (المبحث الثالث) .

المبحث الأول

مراحل إسناد عقود التجارة الدولية

للقانون واجب التطبيق

إذا ما عرض النزاع على المحاكم الوطنية يخص عقود التجارة الدولية، يتولى القاضي البحث عن القانون واجب التطبيق بطريقة فنية يقتضيها منهج تنازع القوانين. فإذا كان العقد الدولي يُسند إلى قانون الإرادة كأصل، فالتوصل إلى هذا القانون يكون باتباع خطوات متتالية بداية من تكييف طبيعة النزاع لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة (المطلب الأول). بعد تحديد الفكرة المسندة يتم إسناده إلى القانون المختص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكييف طبيعة النزاع

لإسناد العقد الدولي للقانون واجب التطبيق يتم تحديد طبيعة النزاع لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة (الفرع الأول). ولهذه العملية تطبيقات لتحديد ما يندرج ضمن العقود الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراء عملية تكيفه طبيعة النزاع

إذا كانت العلاقات الخاصة الدولية غير منحصرة في نطاق معين ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقواعد التنازع التي حصرها المشرع في مواد قانونية (196)، فلا يمكن أن يكون لكل تصرف يشمل على عنصر أجنبي أن تقابله قاعدة إسناد تبين القانون واجب التطبيق بشأنه، وإنما تصاغ هذه القواعد بشكل عام تتدرج ضمنها الكثير من التصرفات التي تتشابه من حيث المضمون والأهداف ومن ثمة يخضعها المشرع لضابط إسناد معين من خلاله يتم التعرف على القانون واجب التطبيق .

يتولى القاضي تكيف طبيعة النزاع تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة وذلك عن طريق إدخال العلاقة القانونية ضمن طائفة من طوائف العلاقات القانونية التي ذكرتها قواعد الإسناد بصفة مجردة (197)، وتكيف طبيعة النزاع هي مسألة أولية تسبق عملية الإسناد تمكن القاضي من تحديد طبيعة العلاقة القانونية وإدراجها ضمن إحدى

196 - حصر المشرع الجزائري قواعد الإسناد بين المادة 9 إلى المادة 24 من القانون المدني.

197 - كما تظهر أهمية التكيف حتى فروع القانون الداخلي، فيتم تحديد الطبيعة القانونية للواقعة أو العمل القانوني، فالقاضي الذي يقوم بتفسير أحكام القانون لا يقوم في الواقع سوى بعملية التكيف. في هذا الإطار يلجأ القاضي إلى تكيف كل الأعمال القانونية الخاصة المعروضة عليه . فإذا ما قدم الأطراف بعض الأوصاف القانونية غير صحيحة فلا يعتد بها فيتولى بنفسه تكيف هذه العلاقة وفقا لما يقرره القانون في هذا الشأن ؛ فهو الذي يقرر مثلا إذا ما كان الأمر يتعلق بعقد مقاوله أو عقد إيجار أو عقد بيع . ويخضع في هذه الحالة لرقابة محكمة النقض.

ونقل هذه العملية على المستوى الدولي يضيف عليها سمة خاصة باعتبار أن هذه العملية تتحكم في تحديد طبيعة قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق والتي تبين بدورها القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

- موحد إسعاد ، مرجع سابق ، ص 178 - 179 .

- التكيف هو تشخيص حالة قانونية معينة بقصد تصنيفها بين مختلف الأفكار المسندة وليس بأحد الأنظمة القانونية، لأن هذه الأخيرة تختلف فيما بينها من حيث تقسيم الأفكار المسندة. فبالرغم من استعمال اصطلاحات مشتركة بين هذه الأنظمة القانونية مثل فكرة الأهلية وشكل التصرف ، إلا أن الاختلاف يبقى قائما مثلا بين ما يدخل ضمن فكرة الأهلية وبين ما يدخل ضمن شكل التصرف ، و يعني هذا في الأخير أن إختلاف القانون الذي تكيف به النزاع يؤدي إلى إختلاف القانون واجب التطبيق . راجع في هذا الشأن :

- محمد كمال فهمي ، مرجع سابق ، ص 397 وما يليها .

الطوائف المجردة التي تصاغ على أساسها قواعد الإسناد لتحديد القانون الموضوعي الذي يحكم تلك العلاقة .

لا تكمن مشكلة التكييف في مجال العلاقات الخاصة الدولية في عملية التكييف في حد ذاتها ، وإنما تكمن في تحديد القانون الذي يتم به التكييف لوضعه في أحد الأفكار المسندة والذي يطرح مشكلة تنازع التكييفات ، فهي مسألة ذات أهمية قصوى يترتب عنها نتائج في غاية الأهمية تظهر في القواعد الموضوعية واجبة التطبيق ؛ فاختلاف القوانين التي يكيف من خلالها العلاقة القانونية تؤدي إلى اختلاف الحلول الموضوعية المقررة لهذه العلاقة نتيجة اختلاف المفاهيم الواردة في القوانين الداخلية التي تؤثر بصفة مباشرة في تحديد قاعدة الاسناد واجبة التطبيق لاختلاف الوصف الذي يقدمه القاضي لطبيعة التصرف.

فعملية توحيد قواعد الإسناد بشأن بعض العلاقات الخاصة الدولية غير كافية لتحقيق وحدة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع لاختلاف التفسيرات التي تقدم بشأن نزاع معين ، فما يندرج ضمن شكل التصرفات وفقا لقانون دولة معينة قد يندرج ضمن موضوع التصرف في قانون دولة أخرى وهذا ما يؤدي إلى اختلاف قواعد الإسناد واجبة التطبيق وترتب منه اختلاف القواعد الموضوعية واجبة التطبيق⁽¹⁹⁸⁾.

اختلفت الآراء الفقهية بشأن القانون الذي يتم به تكييف النزاع، فهناك من يرى أن التكييف يتم وفقا لقانون القاضي الذي عرض عليه النزاع (أولا). وهناك نظريات أخرى أخضعت التكييف لقوانين أخرى غير قانون القاضي (ثانيا).

198 - C.cass,ch.civ ,1^{er} section , 22 juin 1955, Caraslanis c/ Dame Caraslanis ,BERTRAND Ancel, LEQUETTE Yves , Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé , 5 édition , DALLOZ ,Paris , 2006, P 246.

أولاً : إخضاع التكييف لقانون القاضي

أول من قال بإخضاع التكييف لقانون القاضي هو الفقيه الألماني كان Kahn والفقيه الفرنسي Bartin ، إلا أن هذه النظرية تنسب لهذا الأخير الذي بنى نظرية متكاملة في التكييف معتمداً على الممارسات القضائية في فرنسا والتي كانت تخضع في مجموعها التكييف لقانون القاضي ، ومن هذه الممارسات توصل هذا الفقيه إلى صياغة نظرية متكاملة و أطلق عليها تسمية: التكييف (199).

إخضاع التكييف لقانون القاضي، يكون حتى لو لم يكن هذا القانون - قانون القاضي - هو واجب التطبيق، بل حتى لو لم يكن ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع. ومعنى ذلك أن تطبيق قواعد الإسناد يكون وفقاً لما تقرره القواعد الموضوعية في قانون القاضي.

بما أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وطنية ، فمن الطبيعي أن يتم التكييف وفقاً للمفاهيم الواردة في المنظومة التشريعية الوطنية لأن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة إسناد (200) ، وهي كمسألة أولية من خلالها يتم التعرف على القانون المختص انطلاقاً من التفسير الذي يقدمه القاضي للنزاع لوضع هذه العلاقة في أحد الأفكار المسندة للتعرف في الأخير عن القانون المختص (201) .

أورد الفقيه Bartin مجموعة من الإستثناءات تخص هذه القاعدة أهمها، تكييف المال إذا ما كان يتعلق بعقار أو بمنقول والذي يخضع لقانون موقعه ، ويرجع السبب إلى أن

199 - سبق للفقيه الألماني سنة 1891 أن عالج هذه المشكلة تحت تسمية لا تكشف عن حقيقة المشكلة و أطلق عليها إسم التنازع المستتر أو التنازع غير الظاهر . ويرى هذا الفقيه أنه بالرغم من وجود تشابه ظاهري بين قواعد الإسناد وتوحي إلى تطبيق قانون واحد على العلاقة ، ولكن بسبب إختلاف التكييفات القانونية بشأن العلاقات القانونية يؤدي إلى تطبيق قوانين مختلفة .

- جمال مرسي بدر، « التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان »، بحث أعده للمؤتمر الخامس للمحاميين العرب، بيروت، 1959، ص 7.

200 - DERRUPPE Jean, op.cit, p 63-64.

201 - MONEGER Françoise, op.cit, p 31.

نظام الأموال في كل دولة يهدف إلى تحقيق الأمن والاستقرار في هذا النوع من المعاملات خاصة إذا ما توحدت جميع قواعد التكييف بين الدول (202).

كما أورد إستثناء آخر يتعلق بتكييف الإلتزامات التعاقدية وأخضعها لقانون الإرادة ، فالطابع الإتفاقي للإلتزامات التعاقدية يترتب عنه إخضاع التكييف لقانون الإرادة تماشياً مع حقهم في إختيار القانون المختص⁽²⁰³⁾. ما يمكن قوله بشأن هذا الإستثناء، أنه يستجيب لتوقعات الأطراف من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق، وهذا ما لا يتحقق لو تم إخضاع هذه الإلتزامات ذات الطابع التعاقدى لقانون القاضي في حالة ما إذا تم إعطاء لهذه العلاقة وصف آخر ومن ثمة تخضع لقانون غير قانون الإرادة.

لكن في حقيقة الأمر نجد عملية إخضاع التكييف لقانون واجب التطبيق هي عملية سابقة لأوانها، لأن القانون المختص يتحدد انطلاقاً من عملية التكييف باعتبارها كعملية أولية وضرورية لإعمال قاعدة الإسناد وهذا على النحو الذي سنبينه في العنصر الموالي.

ثانياً : إخضاع التكييف لقانون غير قانون القاضي

انتقد بعض الفقهاء فكرة إخضاع التكييف لقانون القاضي وعلى رأسهم الفقيه Despagnet ،الذين يرون أن هناك تناقض بين الإتجاه الرامي إلى إخضاع النزاع للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد وبين إخضاع التكييف لقانون القاضي ، لذلك يجب إخضاع هذا التكييف للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ليحكم النزاع بشكل كامل ، بما في ذلك اعطاء الوصف القانوني للنزاع ، والقول بغير ذلك، تترتب عنه نتائج غير مقبولة تؤدي إلى تطبيق قانون على علاقة وهو في الأصل لا يجب أن يطبق كما لو اعتبر قانون القاضي المسألة المعروضة هي من مسائل الأهلية وتم إخضاعها لقانون

202 - للمزيد من التفاصيل بشأن هذه المسألة راجع: جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص 220 وما يليها.

203 - بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص 195-

الجنسية ، وهذا الأخير كيف النزاع بأنه مسألة متعلقة بالشكل ومن ثم لا تدخل في نطاق تطبيقه (204) . أو العكس من ذلك ، فيمكن أن يؤدي إلى تعطيله في الحالات التي يريد فيها الانطباق.

لكن هذا الاتجاه هو محل انتقاد كذلك كونه يؤدي إلى الوقوع في حلقة فارغة لأن القانون المختص لا يمكن تحديده إلا بعد تكييف العلاقة المعروضة على القضاء (205).

هناك نظريات فقهية أخرى تخضع التكييف للقانون المقارن التي قال بها الفقيه الألماني Rabel ذو النزعة العالمية في معالجة تنازع القوانين، والذي يرى أنه يجب على القاضي عند إجراء التكييف استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص (206) .

أخضعت القوانين الوضعية عملية التكييف الأولي لقانون القاضي متأثرة بنظرية الفقيه بارتان باعتبار هذا التكييف ضروريا لإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي (207)، فمن خلاله تتحدد قاعدة الإسناد التي يتم إعمالها إذا ما كان التصرف يندرج ضمن الفكرة المسندة التي تشملها هذه القاعدة. ويظهر هذا التأثير في موقف المشرع الجزائري الذي ساير مختلف التشريعات في القانون المقارن بشأن هذه المسألة و ذلك في نص المادة التاسعة من القانون المدني والتي تنص على أن : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه "

كما تأثر المشرع الجزائري بالإستثناء الذي جاء به بارتان فيما يخص تكييف الأموال إذا ما كانت عقار أو منقول وأخضعها لقانون الموقع في نص المادة 17 من

204 - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 68-69.

205 - DERRUPPE Jean, op.cit, p 64.

206 - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع سابق، ص 70.

207 - ANCEL Bertrand, « Qualification », Encyclopédie de droit international, DALLOZ, 2003, Paris, p16.

القانون المدني والتي تنص على أن: " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

إذا عرض النزاع على القاضي الجزائري يشتمل على عنصر أجنبي، يقوم بتكييف طبيعة النزاع وفقا للقانون الجزائري لتصنيفه في أحد الأفكار المسندة لتحديد القاعدة الإسناد الواجبة التطبيق. إذا كان المشرع لم يبين المقصود بالقانون الوطني الذي يتم به تكييف النزاع، فإن ذلك يكون وفقا لما أخذ به الفقه في هذا الشأن؛ بمعنى أن يتم التكييف وفقا لتقسيمات القانون الداخلي في قانون القاضي.

إذا كانت العلاقات الخاصة الدولية تقوم على مفاهيم غير معروفة في قانون القاضي ، يتعين على القاضي في هذه الحالة الإستعانة بالأنظمة الأجنبية لفهم طبيعة النزاع مراعاة لمصالح الأطراف⁽²⁰⁸⁾، وهنا يظهر دور نظرية الفقيه الألماني Rabel السابقة الذكر؛ وهذا ما يجب أن يأخذ به القاضي الجزائري باعتبار المادة 9 من ق.م السابقة الذكر فسحت المجال لتوسيع نطاق التكييف ويظهر من الصياغة التي استعملها المشرع في النص السابق الذكر : «...هو المرجع في تكييف العلاقات»، فمصطلح "مرجع" يعطي للقاضي مرونة في اجراء التكييف على النحو الذي بيناه سابقا⁽²⁰⁹⁾.

208- فإذا كانت المسألة تخص تكييف الورقة التجارية إذا ما كانت عبارة عن شيك أن يتم ذلك وفقا لقانون القاضي وذلك مع مراعاة المرونة في هذا الشأن ، بمعنى أن على القاضي أن لا يتقيد بكافة الأحكام التفصيلية في قانونه لوصف الشيك ، بل يراعي واقع التجارة الدولية .

- إبراهيم أحمد إبراهيم ، « القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالشيك دوليا » ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والأربعون ، 2001، جامعة عين شمس ، ص 442.

209 - بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق ، ص 287 .

الفرع الثاني

دور التكييف في مجال عقود التجارة الدولية

لإعمال قاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، يجب أن تكون العلاقة القانونية تدرج ضمن وصف العقود السابقة (أولاً). كما يظهر دور التكييف كذلك في تحديد نطاق تطبيق بعض الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية (ثانياً). كما يبين التكييف كذلك نطاق إعمال الفكرة المسندة الواردة في التشريعات الوطنية (ثالثاً).

أولاً: أن يكون العقد من العقود الدولية

لم يتول المشرع الجزائري في القانون المدني تحديد المعايير التي تكشف عن دولية العقد ليطم تطبيق قانون الإرادة الذي يقتصر أعماله على عقود التجارة الدولية دون غيرها من العقود⁽²¹⁰⁾؛ من هنا تتولى عملية التكييف الكشف عن دولية العقد انطلاقاً من المفاهيم الداخلية التي تشملها الأنظمة القانونية الداخلية ويكون ذلك وفقاً للمعايير التي جاء بها كل من الفقه والقضاء⁽²¹¹⁾.

فإذا ما إنتهى الأمر إلى أن العقد دولي يتحقق الشرط المتطلب لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص وهي في هذه الحالة القاعدة التي تخضع العقد الدولي لقانون الإرادة⁽²¹²⁾. والمعايير التي يجرى التكييف وفقها تتمثل فيما يلي:

1: المعيار القانوني: يعتبر العقد دولي إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه، سواء من جهة جنسيتهم أو محل إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني⁽²¹³⁾؛ فعناصره القانونية

210- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص356.

211- فإذا ما تبين من عملية التكييف ان العقد داخلي تستبعد إمكانية إختيار القانون واجب التطبيق. راجع في هذا الشأن:

- LEMAIRE Sophie, « Le Choix de la loi du contrat en droit interne », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 26^{ème} année - 89^{ème} numéro, 2001.p1431.

212 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 120.

213- سلامة فارس عرب، مرجع سابق، 1999، ص 38.

لها علاقة بأكثر من نظام قانوني واحد . والمثال على ذلك كأن يبرم فرنسي مع نظيره البلجيكي عقد يخص بضاعة موجودة في إيطاليا تسلم في هذه الدولة ويتم دفع الثمن في فرنسا. فالعقد في هذه الحالة له علاقة بثلاثة دول ويعني ذلك إرتباطه بثلاثة قوانين أجنبية (214) .

يكون العقد دولي حسب الفقه التقليدي إذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصره القانونية والتي هي شرط من شروط تنازع القوانين، وذلك دون التمييز بين قيمة هذه العناصر ، فهي متساوية من حيث إضفاء الصفة الدولية على العقد سواء كانت تخص الأطراف المتعاقدة كما هو الشأن بالنسبة للجنسية أو كانت تخص موضوع العقد أو تنفيذه (215) . فوجود إحدى هذه العناصر تجعل العقد دولي مرتبطا بأكثر من نظام قانوني واحد ومن ثمة يمكن للأطراف إختيار القانون واجب التطبيق.

إذا كان هذا الإتجاه التقليدي يصلح للكشف عن دولية العلاقة القانونية في مختلف التصرفات التي يقوم بها الأفراد والذي يؤدي إلى تحريك قواعد الإسناد للكشف عن القانون واجب التطبيق ، إلا أنه لا يصلح لإعمال قاعدة الإسناد في مجال العقود الدولية نتيجة وجود عنصر أجنبي غير فعال يضفي الصفة الدولية على العقد . فليس مجرد شراء أجنبي لبعض مستلزماته بمناسبة تواجده بصفة مؤقتة في دولة أجنبية يعتبر عقد دولي، فعنصر الجنسية في هذه الحالة ليس جاد وفعال حتى يمكن للأطراف إختيار القانون واجب التطبيق، فالعقد في هذه الحالة هو عقد داخلي ومن ثمة يخضع لهذا القانون (216) .

214 - JACQUET Jean- Michel, Le contrat international, 2^e édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 5.

215 - Ibid , p 6.

216 - أما إذا كان العقد يندرج ضمن الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة لعقود الزواج التي تعد فيه الجنسية من بين العناصر الأساسية لتنازع القوانين. نفس الشيء بالنسبة لمكان إبرام العقد فهو لا يشكل وزنا في مجال العقود الدولية وذلك من حيث الموضوع، إلا أنه يعتبر ذات أهمية في إسناد شكل العقود وذلك وفقا لقاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون مكان إبرامه.

يبدوا المعيار القانوني وفقا للإتجاه الفقهي السابق غير فعال يؤدي إلى تحريك قواعد الإسناد في حالات لا يمكن وصف العلاقة العقدية بأنها دولية . فهذا ما أدى بالفقه المعاصر- فيما يخص هذا المعيار- إلى التفرقة بين العناصر القانونية للعقد ، وذلك بين العناصر المؤثرة والفعالة وبين العناصر غير الفعالة والجامدة (217).

فإذا ما تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر ليس له أي تأثير في الرابطة العقدية يتم تجاهله وعدم الإعتداد به ويبقى العقد وطنيا ومن ثمة يخضع للقانون الوطني كما هو الشأن مثلا لعنصر الجنسية في المعاملات المالية كما سبقت الإشارة ؛ والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لبعض العناصر الأخرى التي لها أهمية كما هو الشأن مثلا بالنسبة لمكان تنفيذ العقد ، وإختلاف موطن المتعاقدين الذي يؤدي إلى إنتقال السلع من دولة إلى أخرى وتسديد الثمن في دولة أخرى .

في كل الحالات يبقى هذا المعيار نسبيا لا يكشف عن الحالات التي يكون فيها العقد دولي ، فيجب البحث عن العنصر الأجنبي المؤثر حتى ولو كان هو العنصر الذي يضيف على العلاقة الصفة الدولية ، فأهميته وفعاليتها تجعل من العلاقة العقدية عقد دولي . أما إذا كانت هذه العناصر ليست لها أي أهمية يكون العقد داخليا حتى لو تعددت لأن العبرة في هذه الحالة ليست بتعدد هذه العناصر التي تضيف على العقد الصفة الأجنبية وإنما بأهميتها وفعاليتها.

2: المعيار الاقتصادي: أول من كرس هذا المعيار هو القضاء الفرنسي بمناسبة تطرقه لقضية مشهورة عرضت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1927 تتعلق بالمدفوعات الدولية بشأن عقد إيجار عقار يقع في الجزائر وتم الإتفاق بأن يدفع الإيجار بالعملة الإنجليزية بالرغم من أن هذا الشرط باطلا في فرنسا بمقتضى قانون 12 أوت 1870 والذي إستند إليه المستأجر أمام محكمة النقض وإعتبره من قوانين البوليس والأمن . أما المؤجر إعتبر هذا الشرط صحيح لأنه يخص المعاملات الدولية بإعتبار العقد أبرم

217 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 75.

بين شخصين مختلفين في الجنسية (فرنسي وبريطاني) كما يتوطنان في أماكن مختلفة (فرنسا وبريطانيا).

من كل هذا توصل المحامي Matter إلى القول أن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي تكون فيه عملية انتقال البضائع وقيمتها وفقا لعملية المد والجزر عبر الحدود ، من خلال هذا التحليل توصلت محكمة النقض إلى القول بعدم سريان هذا البطلان بشأن العقد الدولي⁽²¹⁸⁾.

رغم بساطة هذا المعيار إلا أنه تعثر به بعض الصعوبات في تطبيقه ويظهر ذلك في الحالات التي لا تكون فيه المعاملات التجارية تخص تسليم البضاعة واستلام الثمن على النطاق الدولي ، وإنما هناك بعض المعاملات تقوم على تقديم خدمات ومعارف فنية وهي من العقود الحديثة نسبيا التي تثير صعوبة إعمال فكرة المد والجزر للكشف عن دولية الرابطة العقدية.

ما يمكن قوله بشأن المعايير السابقة، أنها متكاملة في بعض الحالات ويظهر ذلك في المعيار القانوني وفقا لمفهومه الضيق الذي يؤدي إلى تحقيق المعيار الإقتصادي ؛ فانتقال الأموال من دولة لأخرى يعني اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد ويتحقق في الحالات التي يختلف فيها مكان إقامة البائع عن مكان إقامة المشتري الذي يؤدي إلى تحقيق المعيار القانوني ؛ وانتقال البضاعة بين أماكن الإقامة وتسديد ثمنها في دولة أخرى يؤدي هذا إلى تحقيق المعيار الإقتصادي .

عملية تحديد دولية العقد تتم وفقا للمعايير السابقة الذكر وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن وهو يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن التكييف هي عملية قانونية تترتب عنها نتائج في غاية الأهمية وتظهر في القانون واجب التطبيق ، كون الحلول القانونية المقررة للعقود الداخلية تختلف عن الحلول المقررة للعقود الدولية ، فلأطراف إمكانية

218 -LEBOULANGER Philippe, « La notion d'intérêts du commerce international », Revue de l'arbitrage, N°2, 2005, p 492-493.

إختيار قانون واجب التطبيق ويؤدي هذا إلى إخراج العقود الداخلية من هيمنة القوانين الداخلية .

بقي أن نبين المعيار الذي يعتمد عليه القضاء الجزائري في تحديد دولية العقد وما يترتب عنه من إعمال المادة 18 من القانون المدني ، فقد سبق وان بينا أن القاضي الجزائري كيّف العقد المبرم بين جزائري والشركة البلجيكية بأنه عقد دولي وذلك دون أن يبين المعيار الذي اعتمد عليه في هذه الحالة (219) .

ثانيا: دور التكييف في تحديد نطاق تطبيق الإتفاقيات الدولية

تظهر أهمية التكييف عند تطبيق معاهدة من المعاهدات الدولية التي كثر عددها نتيجة تزايد اهتمام الدول بتنظيم شؤون التجارة الدولية فيما يخص تحديد القانون واجب التطبيق. فإذا كان العقد يخص البيوع الدولية للمنقولات المادية فيتم في هذه الحالة تطبيق إتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تخص هذا النوع من البيوع بالنسبة للدول التي صادقت عليها. أما إذا كان العقد هو من العقود الوساطة والتمثيل ، فيتم تطبيق أحكام إتفاقية 1978 التي تخص هذه العقود . وإذا ما تبين من عملية التكييف أن هذه العقود لا تدخل ضمن الإتفاقيات الخاصة يتم تطبيق القواعد العامة التي تبين القانون المختص ، وهي في هذه الحالة هو تطبيق إتفاقية روما I التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية(220) .

219 - زروتي الطيّب ، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ، مرجع سابق ، ص 17.

- هذا خلاف التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي حيث بينت المعيار الذي يبين أن العقد الدولي. فالمشرع الجزائري أخذ بالمعيار الإقتصادي وذلك في نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2005 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية عدد 21 ، المؤرخة في 23 فبراير 2008.

220 - CACHARD Olivier, op. cit, p182.

كما تظهر أهمية التكييف في الحالات التي تتقارب فيها نطاق تطبيق هذه الإتفاقيات كما لو أثيرت مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على إنقطاع المفاوضات بشأن عقد معين المراد إبرامه . فهنا يطرح التساؤل إذا ما كان هذا الإنقطاع يدخل ضمن الإلتزامات التعاقدية ومن ثمة يخضع لإتفاقية روما I ، وبين أحكام نفس الإتفاقية الذي يبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات غير التعاقدية (إتفاقية روما II) التي تخضع للمسؤولية التقصيرية إلى قانون وقوع الفعل (221) .

يتبين من خلال الدراسة السابقة أن إعمال قاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مرتبط بما ستُفسر عنه عملية التكييف التي يقوم بها القاضي الوطني والتي تبين أن النزاع يندرج ضمن العقود الدولية الذي يخص المعاملات المالية غير العقارية . ويعني كل هذا إخراج العقود الداخلية من مضمون الفكرة المسندة ، وكذا إخراج عقود الأحوال الشخصية من هذه الفكرة والعقود الواردة على العقار التي تخضع لقانون وجود هذا العقار بالرغم من أنها تندرج حسب الأصل ضمن عقود المعاملات المالية (222) .

المطلب الثاني

عملية إسناد العقد للقانون المختص

عندما ينتهي القاضي من عملية تكييف النزاع يكون قد حدد الفكرة المسندة التي خصّها المشرع بضابط الإسناد الذي يكشف بدوره عن القانون واجب التطبيق (الفرع الأول). بعد ذلك تطرح مسألة في غاية الأهمية تتمثل في الطريقة التي يتعامل بها القاضي مع القانون المختص وهو في هذه الحالة هو قانون الإرادة والتي لها تأثير بالغ في تطبيقه (الفرع الثاني).

221 - BUREAU Dominique, MUIR- WATT Horatia, Droit international privé, tome 1 partie générale, 2 éditions, puf , Paris, 2010 , p 425.

222 - عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، مرجع سابق ، ص 77 .

الفرع الأول

تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختص

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين ، يجب في هذه الحالة تعيين القواعد واجبة التطبيق في هذا القانون ، كون هذا الأخير يحتوي من منظور تنازع القوانين على نوعين من القواعد ، قواعد الإسناد تبين القانون واجب التطبيق والقواعد الموضوعية التي تتكفل بتقديم الحل النهائي للنزاع.

اتباع أي طريقة من الطريقتين يترتب عنه تغيير في الحل النهائي للنزاع ، ذلك أن قواعد الإسناد في هذا القانون يمكن أن تحيل هي الأخرى الإختصاص لقانون آخر غير القانون المبين عند أعمال قاعدة الإسناد ، والذي يمكن أن يكون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي.

يتعلق مصير تطبيق قانون الإرادة المختار بمقتضى قاعدة إسناد في قانون القاضي بوجود الإحالة من عدمها⁽²²³⁾، فإذا ما أخذنا بالاتجاه الذي يستبعبدها يؤدي إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل المتعاقدين ، أما إذا أخذنا بها فيمكن أن يؤدي ذلك إلى استبعاد تطبيق القانون المختار وذلك عندما ترفض قواعد الإسناد في هذا القانون الإختصاص وتحيلنا بدورها إلى قانون آخر.

من المستقر عليه في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية هو استبعاد الإحالة كونها تتعارض مع مبدأ قدرة المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، فعندما تتجه إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية إلى اختيار قانون معين يتم تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون المرور من قواعد الإسناد

223- تترتب الإحالة عندما ترفض قواعد الإسناد الإختصاص في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، وهذا الرفض يؤدي إلى إعطاء إختصاص من جديد لقانون القاضي وتعرف هذه الحالة بالإحالة من الدرجة الأولى، أو تعيد الإختصاص لقانون آخر ويعرف هذا بالإحالة من الدرجة الثانية.

(224)؛ فالمقصود بقانون الإرادة هو الأحكام الموضوعية في هذا القانون، لأن الأطراف عندما اختاروا القانون تكون إرادتهم قد إنصرفت إلى تطبيق هذه القواعد التي تستجيب لمصالحهم التعاقدية دون يأخذوا بعين الإعتبار ما تشير إليه قواعد الإسناد في هذا القانون (225).

ما يبين ضرورة استبعاد الإحالة في مجال العقود الدولية، هو طبيعة قاعدة الإسناد ذاتها، فقاعدة قانون الإرادة لها جانب موضوعي ترمي بطريقة غير مباشرة إلى تحقيق غاية مادية معينة، فلو أراد الأطراف اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون المختار ، سيتم اختياره مباشرة دون استعمال هذه الوساطة غير المباشرة المترتبة من أعمال قاعدة الإسناد ؛ والقول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار حكمة من تبني مبدأ قدرة اختيار قانون العقد الدولي (226).

إذا كان من الثابت أن الإحالة مستبعدة في الحالات التي يوجد فيها اختيار القانون المختص باعتبارها تتناقض مع مصالح الأطراف المجسدة في القانون المختار؛ إلا أن هناك حالات أخرى يمكن أن تكون الإحالة الحل الأفضل وذلك في الحالات التي لا يتم فيها إختيار القانون من قبل المتعاقدين، وذلك ليس بنية تفويض القاضي بهذه المهمة وإنما نتيجة تباعد إتجاهات الأطراف بشأن هذه المسألة ومن ثمة يتعمدان على تجاهل هذا الإختيار حتى يتم التوصل إلى إبرام العقد .

الإسناد الجامد الذي يقوم به القاضي إعمالا للضوابط الإحتياطية يمكن أن يعطي الإختصاص لقانون لا يرغب فيه الأطراف ، وفي هذه الحالة تظهر أهمية الإحالة لتحقيق التناسق والتعاون مع قاعدة الإسناد الأجنبية في تحقيق أهداف تعجز عنها قاعدة

224 - إستبعدت محكمة النقض الفرنسية إعمال الإحالة في مجال العقود الدولية وذلك في أحد أحكامها الصادرة سنة 1997 وذلك حينما قضت بأن :

« La mise en œuvre de la loi d'autonomie est exclusive de tout renvoi ».

- LEQUETTE Yves, « Renvoi », Encyclopédie de droit international, DALLOZ, 2003, p7.

225 - SFEIR Raoul, Aspects contemporains du renvoi en droit international compare, Thèse pour le doctorat en droit privé, université panthéon - Assas, paris II, 2007, p126.

226 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 240.

الإسناد الوطنية عن تحقيقها . والمثال على ذلك يظهر في الحالة التي لا يكون فيها للأطراف موطن مشترك ولا جنسية مشتركة فيتم تطبيق قانون مكان إبرام العقد. فالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون مكان الإبرام يمكن أن يؤدي ذلك إلى حماية توقعاتهم من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق ؛ ويكون ذلك في الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد في هذا القانون - قانون مكان إبرام العقد - إلى تطبيق قانون مكان تنفيذه وهو القانون الذي فضله فقه قانون الإرادة كونه يتماشى مع طبيعة بعض العقود التي تخضع لقانون مكان تنفيذها كما هو الشأن مثلا بالنسبة لعقود العمل⁽²²⁷⁾.

استبعاد الإحالة في مجال العقود الدولية أصبحت محل إتفاق بين كل الإتجاهات الفقهية حتى لو كانت تقوم على أفكار متناقضة في الأسس والنتائج كما هو الشأن بالنسبة لفقه النظرية الموضوعية وفقه النظرية الشخصية . كما تجسد هذا الإستبعاد حتى في إطار بعض القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية وإن كان بطرق مختلفة ، فهناك بعض التشريعات استبعدت الإحالة في مجال العقود الدولية وأخذت بها في مجالات أخرى ، وهناك تشريعات أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى واستبعدتها في مجال العقود الدولية⁽²²⁸⁾ ، وهذا الإتجاه الأخير يقترب نوعا مع توجه المشرع الجزائري من حيث أخذه بالإحالة من الدرجة الأولى ولكن دون أن يشير إلى أي استثناء بما فيها عقود التجارة الدولية⁽²²⁹⁾ .

227 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 242 - 243.

228 - أخذ القانون الدول الخاص الألماني بالإحالة في المادة 1/4 وإستبعادها في مجال اللتزامات التعاقدية في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تنص :

« Lorsque les parties ont la faculté de choisir elles -mêmes la loi d'un état, elles ne peuvent opter que pour ses règles substantielles »

كما أخذ القانون الدولي الخاص الإيطالي لسنة 1995 بالإحالة من الدرجة الأولى وإستبعادها في مجال العقود الدولية.

- SFEIR Raoul, op.cit, p128.

229 - تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني على أن: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في قانون الأجنبي المختص " . هذا النص ينطبق مع التشريع الإمارات العربية في نص المادة 26 من قانون المعاملات المدنية. =

بالمقابل هناك تشريعات رفضت الأخذ بالإحالة بصفة مطلقة حيث تم استبعادها على نحو صريح كما هو الشأن مثلا بالنسبة للتشريع المصري في المادة 27 من القانون المدني ، وكذا القانون المدني السوري (م20) والقانون المدني الأردني (م24).

يمكن القول أن التشريعات التي رفضت الإحالة على نحو عام ، أن هذا الاستبعاد يشمل عقود التجارة الدولية لأن الأصل فيها هو استبعادها ، أما التشريعات التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى دون أن تقيدتها في مجال التجارة الدولية - كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري- يمكن القول كذلك أنها مستبعدة ، فلو عرض النزاع على القضاء الجزائري يخص عقود التجارة الدولية وكان القانون الأجنبي يعيد الإختصاص من جديد للقانون الجزائري، فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني وإن كان يتم تطبيقه في العلاقات الأخرى تطبيقا لنص الفقرة 23 مكرر 2/1 من القانون المدني وذلك لتكريس سلطة الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي .

كما تولت الإتفاقيات الدولية كذلك استبعاد الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية كما هو الشأن مثلا بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية (المادة 2) ، كذلك إتفاقية لاهاي لسنة 1986 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع وهذا في نص المادة 15 منها والتي تنص:

« *Au sens de la convention, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois*».

ونفس الشيء بالنسبة لاتفاقية روما I لسنة 2008 التي تبين القانون الواجب على الإلتزامات التعاقدية حيث أُستبعد أعمال قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق وفقا لما نصت عليه المادة 20 والتي تنص :

« *Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays ,elle entent les règles entent les de droit de droit matériel en vigueur dans ce pays*

= الأصل أن المشرع الجزائري رفض الأخذ بالإحالة والاستثناء قبولها متى كانت من الدرجة الأولى . راجع فيما يخص الإحالة في القانون الإماراتي والقوانين العربية : عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ،مرجع سابق ، ص 180 وما يليها .

à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement ».

كما استبعد معهد القانون الدولي في دورة إنعقاده في مدينة بال سنة 1991 الإحالة إلا إذا إتفقا الأطراف على أن يأخذوا بها وهذا وفقا لما ورد في نص المادة 2/2 والتي تنص:

« La loi choisie par les parties s'applique à l'exclusion de ses règles de conflit, sauf la volonté expresse contraire».

استبعاد الإحالة في المجال العقود الدولية يتماشى مع الغاية من سن قاعدة الإسناد التي تبنت مبدأ قدرة الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي التي أصبحت من المبادئ الأساسية المستقرة في القانون الدولي الخاص ومن ثمة يجب إحاطتها بكل الضمانات التي تساهم في تجسيد هذا المبدأ لتحقيق الغاية من وجود قاعدة إسناد من هذا النوع.

الفرع الثاني

مركز قانون العقد الدولي

أمام القاضي الوطني

بعد إجراء عملية التكيف النزاع وتم التعرف على قانون العقد الدولي و هو في هذه الحالة قانون أجنبي ، يثير التساؤل عن الكيفية التي يتعامل بها القاضي مع هذا القانون وذلك بالنظر إلى النتائج التي تترتب مع الحالة التي يعتبر فيها هذا القانون كواقعة (أولا) ، أو أنه كقانون (ثانيا) .

أولا: اعتبار قانون العقد الدولي كواقعة

هناك من يرى أن القاضي الوطني يتعامل مع القانون الأجنبي بكيفية تختلف عند تطبيقه للقانون الوطني ، فالقانون الأجنبي لا يعبر عن السيادة الوطنية ومن ثمة لا يلتزم به القاضي الوطني ولا يخضع لأحكامه ولا يطبقه من تلقاء نفسه إلا إذا طلب

الأطراف ذلك⁽²³⁰⁾، ولا يفترض فيه العلم بإحكامه ومن ثمة لا يتولى إثبات أحكامه⁽²³¹⁾، وإنما يقع عبئ إثباته على عاتق الأطراف، وإذا ما أخطأ القاضي في تطبيقه لا يخضع لرقابة محكمة النقض⁽²³²⁾. وهذا الإتجاه يتطابق مع النتائج المترتبة من النظرية الشخصية التي تسعى إلى إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي الذي يؤدي إلى اندماج أحكام القانون المختار في العقد فتصبح بمثابة شروط عقدية، فيعامل هذا القانون معاملة الوقائع سواء من حيث الإثبات أو من حيث امتداد رقابة محكمة النقض عند تفسير أحكامه.

إن القول بأن القانون الأجنبي بمثابة واقعة - وهو في هذه الحالة هو قانون العقد الدولي - يشكل صعوبة على أطراف الخصومة بصفة عامة وعلى أطراف العقد الدولي بصفة خاصة في إثبات أحكام القانون المختص، فإن لم يتمكنوا من إثباته سيتم تطبيق

230- إعتبر القضاء الفرنسي في بداية الأمر أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي لا تعتبر من النظام العام ومن ثمة لا يتم إعمالها من تلقاء نفسه إلا في الحالات التي يتمسك الأطراف بتطبيقها وكان ذلك في الحكم الصادر سنة 1959 بشأن قضية تعرف بقضية BISBAL، حيث تم تطبيق القانون الفرنسي وبمقتضاه تم تحويل الإنفصال الجسماني إلى طلاق بالرغم أن القانون واجب التطبيق هو القانون الإسباني بإعتباره قانون جنسيتها.

للمزيد من التفاصيل عن هذا راجع :

CARLIER Peggy, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, discipline : droit international privé, Université de Lille 2 - droit et santé Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2008.p 127 et 141.

231- LAPVANICHAR Ratchaneekorn, Les contrats internationaux : Etude comparatives franco-thaïlandaise, Thèse pour obtenir doctorat le grade en droit, Discipline : Droit international privé, université Lille 2, 2012,p 62-53.

232- من بين القوانين التي أخذت بهذا الإتجاه نجد مثلا القانون اللبناني والقانون التركي. فتنص المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن: " لا تطلب البينة على وجود القانون اللبناني، ولكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون القانون الأجنبي". كما تنص المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على أن: " يطبق القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من منازعات، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في نزاع معروض عليه، فإن عبئ إثبات هذا القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به، وإذا عجز من تمسك به عن إثباته وإقامة الدليل على وجوده فيجب تطبيق القانون التركي".

- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 260.

قانون آخر غير قانون الذي عينته إرادتهم الصريحة أو الضمنية (233) وهذا ما يمس توقعاتهم من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق . وإذا ما تمكنا من إثباته فليس هناك ما يضمن تطبيقه على نحو سليم من قبل القاضي كونه لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

ثانياً: إعتبار قانون العقد الدولي كقانون

ذهب الإتجاه الغالب في القانون المقارن إلى القول بأن القانون الأجنبي يظل قانوناً محتفظاً بهذه الطبيعة حتى لو كان ذلك خارج إقليم الدولة التي أصدرته (234)، فالقاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون من تلقاء نفسه ولو كان ذلك بطريقة تختلف مع حالة تطبيق قانونه الوطني لأن من الصعب عليه التعرف على كل قوانين العالم ، فالقانون الأجنبي هو كقانون ولكن يحتفظ بصفته الأجنبية فإثباته يكون بالتعاون بين كل من القاضي والأطراف في الحالات التي يصعب فيها إثباته (235).

233 - الحل المعتمد لدى بعض التشريعات الوطنية في حالة عدم إثبات القانون الأجنبي هو تطبيق القاضي لقانونه كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون الجزائري. حيث تنص في هذا الإطار المادة 23 مكرر من القانون المدني على أن: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ". ونفس الشيء أخذ به المشرع الإيطالي، هذا مع الإشارة إلى أن المشرع مكن القاضي من اللجوء إلى خبرة رسمية لإثبات هذا القانون.

- BALLARINO Tito, « Codification du droit international italien », in, Travaux du comité français de droit international privé, années (1990-1991), PEDONE, Paris, 1992, p 104.

234 - هذا الاتجاه هو الغالب في الفقه الحديث ولكن مع بقاء الاختلاف قائماً من حيث أساس تطبيق هذا القانون ، حيث يرى الفقه الإيطالي أن هذا يتم وفقاً لنظرية اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني ، ويأخذ جانب من الفقه الفرنسي والألماني بفكرة التفويض مضمونها أن المشرع الوطني يفوض المشرع الأجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد تلزم لوضع قواعد قانونية تلزم القاضي الوطني في المسائل التي تم إسنادها للقانون الأجنبي . راجع : عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، 336 وما بعدها .

235 - من بين القوانين التي جعلت القانون الأجنبي ملزم من حيث التطبيق نجد القانون الأردني (المادة 79 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية)، المادة 293 من قانون المرافعات المدنية الألمانية.

- ممدوح عبد الكريم عرموش ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص222 وما يليها .

لم يبين المشرع الجزائري موقفه من هذه المسألة بصفة صريحة سواء كان ذلك في القانون المدني أو في قانون الإجراءات المدنية ، ولكن يمكن أن يستنتج هذا ولو بصفة ضمنية ما ورد في نص المادة 358 من قانون =

يعتبر هذا الموقف الأقرب إلى الصواب لأنه يوسع من مجال تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد بالإختصاص، وفي إطار دراستنا نحن نقول أن اعتبار القانون الأجنبي كقانون يؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة وهذا ما يستجيب لمصالح الأطراف المجسدة في هذا القانون ؛ وأكثر من هذا، فالأخذ بهذا الإتجاه يستبعد نظرية العقد الدولي الطليق لأن العقد يخضع حقا لأحكام القانون واجب التطبيق باعتباره كقانون ملزم بكل قواعده وتعديلاته التي تحدث في الزمان خارج إقليم الدولة التي أصدرته .

المبحث الثاني

مجال تطبيق قانون العقد الدولي

سبقت الإشارة إلى أن المقصود بالالتزامات التعاقدية التي هي محل إسناد إلى قانون الإرادة كأصل عام، هو المعنى العام، لها فيدخل في مفهومها كل النواحي الموضوعية للتصرف القانوني بداية من إبرامه وتنفيذه وانقضائه. لا يعني هذا أن العقد يخضع بأكمله لقانون العقد وإنما هناك مسائل تخرج من نطاق هذا الإسناد لتخضع لقانون الآخر غير قانون الإرادة (المطلب الأول). كما يخرج من نطاق تطبيق قانون العقد كل من شكل العقد كأصل وكذلك إجراءات التقاضي (المطلب الثاني). كما تستبعد بعض العقود من نطاق مضمون الفكرة المسندة بالرغم من تعلقها بالمعاملات المالية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للعقارات (المطلب الثالث).

=الإجراءات المدنية والإدارية التي بينت الحالات التي يتم فيها الطعن بالنقض . ومن بينها إذا كانت هناك مخالفة للقانون الداخلي (الحالة الخامسة) ، أو إذا كانت هناك مخالفة للقانون الأجنبي فيما يتعلق بقانون الأسرة (الحالة السادسة).

يستخلص من هاتين الحالتين أن المشرع الجزائري سوى بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية. فالطعن بالنقض فيما يخص هذه الحالة الأخيرة تعني أن القاضي الجزائري يتعامل مع هذا القانون كقانون دون بقية حالات الأخرى. هذا النص يقابله نص المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية الملغى التي تبين حالات الطعن أمام محكمة النقض. راجع بشأنه: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 142.

المطلب الأول

مجال تطبيق قانون العقد من حيث الموضوع

سيتم تحديد نطاق تطبيق قانون العقد الدولي سواء عند تكوينه (الفرع الأول) وكذلك نبين نطاق تطبيق هذا القانون على الآثار المترتبة من هذا العقد (الفرع الثاني). بعد ذلك نبين نطاق قانون الإرادة عند انقضاء العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مجال تطبيق قانون العقد عند انشاء العقد

سنبين نطاق قانون الإرادة قبل مرحلة تطابق الإيجاب والقبول (أولاً) وكذلك فيما يخص المحل والسبب (ثانياً). كما نبين الجزاء المترتب من تخلف أركان العقد وشروط صحته (ثالثاً).

أولاً: التراخي

إذا ما أخذنا بالاتجاه الفقهي الذي يرى أن المقصود بالفكرة المسندة تتمثل في الآثار المترتبة من العقد دون أن تشمل الشروط اللازمة لتكوينه يؤدي هذا إلى تجزئة العقد وعدم الحفاظ على وحدته من حيث القانون الواجب التطبيق . فتخضع آثار العقد لقانون العقد - كأصل - وأما شروط تكوينه تخضع في مجملها لقانون القاضي الذي يتولى إظهار مختلف الشروط القانونية اللازمة لإبرام العقد وكذا مختلف المسائل القانونية التي تثار عند إبرام هذا العقد.

فيرجع القاضي مثلاً إلى قانونه فيما يتعلق بوجود الرضا الناتج عن تطابق الإيجاب والقبول ويكون هذا القانون المرجع في كيفية التعبير عن الإرادة وقيمة السكوت ومتى يسقط الإيجاب وما شابه ذلك من المسائل القانونية⁽²³⁶⁾. لكن هذا الاتجاه

236 - علاء الدين محمد ذيب عبابنه ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن ، رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة عمان العربية ، الأردن ، 2004 ، ص 257-258.

غير صحيح باعتبار فكرة الالتزامات التعاقدية تخص العقد بأكمله وليس الآثار المترتبة منه ومن ثمة يخضع لقانون الإرادة ما عدا بعض الحالات المستثناة من هذا الإسناد تظهر ضرورة إخضاعها لقانون آخر غير قانون الذي يحكم العقد كما سنبينها في هذه الدراسة .

تستبعد الأهلية من نطاق تطبيق قانون العقد ، وأساس هذا الاستبعاد يكمن في أن الأهلية وإن كانت شرطا من شروط صحة العقد إلا أنها تعتبر من المسائل اللصيقة بالشخص ويجب أن تبقى خاضعة لسلطان قانون جنسية الشخص ، والقول بإخضاعها لقانون العقد يؤدي إلى اختلاف القوانين الواجبة التطبيق عليها حسب اختلاف القانون المختص وهذا ما أدى بالمشرّعين في مختلف دول العالم إلى إسناد الأهلية إلى قانون الجنسية أو إلى قانون الموطن في إطار قاعدة إسناد تخص كل التصرفات القانونية المشتملة على عنصر الأجنبي بما فيها العقود الدولية (237).

الأهلية التي هي محل إسناد لقانون الجنسية هي أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب لأننا بشأن البحث عن مدى أهلية الشخص في إبرام التصرفات القانونية (238)، ولسنا بشأن مركزه بالنسبة لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. و أهلية الأداء المقصودة في هذا النص كذلك هي أهلية الأداء العامة وليس أهلية الأداء الخاصة التي لا تتصرف

237 - المصدر التشريعي لقاعدة إخضاع الحالة والأهلية للقانون الشخصي هو نص المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي ونقل هذا النص إلى تشريعات مختلفة كما هو الشأن مثلا لبعض التشريعات الأوروبية وكذا التشريعات العربية. بالمقابل هناك تشريعات أخرى تخضع كل من الحالة والأهلية إلى قانون الموطن خاصة دول أمريكا اللاتينية.

للمزيد من التفاصيل راجع : أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين بشأن مسائل الأهلية (دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1979، ص 23 وما يليها . أخضع المشرع الجزائري الأهلية لقانون الجنسية وهذا ما تنص عليه المادة 10 / 1 من القانون المدني: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " .

238 - تعرف أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يترتب عليه آثاره القانونية، أو هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به قانونا.

إلى كافة الأعمال القانونية وإنما تخص بعض التصرفات دون غيرها وأساسها هو حماية المصلحة العامة أو حماية الغير (239).

يترتب من خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة سن الرشد وعوارض الأهلية ولإظهار متى يكون الشخص فاقداً أو ناقصاً أو كامل الأهلية وكذا معرفة التصرفات التي لا يمكن أن يقوم بها ناقص الأهلية وكذا الجزاء المترتب من بطلان التصرف وما شابه ذلك من المسائل التي تثيرها الأهلية بمناسبة إجراء التصرفات القانونية (240).

إذا تم استبعاد الأهلية من نطاق تطبيق قانون العقد ، تبقى المسائل الأخرى خاضعة لقانون العقد ، فيبين كيفية التعبير عن الإرادة، وهل يؤخذ بالإرادة الصريحة أو الضمنية وهل العبرة بالإرادة الظاهرة أو بالإرادة الباطنة ، ويبين متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره وهل يتأثر هذا بموت أو فقد أهلية من صدر منه ، وكيف تتطابق الإرادتان لتُكوّن ما يسمى بالتراضي كما يبين هذا القانون ما هو حكم السكوت ، وهل يمكن اعتباره قبولاً من عدمه وكيفية تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين ؛ كما يدخل ضمن الفكرة المسندة كل ما يتعلق بعيوب الإرادة ومدى تأثيرها على صحة التعاقد. هناك بعض الحالات أخرجها الفقه من مضمون الفكرة المسندة وأخضعها لقانون آخر غير قانون العقد وهي كالتالي:

فيما يخص مدى اعتبار حكم السكوت هو تعبيراً عن وجود القبول فهو أمر لا يخضع لمضمون الفكرة المسندة ، فليس من العدل أن يُعتبر السكوت قبولاً بالرغم من أن من وجه إليه الإيجاب لا ينوي ذلك ، فقد يجد نفسه خاضعاً لقانون لا يعرف حكمه مسبقاً . والمثال على هذه الحالة أن يوجه تاجر دانماركي إيجاباً لتاجر إنجليزي ويضمنه شرطاً يقضي بإخضاع العقد لقانونه، ويعتبر هذا القانون السكوت قبولاً، فإذا

239 - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص164 وما يليها.

240- راجع بشأن نطاق تطبيق قانون الجنسية: جابر جاد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص406 وما يليها.

لم يرد التاجر الإنجليزي يكون العقد قد أبرم وفقا للقانون الدانماركي باعتبار السكوت في ضل أحكامه قبولا. من هنا اقترح الفقه إخضاع حكم السكوت لقانون موطن من وجه إليه الإيجاب أو لقانون مركز أعماله كونه يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية⁽²⁴¹⁾.

كما يرى جانب آخر من الفقه استبعاد زمان ومكان إبرام العقد عندما يبرم بين غائبين كما لو أبرم بالمراسلة و التي أصبحت من الطرق السائدة في وقتنا الحالي لإستحالة تواجد المتعاقدين في الكثير من الحالات في مجلس عقد واحد، لذلك يبرمون العقد عن طريق المراسلة أو الفاكس.

يؤدي هذا النوع من التعاقد إلى طرح صعوبة فيما يخص تحديد زمان ومكان تحقق إبرام العقد نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية حول النظرية التي يتعين الأخذ بها⁽²⁴²⁾. فهناك من يرى بإخضاعه لقانون القاضي لأن الأمر يتعلق بتكييف المسألة المعروضة تمهيدا لإسنادها لقانون المختص ، فمن خلال هذا التكييف يتبين إذا ما كنا بصدد علاقة تعاقدية لإعمال قاعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية⁽²⁴³⁾.

لكن هذا الإتجاه هو محل انتقاد من قبل اتجاه فقهي آخر، لأن الأمر لا يتعلق بمسألة التكييف الأولي اللازم لإعمال قاعدة الإسناد، وإنما يتعلق الأمر بتكييف لاحق وهو يخضع للقانون المختص بحكم موضوع النزاع، فالتراضي حسب هذا الإتجاه ما هو إلا ركن من أركان العقد وفقا للقواعد العامة يدخل في مضمون الفكرة المسندة ومن

241 - زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، مرجع سابق ، ص 238 .
242 - هناك أربعة نظريات أساسية من خلالها يتم تحديد زمان ومكان إبرام العقد والمتمثلة في نظرية إعلان القبول ونظرية تصدير القبول ونظرية تسليم القبول وأخيرا نظرية العلم بالقبول التي أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 67 من القانون المدني.

243 - هذا الاتجاه يتماشى مع إتجاه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة والذي يقول في هذا الشأن: " طالما أن العقد لم يبرم فالأمر يتعلق بمسألة تكييف، وتفسير لقاعدة التنازع، وهو يعني تطبيق قانون القاضي لمعرفة أين ومتى ينعقد العقد ما بين غائبين " .

نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1127.

ثم يخضع للقانون الواجب التطبيق . وعلى ذلك فإن تحديد زمان ومكان العقد هي مسألة تكييف لاحق على أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعلاقات التعاقدية وبالتالي فهي مسألة تتعلق بتفسير القانون واجب التطبيق على العقود الدولية⁽²⁴⁴⁾.

كما تخرج عيوب الإرادة من مضمون الفكرة المسندة⁽²⁴⁵⁾، فهناك من أخضعها للقانون الشخصي لكل من المتعاقدين، لأن أحكامها تهدف إلى حماية الشخص في إرادته، وهذا الموقف أخذت به محكمة النقض الفرنسية والذي وجد تأييدا واسعا من قبل الفقه⁽²⁴⁶⁾. لكن هذا الإتجاه منتقد لأن التراضي ليس من نظام الأشخاص ومن ثمة لا يدخل ضمن مسائل الحالة والأهلية وإنما هو كوسيلة لاقتران الإرادة بغيرها لإنشاء التصرف القانوني ، فليس من المعقول أن يتم فصل التراضي عن صحته واخضاع كل منهما لقانون ، بل يتعين خضوعهما لقانون واحد وهو قانون العقد⁽²⁴⁷⁾.

وهناك اتجاه آخر يرى بضرورة إخضاع عيوب الإرادة لقانون محل إبرام العقد، لأن تطبيق قانون العقد يفترض أن العقد قد أنشأ صحيحا وهو ما لا يتحقق إذا ما كانت الإرادة معيبة ، وكذلك استبعاد قانون مكان التنفيذ لأن العقد لم ينشأ بعد حتى يتم تنفيذه في دولة معينة ، فيجب إخضاع صحة التراضي لقانون مكان إبرام العقد⁽²⁴⁸⁾ . وهذا على خلاف ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol الذي يرى أن عيوب الإرادة تخضع لقانون الذي تم فيه تركيز العقد وهذا وفقا لنظريته في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .

244 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 441 - 442.

245 - تتمثل عيوب الإرادة في التشريع الجزائري في كل من: الغلط (م 81)، التدليس (م 86)، الإكراه (م 88)، والاستغلال (م 90).

246 - علاء الدين محمد ذيب عبابنه ، مرجع سابق ، ص 262 .

247 - أخضع معهد القانون الدولي وجود و صحة الرضا لقانون العقد وهذا في نص المادة 1/4 والتي تنص:
« *L'existence et validité du consentement des parties quand le choix de la loi applicable sont déterminées conformément à la loi désignés par les parties* ».

- Institut de droit international, session de Bâle 1991 , op.cit. راجع :

248 - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 472 .

أما فيما يخص الغبن والذي يختلف عن الاستغلال ومعياره -الاستغلال- شخصي والغبن معياره موضوعي، فالاستغلال هو عيب في الشخص أما الغبن فهو عيب في العقد يقاس بمعيار موضوعي ومن ثم يخضع لقانون العقد، وعلى هذا الأساس يرى الأستاذ علي علي سليمان أن الاستغلال هو صورة من الغبن وعيب في الرضا يعتبر عيباً في الشخص، أما الغبن فهو غبن في العقد ويقاس بمعيار موضوعي لذلك فهو يخضع لقانون العقد⁽²⁴⁹⁾، فالتوازن أداءات المتعاقدين هو من صميم الإطار التعاقدى الخاضع لسلطان قانون العقد⁽²⁵⁰⁾.

ثانياً: المحل والسبب

يتولى القانون واجب التطبيق على العقد بيان إن كان المحل موجوداً عند التعاقد أو يمكن أن يوجد مستقبلاً، كما يبين هذا القانون شروط تعيين المحل عند إبرام العقد أو أن يكون قابلاً للتعيين. كما يبين كذلك مدى مشروعية المحل بمعنى أن يكون مما يجوز التعامل فيه.

بالمقابل هناك من يرى أن المحل لا يخضع لقانون العقد وإنما تزاممه قوانين أخرى من حيث التطبيق، فإذا كان محل العقد وارداً على مال أو عمل، فيخضع في هذه الحالة إلى قانون العقد إذا كان هذا المال منقولاً، ويخضع إلى قانون الموقع لو كان هذا المال يوصف بأنه عقار. إذا كان محل العقد هو عمل فإنه يخضع لقانون مكان التنفيذ حسب الاتجاه الراجح في الفقه.

هناك اتجاه آخر يرى أن محل العقد يخضع لقانون مكان إبرام العقد استناداً إلى الحجة القديمة التي جاء بها هذا الفقه التي تميز بين إبرام العقد والآثار المترتبة عن العقد، فإذا كانت آثار العقد تخضع لقانون العقد فإن محل العقد الذي يدخل ضمن شروط تكوين العقد لذلك يخضع لقانون مكان إبرام العقد. لكن هذا الاتجاه الفقهي أصبح مهجوراً من قبل الفقه الحديث الذي رفض الفصل بين تكوين العقد والآثار

249 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 120.

250 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1124.

المرتبة عنه، فالعقد - حسب هذا الاتجاه - يخضع ككل لقانون العقد حسب الأصل (251).

بالنسبة للسبب، هناك من يرى أنه يخضع لقانون القاضي لأنه يدخل ضمن فكرة انعقاد العقد، فيجب الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا ما كان السبب مشروعاً أو غير مشروع. لكن الاتجاه الفقهي الراجع يخضع السبب لقانون العقد مع إبداء بعض التحفظات تتعلق بحماية النظام العام في قانون القاضي، في هذا السياق، يتولى قانون العقد تحديد سبب العقد وسبب الإلتزام وشروطه ومشروعيته (252).

ثالثاً: الجزاء المترتب من تخلف أركان العقد و شروط صحته

إذا تخلفت أحد أركان العقد يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وأما قابلية العقد للبطلان فيكون العقد قائماً ولكنه معيباً نتيجة توفر حالة من حالات عيوب الرضا. وكل هذه الجزاءات المقررة للحالتين السابقتين تدخل - حسب الأصل - ضمن الفكرة المسندة ، باستثناء البطلان الناتج عن عدم توفر الأهلية أو أنها موجودة ولكنها معيبة فكل هذا يخضع حسب الأصل لقانون جنسية الشخص. ما عدا هذه الحالة، يتولى قانون العقد إظهار الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً، ويبين نوع البطلان إذا ما كان نسبياً أو مطلقاً ومن له الحق بالتمسك به ويبين كذلك مواعيد تقادم الدعوى وكذا الآثار المترتبة من البطلان.

بالنسبة لآثار بطلان العقد، فإذا كان من المقرر أن العقد الباطل لا ينتج أي آثار قانونية ، فالإلتزامات الناشئة عن تقرير البطلان كالإلتزام بالتعويض عن الضرر والإلتزام بالرد يدخل ضمن فكرة الوقائع القانونية ومن ثم يخضع لقانون حدوث هذا

251- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 249 .

252 - علاء الدين محمد ذيب عابنه ، مرجع سابق ، 266.

- يبطل القانون المدني العقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب وفقاً للمادة 97 منه.

الفعل ، بمعنى هو القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية (253). كما يخرج من نطاق قانون الإرادة مسألة تحول العقد ، فهي تخضع لقانون القاضي باعتبارها تتعلق بالتكييف ، و تخضع في ذات الوقت لقانون الإرادة الخاص بالعقد الجديد الناشئ عن العقد الباطل (254) .

الفرع الثاني

أثار العقد

تدخل أثار العقد - بصفة عامة - في مضمون الفكرة المسندة، وتظهر هذه الآثار في تعيين الأشخاص الذين يشملهم هذا العقد مع تحديد حقوقهم وواجباتهم (أولاً)، كما يرجع إلى هذا القانون لتفسير العقد وتحديد وسائل هذا التفسير مع تحديد نطاقه (ثانياً).

أولاً: أثار العقد بالنسبة للأشخاص

تخضع الآثار التي تترتب من العقد الدولي لقانون الإرادة أو لذلك القانون الذي عينته ضوابط الإسناد الإحتياطية حالة عدم وجود الإرادة، فيتولى هذا القانون إظهار أثار العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للخلف العام (255) . يبين قانون العقد مدى إلزامية العقد وكذا مختلف الأسباب التي تؤدي إلى نقضه وكما يبين كذلك من هم الخلف العام (256)، فيتولى هذا القانون تحديد من لهم حق الإستفادة من هذا العقد ومن يلتزم بهذا العقد سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير ، وكما يحدد كذلك مدى

253- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، مرجع سابق، ص 251 . وهذه الحالة نصت عليها المادة 1/20 من القانون المدني والتي تنص: "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام".

254 - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1130.

255 - تنص المادة 108 من القانون المدني على أن: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل كذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

256 - الخلف العام هو كالوارث أو الموصى له، فينصرف أثر العقد إليهما. راجع بشأن هذه التفاصيل: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 86.

انصراف آثار العقد سواء للخلف العام وللخلف الخاص أو إلى المستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير⁽²⁵⁷⁾ ، لكن مع مراعاة ما يمكن أن يدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث أو قانون موقع المال⁽²⁵⁸⁾.

ثار خلاف فقهي حول القانون واجب التطبيق على النيابة، فبالنسبة للنيابة الإتفاقية هناك من يرى بتطبيق القانون الذي تحدده إرادة الأصيل من حيث انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطة نائب ، ويذهب اتجاه آخر إلى القول بتطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب مع الغير على أساس أن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وأثاره مما يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى العلاقة النيابة .

ثانياً: آثار العقد بالنسبة للموضوع

إذا توفرت كل الشروط الضرورية لتكوين العقد وفقاً للقوانين الواجبة التطبيق السالفة الذكر، يكون العقد صحيحاً من ثم يكون ملزماً بين طرفيه، فيلتزم كل منهما بتنفيذه لتحقيق الهدف من إبرامه ويكون ذلك وفقاً للكيفية المنقحة عليها وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

في إطار تحديد النطاق الموضوعي للقوة الملزمة للعقد تثار بعض المسائل القانونية من حيث القانون الواجب التطبيق عليها، فإذا كان الأصل أن هذه الآثار تخضع لقانون العقد⁽²⁵⁹⁾.

يخضع مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لقانون العقد ويحكم كذلك حالات نقض وتعديل المضمون التعاقدية وبين مضمون حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، كما يشمل كذلك فكرة الظروف الطارئة و شروط تطبيقها والجزاء المترتب

257- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، مرجع سابق، ص 252 .

258 - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، 475 .

تنص المادة 16 / 1 من القانون المدني على أن: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ."

259 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 446.

على تحققها وإظهار سلطة القاضي في هذا الشأن ومدى تعلق تلك السلطة بالنظام العام⁽²⁶⁰⁾.

تخضع المسؤولية العقدية المترتبة من عدم تنفيذ العقد لقانون العقد وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار الذي يسري على المسؤولية التقصيرية ، فليس الخطأ في حد ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية . كما يبين قانون العقد عناصر المسؤولية العقدية وأسباب استبعادها وكذلك مدى صحة شروط عدم المسؤولية .

فيما يخص تنفيذ العقد، هناك من يرى أن التنفيذ يخضع للقانون المتفق عليه ، إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك ، فطرق التنفيذ ووسائل تحقيقها مرتبطة بقانون مكان مباشرة التنفيذ عند إجرائه وهذا استنادا إلى مجموعة من الاعتبارات أهمها تلك التي تتعلق بحماية القواعد الآمرة في قانون دولة التنفيذ، كذلك المتعلقة بإجراءات التنفيذ أو تلك التي تتعلق بالمواعيد والتي هي من النظام العام⁽²⁶¹⁾ . فيما يخص التنفيذ الجبري يخضع لقانون القاضي باعتباره من وسائل الإجراءات .

260 - راجع في هذا الشأن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1131.

261 - هذا الإتجاه أخذ به الأستاذ زروتي الطيب . راجع رسالته: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 261-262.

الفرع الثالث

انقضاء العقد

قد يكون سبب انقضاء الإلتزام راجعا إلى تنفيذ كلا الطرفين لالتزاماتهما ونكون أمام حالة انقضاء العادي للعقد، وكما ينقضي بكيفية غير طبيعية ونكون أمام حالة الانقضاء غير العادي للعقد، ونحن سنبين القانون المختص بشأن هذه الحالات.

يبين قانون العقد أسباب انقضاء الإلتزام بصفة عامة (262). يحكم قانون العقد أسباب انقضاء الإلتزام فهو الذي يحكم الوفاء والتنفيذ الإختياري وشروط صحته ويبين من يصح له الوفاء ومن لا يصح له الوفاء وهو الذي يبين على أي شيء يقع عليه الوفاء وزمانه ومكانه.

أما المقاصة فيتعين التفرقة في شأنها بين المقاصة الإتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية.

فالمقاصة الإتفاقية تعتبر كعقد مستقل وتخضع للقانون الخاص به دون اعتبار للقانون الذي يحكم الدينين اللذان من خلالهما تمت المقاصة. والمقاصة القضائية تخضع لقانون القاضي باعتبارها تتصل بسلطة المحكمة في سد النقص في الشروط اللازمة لقيام المقاصة، أما بالنسبة للمقاصة القانونية تكون وفقا لأمرين: فإذا كان الدينان يخضعان لقانون واحد، تخضع هذه المقاصة لهذا القانون.

تثور الصعوبة إذا كان الدينان يخضعان لقانونين مختلفين، فهناك من يقول أن هذه المقاصة تخضع لقانون القاضي لأنها تدخل ضمن مسألة الإجراءات ، والإتجاه الآخر يقول بتطبيق قانون الدين الذي يدفع بانقضائه بالمقاصة ، والإتجاه الثالث يقول بتطبيق قانون الدين نشأ أخيرا كونه السبب المنشئ للمقاصة (263). كما يخضع

262- محمد كمال فهمي ، مرجع سابق ، ص 592 .

263- نفس المرجع ، ص592.

فسخ العقد والدفع بعدم التنفيذ لقانون العقد ، كما يسري على انفساخ العقد لاستحالة التنفيذ قانون العقد (264).

يتبين من خلال ما سبق أن قانون العقد يهيمن على مختلف جوانب العلاقة العقدية باستثناء بعض الحالات التي تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون والتي لا تؤثر في مجال تطبيق قانون الإرادة .

المطلب الثاني

نطاق تطبيق قانون العقد من حيث الشكل

تخضع شكل التصرفات لقانون مكان إبرامه وفقا لقاعدة Locus régit actum وبعد ذلك أصبحت هذه القاعدة إختيارية تمكن أطراف العلاقة العقدية من إخضاع شكل تصرفاتهم لقوانين أخرى (الفرع الأول). و لتحديد ما يدخل ضمن شكل التصرفات يتعين علينا إظهار مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية لتكون محل الفكرة المسندة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطابع الإختياري لقاعدة خضوع شكل

التصرف لقانون مكان إبرامه

أهم ما يميز قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون مكان إبرامه أنها إختيارية وإن كان في بداية الأمر لها طابع إلزامي خاصة لدى فقه المتشدد للإقليمية الذي أدرج هذه القاعدة ضمن الأحوال العينية ومن ثمة يخضعها للقانون الإقليمي الذي يطبق بدوره على موضوع التصرف ، وهذا الإسناد الأمر يجبر الأطراف بإخضاع شكل تصرفاتهم وفقا لهذا القانون .

264 - علاء الدين محمد ذيب عبانه ، مرجع سابق ، ص 273 .

أخضع فقه الأحوال منذ ظهور نظرية تنازع القوانين التصرف في مجموعه لقانون مكان الإبرام ، ومع التطورات التي عرفها لاحقا بدأ موضوع العقد يخضع لقانون الإرادة ولو كان هذا في إطار نظري وبقاء شكل التصرف يخضع لقانون مكان الإبرام . كما أخذ جانب من الفقه الحديث بهذه القاعدة وطبقها على شكل التصرفات بكيفية آمنة مستثنين في ذلك إلى اعتبارات قوامها التيسير على المتعاقدين والطمأنينة ، فمن السهل على الأطراف معرفة أحكام هذا القانون لتجري تصرفاتهم وفقا للأشكال المقررة في هذا القانون كون قواعده تتعلق بالأمن المدني وهذا ما جعل هذه القاعدة آمنة ذات طابع إلزامي (265) .

الطابع الإلزامي لهذه القاعدة يعني في حقيقة الأمر هدم الأساس الذي يقوم على تيسير المعاملات على المتعاقدين، فليس بالضرورة أن يكون قانون مكان إبرام العقد هو الوحيد الذي يعرف الأطراف أحكامه ، فيمكن أن يكون هذا القانون الأخير له علاقة عرضية مع الأطراف كحالة التقاءهم بمحض الصدفة في إقليم دولة وأبرموا فيها تصرفا قانونيا دون أن يتمكنوا من معرفة أحكام هذا القانون ، فالتيسير يكمن في حالة تجاوز الإسناد الإجباري لقانون مكان إبرام التصرف و التسوية في الإختيار بين عدة قوانين فيمكن أن يكون شكل التصرف صحيحا وفقا لقانون مكان إبرامه أو وفقا للقوانين الأخرى والتي سنبينها لاحقا .

سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن أكدت على الطابع الاختياري لقاعدة المحل يحكم شكل التصرف في أحد أحكامها الصادرة سنة 1909 عندما أقرت صحة الوصية التي تمت في فرنسا وفقا للشكل المقرر في القانون البريطاني باعتباره كقانون جنسية الموصى ولذلك لتيسير على المتعاقدين من إجراء تصرفاتهم القانونية (266)، كما صدرت حكما آخر سنة 1963 يقضي بإمكانية إخضاع شكل التصرف للقانون الواجب التطبيق وقالت في هذا الشأن :

265 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 382.

266 - MAYER Pierre, Droit international privé , op.cit, P 492.

« *La règle Locus régit actum ne s'opposent pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en la forme prévue par une loi étrangère qui les régit au fond, ... la cour d'appel a pu décider qu'il avait été loisible aux parties de donner aux cession de droit d'auteur litigieuse, soumises par elle quant au fond à la législations fédérale des Etats- Unis, la forme de l'assignements of copyright admise par cette législation* »⁽²⁶⁷⁾.

أخذت التشريعات الوطنية بالطابع الاختياري لقاعدة Locus régit actum من خلالها يمكن إخضاع شكل التصرف لأحد القوانين التي جاءت بها هذه القاعدة ليكون التصرف صحيحا وفقا لهذا القانون. وهذا الإتجاه أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون المدني حيث وسع من خلالها نطاق القوانين التي يمكن إختيارها من قبل الأطراف مقارنة مع نفس المادة قبل تعديلها حيث كان الإختيار ينحصر بين قانون الموقع وقانون الموطن المشترك⁽²⁶⁸⁾، ليضاف إليها قانون الجنسية المشتركة وكذا القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية لتكون في المجموع ثلاثة قوانين تضاف إلى أصل القاعدة وهي إخضاع شكل التصرف لقانون مكان إبرام التصرف .

من خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد ساير مختلف الإتجاهات المؤكدة للطابع الإختياري لقاعدة اخضاع شكل التصرف لقانون مكان ابرامه ، فيمكن للأطراف إفراغ شكل تصرفاتهم القانونية - بما فيها العقود الدولية - وفقا لأحد الأشكال المقررة في قانون مكان إبرام التصرف أو في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد. الهدف من هذا التعدد هو التيسير على المتعاقدين لإجراء تصرفاتهم وفقا لأحد الأشكال المقررة في القانون الذي يعرفون أحكامه جيدا وهذا ما يتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الدولية التي تتطلب المرونة والسرعة وهذا ما يجسده تعدد القوانين الواجبة التطبيق على شكل التصرف .

267- FERRY Claude, La validité des contrats en droit international privé, L.G.D.J, Paris, 1989, p32.

268 - المادة 19 من القانون المدني.

وليس بعيدا عن ما ذهبت إليه اتفاقية روما سابقا التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، فقد أخذت بالطابع الإختياري لقاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون مكان إبرامه ويظهر ذلك بصفة جلية فيما نصت عليه المادة التاسعة من الإتفاقية والتي سمحت للأطراف بإجراء شكل تصرفاتهم إما وفقا للشكل المطلوب في قانون مكان إبرام التصرف أو وفقا للشكل المطلوب في القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية (269) ، بعد استبدال هذه الإتفاقية سنة 2008 حافظت هذ الأخيرة على الطابع الإختياري لهذه القاعدة وذلك في نص المادة 11 منها وتسري أحكامها على شكل التصرفات التي يبرمها المتعاقدون بأنفسهم أو عن طريق من ينوب عنهم ، ويكون العقد صحيحا وفقا لأحد الأشكال المقررة في القانون واجب التطبيق على موضوع العقد أو قانون مكان إبرام العقد ، هذا إذا ما كان الأطراف أو ينوب عنهم متواجدين في دولة عند إبرام العقد (270).

أما إذا كان الأطراف أو من ينوب عنهم متواجدين في دول مختلفة ،فيكون العقد صحيحا و فقا للشكل المقرر في قانون واجب التطبيق على النزاع ، أو وفقا لقانون مكان وجود أحد المتعاقدين أو من يمثلهم عند إبرام العقد أو قانون إقامة أحد المتعاقدين عند إبرام العقد (271).

يظهر من كل ما سبق أن التشريعات الوضعية راعت قدر من الإعتبارات التي تُيسر على المتعاقدين في المعاملات الدولية للتقليل من الحالات المؤدية إلى إبطال هذه

269 - DERRUPPE Jean, op.cit, P109.

270 - تنص المادة 1/11 من إتفاقية روما I لسنة 2008 على ما يلي:

« Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu ».

271 - تنص الفقرة الثانية من المادة 11 من الإتفاقية على ما يلي:

« Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là ».

تصرفات وذلك عندما مكنتهم من إخضاع هذه الأخيرة إلى قوانين متعددة حسب ما سبقت الإشارة إليها للتوسيع من نطاق صحة التصرفات وهي الغاية المجسدة في طبيعة قاعدة الإسناد التي تعرف بقاعدة الإسناد ذات الغاية المادية كونها تمكن من إختيار أكثر من قانون واجب التطبيق ليكون التصرف صحيحا لأحد هذه القوانين ولو كانت باطلا في القوانين الأخرى.

الفرع الثاني

المقصود بشكل التصرفات القانونية

ميزت التشريعات الوطنية بين شكل التصرف وبين موضوع التصرف من حيث القانون الواجب التطبيق، فكل تصرف قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق عليه. سبقت الإشارة أن بينا نطاق تطبيق قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب على موضوع التصرف ، فإن فالتساؤل يطرح كذلك فيما يخص تحديد نطاق تطبيق قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على شكل هذه التصرفات ، لأن الأشكال التي تتخذها التصرفات القانونية ليست في نفس المفهوم ، فهناك أشكال تستلزم لوجود التصرف الإرادي أو لغرض إثباته ، وهناك أشكال ضرورية لإعلان التصرف وشهره حتى يمكن الاحتجاج به لدى الغير ، والأشكال الأخرى ضرورية لصحة صدور التصرف الإرادي من ناقصي الأهلية أو من ينوب عنه . وهناك أشكال أخرى تخص كيفية سير الدعوى أمام الهيئات القضائية .

يتعين في بداية الأمر استبعاد بعض المسائل التي يخرج من نطاق قانون الارادة كما هو الشأن بالنسبة لإجراءات التقاضي التي تخضع لقانون القاضي كونها تهدف لضمان حسن سير مرفق العدالة ؛ فتولت التشريعات الوطنية - بما فيه التشريع الجزائري - بوضع قواعد إجرائية لخدمة العدالة في حالة النزاعات المطروحة أمام قضائها ، فيلتزم بها الخصوم ويحترمها القضاء ، وهو في هذا السبيل قد تمت مراعاة التسوية بين جميع المواطنين أي كانت طبيعة نزاعاتهم أو نوعها ، فلا يمكن لأي طرف أن يملي إجراءات غير تلك المقررة في التشريع ، ولا يملك الخصوم اتفاقا فيما

بينهم على موالاة إجراءات أخرى مغايرة لتلك التي وضعها المشرع ، ولا يملك هؤلاء الإتفاق مقدما على النزول عن التمسك بأوجه البطلان المقررة في التشريع ولو لم تتعلق بالنظام العام .

فالقضاء هو وظيفة تباشرها الدولة وفقا لقواعد المرافعات المقررة في قانونها والتي هي كقواعد إقليمية تسري على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أجنبي (272) .

كما يستبعد من مفهوم شكل التصرف طرق الإعلان والشهر كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية (كحق الملكية) أو تعلق هذا الشهر بتنفيذ حق لمواجهة الغير كما هو الشأن في المسائل المتعلقة بالحقوق العينية التبعية كحق الإرتفاق . فكل هذه المسائل تخضع لقانون موقع المال (273) . فهذا الخضوع لا يقوم على اعتبار عملي يحقق مصلحة المتعاقدين، وإنما على اعتبار يتمثل في تحقيق المصلحة العامة هي سلامة المعاملات والذي يدخل في نطاق الأمن المدني. وهذا التطبيق الإقليمي لقانون موقع العقار أخذت اتفاقية روما لسنة 2008 في نص المادة 5/11 عندما أخضعت شكل العقود الواردة على العقار وتخص الحقوق العينية الواردة عليه وكذا حق الإستعمال للقواعد الآمرة التي يوجد فيه العقار (274) .

يستبعد كذلك من نطاق شكل التصرف ما يدخل ضمن الأشكال المتممة للأهلية ، فهي أوضاع يفرضها القانون على غير كامل الأهلية أو على من يمثلهم قانونا لكي تكون تصرفاتهم سليمة ، فالأمر لا يتعلق في هذه الحالة بفكرة الشكل بالمعنى الفني ،

272 - أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة النشر ، ص 80-81 .

- في هذا الإطار تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني على أن : يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات ، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات .

273 - عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين ، دار الثقافة ، عمان ، 2010 ، ص 143 .

274 - تنص المادة 4/11 من إتفاقية روما على أن :

« Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 4, tout contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règle de forme de la du pays ou l'immeuble situé, pour autant que, selon cette loi.... » .

وإنما يتصل بإجراءات وتدابير القصد منها حماية الشخص غير كامل الأهلية ، فيتعين في هذه الحالة تطبيق قانون دولة الشخص الذي يتوجب حمايته ، لكن هذا القانون ينازعه قانون القاضي لاتخاذ مثل هذه التدابير (275) .

إذا ما استثنينا الحالات السابقة من نطاق أعمال القاعدة التي تبين القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف، تبقى المسائل الأخرى محل خلاف فقهي كما هو الشأن مثلا للأشكال الضرورية لانعقاد العقد، فإذا كان الأصل أن العقود رضائية ولكن القانون يشترط شكلا معيناً يفرغ فيه التصرف الإرادي ، فهذه الحالة حسب بعض الفقه يعتبرها كشرط داخلي وجوهري والهدف منه هو تبصير المتعاقدين بأهمية التصرف المراد إبرامه ومن ثم فهو يخضع للقانون الواجب التطبيق على الموضوع ، فالقانون الذي يحكم موضوع عقد الهبة مثلا ، يستلزم أن يتم في شكل رسمي ، فإذا تم إبرام الهبة في بلد لا يستلزم الرسمية ، فتكون الهبة في هذه الحالة باطلة .

يتولى القانون الذي يحكم شكل العقد إظهار مختلف الأوضاع التي تراعى في تحريره ويبين كذلك مدى إلزامية الدليل الكتابي في الإثبات من عدمه ، فيبين قانون مكان إبرام التصرف وقانون الموطن أو القانون الشخصي للمتعاقدين أو قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، مدى إلزامية الدليل الكتابي وقوته وثبوت تاريخه .

275 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1165 - 1166.
- في هذا الإطار تنص المادة 15 من القانون المدني على أن: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة ، إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودون في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير ، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر " .

المطلب الثالث

نطاق تطبيق قانون العقد من حيث أنواع العقود

يقتصر إعمال قانون الإرادة على العقود المالية ذات الطبيعة الدولية دون العقود الدولية الأخرى كما هو الشأن مثلا لعقود الأحوال الشخصية التي تخضع لقانون الجنسية أو قانون الموطن. أكثر من ذلك، حتى بالنسبة لبعض العقود التي تندرج ضمن العقود المالية الدولية أخرجها المشرع من نطاق إعمال قانون الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للعقارات التي تخضع لقانون الموقع (الفرع الأول). كما تخرج عقود العمل والعقود التي تبرم من قبل المستهلك من إعمال قانون الإرادة نتيجة لمجموعة من الإعتبارات التي تهدف في مجموعها لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استثناء العقود الواردة على العقار

من قانون الإرادة

بعدما أن بينت المادة 1/18 (ق.م.ج) القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وهو قانون الإرادة حسب الأصل، جاءت الفقرة الأخيرة من نفس المادة باستثناء لتبين القانون الواجب التطبيق على العقار والتي تنص على أن: " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه ". بهذا الاستثناء يكون المشرع ركز مختلف الالتزامات الشخصية بين الأطراف في المعاملات الواردة على عقار في قانون موقع العقار. كما يستأثر قانون الموقع كذلك بما يرد على هذا العقار من حقوق، كتلك المنشئة لحق عيني أو نقله أو إنقضائه وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 2/17 من القانون المدني والتي تنص على أن: " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار...".

يتبين من النصوص السابقة أن المشرع أخرج عن قصد العقود المتعلقة بال عقار من قانون الإرادة ، سواء كانت تلك التي تنشأ التزامات متعلقة بعقار وفقا للاستثناء الوارد في المادة 18 (ق.م.ج) فقرة أخيرة وكذا العقود التي تنشأ التزامات بنقل حق عيني من نطاق قانون الإرادة (المادة 2/17 من ق.م.ج)، وليس هذا راجع إلى كون هذه العقود تخرج من نطاق العقود المالية كما هو الشأن مثلا بالنسبة لعقود الزواج التي كرس فيها المشرع قواعد خاصة لحكم هذه المسائل دون الإعتداد بدور الإرادة في هذا الشأن ، وإنما قدر أهمية المحل الذي ترد عليه هذه العقود ومن ثمة أخضعها لقانون الموقع تماشيا مع مختلف التطورات الفقهية والقضائية والتشريعية التي أخضعت مثل هذه العقود لقانون مكان تواجد العقار استنادا إلى أسس سياسية وقانونية واقتصادية تبرر في مجموعها تركيز العقود التي تترتب بشأن العقار في قانون مكان تواجده⁽²⁷⁶⁾.

من بين هذه الأسس، نجد الأموال العقارية هي جزء من إقليم الدولة ، وهذا الأخير يعتبر ركنا من أركان الدولة الخاضعة لسيادتها ومن مظاهرها هو تطبيق

276 - إخضاع المال لقانون مكان تواجده هي قاعدة جد قديمة لدى فقه قانون الدولي الخاص، فقد سبق لفته المدرسة الإيطالية القديمة وأن قال بشأن منازعة تتمثل في أحقية شخص أجنبي بالبناء على عقار يملكه أن ما يحكم الحق الوارد على شيء يخضع لقانون موقع هذا الشيء . كما قال هذا الفقه كذلك أن ميراث العقار يخضع لقانون موقع هذه العقارات.

وجد هذا الاتجاه تأييدا واسعا لدى فقه المدرسة الفرنسية القديمة في القرن السادس عشر كونه - حسب هذه المدرسة - يتماشى مع مبدأ إقليمية القوانين الذي جاء به الفقيه دارجنتره ، الذي يطبق القانون تطبيقا إقليميا إذا ما كان يتعلق بالأموال ، فيسري قانون الإقليم على كافة الأموال الكائنة فيه بصرف النظر عن موطن أطراف العلاقة العقدية . كما أطلق فقهاء المدرسة الهولندية قاعدة إقليمية القوانين متأثرين بفقه دارجنتره .

كما أخذ بهذا الموقف الفقيه الإيطالي مانثيني خلال القرن التاسع عشر الذي أخضع الملكية العقارية للقانون الإقليمي و اعتبره من بين الاستثناءات التي ترد على مبدأ شخصية القوانين . نفس الشيء بالنسبة للفقيه سافيني وإن كان بمفهوم يختلف عما ذهب إليه الفقيه مانثيني والذي يتمثل في فكرة تركيز المكاني للعلاقة القانونية مبررا ذلك بالخضوع الإختياري لقانون الموقع .

بعد التطور الحاصل في فقه قانون الدولي الخاص استقرت هذه القاعدة في التشريعات الوطنية فأصبح العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقعه سواء كان العقد مولدا للالتزام بنقل حق عيني أو اقتصر على ترتيب حقوق شخصية.

القانون الوطني دون أن يزاحمه أي قانون أجنبي من حيث التطبيق وذلك بعد إقرار الإختصاص للمحاكم الوطنية .

كما يؤدي تطبيق قانون الموقع إلى حسن سير المعاملات في هذا الجانب كونه يبعث الثقة و الإطمئنان لدى الأفراد، فَيُمْكِن قانون الموقع من الإطلاع على كل التصرفات التي ترد بشأن العقار من بيع و رهن. إلخ.

عند الرجوع إلى مختلف القوانين المقارنة تبين أنها استتنت العقود الواردة على العقار من القاعدة العامة التي تخضع العقد لقانون الإرادة وإخضاعها لقانون الموقع⁽²⁷⁷⁾، فقد أخضعت القوانين العربية العقود التي تنشأ حقوق شخصية لقانون الموقع متأثرة بما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 2/19 من القانون المدني المصري والذي تأثر هو الآخر بما ذهب إليه المشرع البولوني لسنة 1926 الذي ألغي بالقانون الصادر سنة 1965⁽²⁷⁸⁾.

يهيمن قانون موقع العقار على كل جوانب العقد سواء كانت مرتبة لحقوق عينية أو لحقوق شخصية، فلو كان المشرع يريد إخراج العقود المولدة للحقوق الشخصية من نطاق قانون الموقع لنص صراحة على هذه الحالة بما أن نص المادة 18 فقرة أخيرة (ق.م.ج) والمادة 2/19 من القانون المدني المصري جاءت بصياغة عامة يكون مجال تطبيقها على كل العقود بدون استثناء. فهناك من يوسع من نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة 18 إلى أقصى الحدود، فيرى في صياغتها الآمرة أنها قاعدة إسناد مطلقة تتناول كل العقود والحقوق الواردة على العقار دون استثناء⁽²⁷⁹⁾ .

277 - بشأن القوانين التي أخضعت العقود المنشأة لإلتزامات شخصية على العقار راجع : عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مرجع سابق ، ص 983 .

278 - تنص المادة 2/19 من القانون المدني المصري على أن: "قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار "

279 - زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، مرجع سابق، ص 302.

يبين الأستاذ أحمد عبد كريم سلامة درجة خضوع العقد الوارد على عقار لقانون موقعه بقوله : " أن قانون الموقع مهيم على معظم جوانب النظام القانوني للأموال العقارية ، فقوة الجذب التي يمارسها ذلك القانون لا تقاوم ، وهذا ليس فقط فيما يخص المسائل العينية في نظام الأموال العقارية ، بل تجاوزتها إلى المسائل والإلتزامات الشخصية بين الأطراف في المعاملات الواردة على العقار " (280).

الفرع الثاني

استثناء العقود التي يبرمها الطرف

الضعيف من قانون الإرادة

من بين العقود الدولية التي تبرم وتكون فيها مراكز الأطراف غير متساوية نجد على سبيل المثال العقود التي يبرمها العامل (أولاً) وتلك التي يبرمها المستهلك (ثانياً).

أولاً: العقود التي يبرمها العامل

تضاربت الآراء الفقهية بشأن القانون واجب التطبيق على عقد العمل الدولي وذلك بالنظر إلى طبيعة هذا العقد الذي يبرم بين أطراف غير متكافئة من حيث المراكز الإقتصادية مما يقتضي تدخل التشريعات بقواعد أمرّة تكفل حماية خاصة للطرف الضعيف في هذه العلاقة وهو العامل. فذهب الاتجاه الفقهي الأول إلى اعتبار عقد العمل من العقود القانون الخاص يخضع لقاعدة التنازع في الإلتزامات التعاقدية التي تسمح باختيار القانون المختص ، وفي حالة عدم وجود الإختيار - عدم وجود الإرادة- يتولى القاضي تطبيق قانون الإرادة المفترضة مرجحاً في ذلك قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون مكان إبرام القعد أو قانون مركز وجود المنشأة.

يرى الفقه السابق أن فكرة النظام العام كفيلة لتحقيق الحماية للعامل في الحالات التي يتم فيها تطبيق القانون الأجنبي وذلك من خلال استبعاده إذا ما كان يمس الأسس الجوهرية في دولته بما فيها القواعد ذات الطابع الأمر التي تُقرُّ حماية للعامل وذلك عن

280- نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 982.

طريق استبعاده وتطبيق القانون الوطني في محله وذلك على النحو الذي سنبينه في الدراسة اللاحقة (281).

بالمقابل هناك من يرفض - اتجاه فقهي ثاني- إخضاع العقود التي يبرمها العامل لقانون الإرادة لوجود بعض الجوانب في العقد تخرج من قاعدة الإسناد العامة في العقود وهي تلك التي نظمها المشرع تنظيماً آمراً والتي زاد نطاقها بعد تدخل الدولة في تنظيم هذا العقد لضمان حد أدنى من الحماية للعامل والتي لا يمكن أن تكون محل تنازع القوانين بشأنها مما يقتضي الحد من القاعدة العامة في تنازع القوانين بشأن العقود الدولية . في هذا الإطار يرى الفقيه PILLET أنه من غير المنطقي أن تعطى الأولوية للأفراد في اختيار أو استبعاد القواعد التي يصدرها المشرع لحماية المجتمع والتي تعرف بقوانين الحماية الاجتماعية ، بل يترك لهم الحرية في اختيار نوع علاقاتهم (282).

من بين ضوابط الإسناد التي اختلف الفقه بشأنها التي تركز عقد العمل في أحد الأنظمة القانونية دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين ، فهناك من اقترح تركيز هذا العقد في قانون مركز إدارة العمل بإعتباره هو قانون مكان تنفيذ العقد في أغلب الأحوال . هذا الإتجاه منتقد على أساس أن هناك حالات تتولى فيها فروع هذا المركز إبرام عقود العمل في الخارج ومن ثمة تخضع هذه العقود لقانون مكان إبرام العقد ، وهذا المسلك أخذ به مشروع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والذي لم يظهر في القانون المدني (283).

281 - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص 63.

وهذا الإتجاه له تطبيقات في بعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا الخصوص . فقد صدر من محكمة النقض الفرنسية في سنة 1970 حكماً وقالت فيه : " إذا تم الإتفاق بين رب عمل مغربي الجنسية وعامل فرنسي على أن يكون دفع الأجر للعامل في المغرب طبقاً لأحكام التشريع المغربي ، فإنه يجب إحترام هذا الإتفاق ، والوفاء بالأجر وفقاً لهذا التشريع " . نفس المرجع السابق ، ص 64.

282 - المرجع السابق، ص 80.

283 - تنص المادة 44 من هذا المشروع على ما يلي: "...يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المتاجر والمصانع والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم قانون الدولة المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه =

كما ذهب إتيجاه آخر إلى إخضاع عقد العمل إلى قانون مكان إبرام العقد باعتباره هو قانون موطن المتعاقدين ، كما يمكن أن يكون موطن المتعاقدين هو نفسه مكان تنفيذ العقد ليُكوّن في المجموع ثلاثة ضوابط والمتمثلة في كل من ضابط مكان إبرام العقد ، وضابط الموطن وفي الأخير ضابط مكان تنفيذ العقد. كما ذهب جانب آخر من المؤيدين لهذا الضابط إلى القول أن مكان إبرام العقد كثيرا ما يكون قانون مركز إدارة العمل⁽²⁸⁴⁾.

طبقت المحكمة العليا النمساوية قانون مكان إبرام العقد- هو قانون النمسا- عندما يتم إبرام العقد في النمسا بين النمساويين والأجانب ، نفس الاتجاه أخذت به محكمة النقض الإيطالية عندما طبقت قانون مكان إبرام العقد على عقد استخدام أبرم في الخارج بين أحد فروع بنك إيطالي وعامل أجنبي⁽²⁸⁵⁾ .

يميل الإتجاه الغالب في فقه إلى إخضاع علاقات العمل إلى قانون مكان تنفيذ العقد على أساس أن عقد العمل يخضع إلى قواعد أمره يسعى المشرع إلى تطبيقها على كل علاقات العمل التي تتم في إقليم الدولة وهذا بغض النظر عن مكان إبرام العقد وكذا عن مكان الذي يوجد فيه مقر المشروع . أكثر من ذلك ، حتى الفقه السابق الذي يخضع علاقة العمل لقانون غير قانون تنفيذ العقد يأخذ بعين الاعتبار قانون مكان التنفيذ كما هو الشأن بالنسبة للفقه المناصر لقانون الموطن حيث أخذ بعين الاعتبار النصوص الأمرة في قانون مكان تنفيذ العقد حتى لو أدى هذا استبعاد أو تضيق مجال تطبيق قانون الموطن⁽²⁸⁶⁾ .

«عقود فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق ن وتسري القوانين المتقدمة الذكر حتى لو إتفق المتعاقدين على قانون آخر .»

راجع في هذا الشأن : عز الدين عبد الله ، « تنازع القوانين في عقد العمل الفردي » ، المجلة المصرية للقانون

الدولي ، المجلد السابع والعشرون ، الجمعية المصرية للقانون الدولي ، 1971 ، ص 6-7 .

284- نفس المرجع ، ص 9 .

285- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، 92-93 .

286- نفس المرجع ، ص 102 .

هذا مع الإشارة إلى أن الفقه المصري عدّل عن موقفه من قانون مقر المشروع متأثراً بنص المادة 44 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري السابق الذكر إلى قانون مكان التنفيذ إذا ما كان عقد العمل ينفذ في مصر حتى لو كان العقد أبرم في الخارج أو كان مركز العمل خارج مصر كذلك (287).

يبقى قانون مكان تنفيذ عقد العمل الأنسب للقوانين ملائمة لحكم علاقات العمل لحرص التشريعات الوطنية على تنظيم هذه العقود بقواعد آمرة والتي تتدرج ضمن قواعد البوليس والأمن المدني (القواعد ذات التطبيق الضروري) تسعى إلى حماية العمال الذين يمارسون نشاطهم على إقليمها، إذا تم تنفيذ عقد العمل في دولة أجنبية فإن هذه القواعد - قواعد البوليس والأمن - تلزم القاضي الوطني بتطبيقها في الحالات التي تنتمي إلى دولة أجنبية وهو في هذه الحالة هو قانون مكان تنفيذ العقد (288).

الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود العمل ليس ضرورة تقتضيها طبيعة هذه العقود، فالإلغاء الكلي لدور الإرادة وفقاً للإسناد الموضوعي يؤدي إلى نتيجة ربما تتعارض مع الهدف المنتظر من هذا الإسناد الجامد وهو حماية العامل لأن هناك حالات يكون العامل في درجة متساوية مع المستخدم (رب العمل) كما لو كان في درجة عالية من التخصص الفني أو أنه يشغل منصباً ذات درجة كبيرة من الأهمية كما لو كان مدير مشروع أو مستشاراً له أو مهندساً، ففي كل هذه الحالات لا نتصور أن يكون العامل بمثابة الطرف الضعيف بقدر ما هو الطرف القوي في هذه العلاقة. فاستبعاد إرادة التفاوض بشأن القانون واجب التطبيق يؤدي إلى الإضرار بالعامل الذي يحظى باحترام كبير من الشركات المستخدمة التي تسعى لاستقطابه مقابل إمتيازات كبيرة بما فيها إختيار قانون يعطي إمتيازات أكثر لهذا العامل، كما يؤدي إلى

287- عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 453 .

288- تنتمي القواعد البوليس والأمن (القواعد ذات التطبيق الضروري) إلى المنهج المباشر، وهذا الأخير يُمكن هذه القواعد التي تنتمي إلى قانون الأجنبي من التطبيق. فلو عرض مثلاً نزاع على القضاء الجزائري يخص عقد عمل دولي ينفذ في الخارج، فإن القاضي الجزائري يطبق هذه القواعد التي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو العامل.

إضرار بالشركات التي تتنافس مع غيرها من الشركات في استقطاب الفئة الماهرة من العمال مقابل مزايا أبرزها الإتفاق على القانون واجب التطبيق والذي يقدم أكثر مزايا لهذه الفئة العمالية (289).

لهذا يميل الفقه الحديث إلى إخضاع عقود العمل إلى القاعدة العامة في تنازع القوانين بشأن العقود الدولية وهي قانون الإرادة مع استبقاء الإسناد الموضوعي الجامد حالة عدم وجودها والذي يمكن أن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة ؛ فكل هذه القوانين تعتبر قوانين الإرادة المفترضة التي تقوم على قرائن موضوعية تبين ارتباط هذا العقد مع أحد القوانين السابقة (290).

تأثرت إتفاقية روما لسنة 2008 بالإتجاه الرفض لإعمال الإسناد الجامد لعقود العمل الدولية الذي لا يتماشى في بعض الحالات مع هذه العقود التي تقوم على إرادة التفاوض بما فيها تحديد القانون المختص والتي تعتبر من بين الآليات لتطوير المعاملات الدولية التي تتطلب قدرا كبيرا من الإرادة التي تعتبر من ركائز العقود على نحو عام ؛ فقد أخضعت المادة 1/8 من هذه الإتفاقية عقد العمل لقانون الإرادة مع إحاطته ببعض القيود التي ترد على القاعدة العامة لضمان حماية خاصة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية (291)؛ فوفقا لنص المادة الثامنة منها، يتم تطبيق قانون

289- أحمد محمد هوارى ، « النظام العام الحمائي والقانون الدولي الخاص " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص » ، الملتنقى الدولي حول : التحول في فكرة النظام العام ، من النظام العام إلى الأنظمة العامة ، أجريت فعالياته يومي 7 و 8 ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامع عبد الرحمان ميرة ، ص 12-13.

290 - عزالدين عبد الله ، « تنازع القوانين في عقد العمل الفردي » ، مرجع سابق ، ص 14.

291 - بينت إتفاقية روما I لسنة 2008 القانون واجب التطبيق على العلاقات العمل الفردية ومستبعدة من نطاق هذا النص علاقات العمل الجماعية وهذا من ما يظهر من نص المادة 1/8 والتي تنص :

« *Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article* ».

الإرادة الذي تم اختياره من قبل المتعاقدين ولكن هذا دون المساس بالحماية المقررة للعامل في القوانين التي يتم تطبيقها في حالة عدم وجود الإختيار ؛ فيخضع في هذه الحالة إما لقانون الدولة التي يؤدي فيه العامل عمله بطريقة معتادة تنفيذًا للعقد . إذا لم يكن العامل يؤدي عمله بطريقة معتادة في نفس الدولة يخضع العقد في هذه الحالة لقانون الدولة التي يوجد بها المؤسسة التي استخدمت العامل إلا إذا اتضح من مجمل الظروف أن عقد العمل يتصل بروابط أكثر وثوقًا مع دولة أخرى ، ففي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة (292) .

ثانياً: العقود التي يبرمها المستهلك

تندرج العقود التي يبرمها المستهلك من بين العقود التي تختل فيها مراكز أطراف العلاقة العقدية⁽²⁹³⁾ ، فقد يجد المستهلك نفسه يتعاقد مع طرف أقوى منه اقتصادياً يحتكر الخبرة الفنية والقانونية كما هو الشأن بالنسبة للشركات الإنتاج والخدمات العملاقة ، فتحت تأثير الحاجة الإقتصادية وما يليها من وسائل دعائية مبالغ فيها تدفع به إلى التعاقد دون إعطاء له فرصة للتفكير والتريث ، فهي من العقود

292- تنص في هذا الإطار الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة الثامنة على أن :

2-« A défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3- Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embouché le travailleur.

4- S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroite avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de ce autre pays s'applique».

293- بينت المادة السادسة من إتفاقية روما لسنة 2008 أطراف عقود الاستهلاك وذلك عندما عرفت عقد الاستهلاك

على النحو التالي:

« Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci - après « le consommateur ») pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci- après « le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnel ... ».

الهجومية والمباغنة له تؤدي به للتعاقد ويمكن أن تتضمن شروط تعسفية تراعي مصلحة الطرف القوي ؛ ومن كل هذا تظهر الحاجة إلى حمايته (294).

تعد حماية المستهلك في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة بمختلف أجهزتها المعنية لتوفير حماية شاملة تشمل جميع النواحي التي تؤثر في معيشته والأمور المتعلقة بها (295) ، وذلك كأن يتم مساعدته في الحصول على ما يلزمه من سلع وخدمات يتطلبها استقراره المعيشي وحياته في المجتمع ويكون بأسعار مناسبة في كل الأوقات مع منع أية أخطار أو عوامل من شأنها الإضرار بمصالحه أو تؤدي إلى تضليله (296)

فضل بعض الفقه إسناد هذه العقود التي هي في حاجة إلى الحماية إلى الوسط الاجتماعي والقانوني للعائد الضعيف، وهو قانون موطن أو محل إقامة العائد الضعيف باعتبارها أسهل القوانين التي يتمكن المستهلك من معرفتها أكثر وتزوده بالعلم المسبق بمحتواها (297) .

أمام عجز ضوابط الإسناد التي جاءت بها قواعد الإسناد التي تخص العقود الدولية - سواء كانت ضوابط أصلية أو احتياطية - من تحقيق حماية فعالة للمستهلك ، أدى هذا إلى ظهور اتجاهات فقهية وسأيرته بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات

294 - حسان الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 9.

كذلك راجع في هذا الشأن :

- غازي خالد أبو عرابي، « حماية رضا المستهلك دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني ، « علوم الشريعة والقانون ، المجلد 36 العدد 1 ، 2009 ، ص 188 وما يليها .

295- تولى المشرع الجزائري حماية المستهلك من خلال: قانون رقم 09 - 03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

296- طارق الخير، « حماية المستهلك ودورها في رفع مستوى الوعي الاستهلاكي لدى المواطن السوري » ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 17 العدد الأول ، 2001، ص 92-93.

297 - أحمد محمد الهواري ، حماية العائد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995، ص 154 - 155.

الدولية إلى تبني قاعدة إسناد خاصة بالمستهلك تركز هذه العقود في الوسط الاجتماعي والإقتصادي الذي ينتمي إليه والمتمثل في قانون مكان إقامته باعتبار ضابط الجنسية لا ليس له ثقل في المعاملات المالية وإنما له ثقل بالنسبة للأحوال الشخصية⁽²⁹⁸⁾.

دفعت هذه الاعتبارات ببعض التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية إلى الأخذ بهذا الإسناد كما هو الشأن بالنسبة للقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر سنة 1978 (المادة 1/41) والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 (المادة 1/29)، والقانون الدولي الإنجليزي الموحد للعقود لسنة 1977⁽²⁹⁹⁾.

كما أخذت إتفاقية روما لسنة 1980 سابقا بإسناد العقود التي يبرمها المستهلك إلى قانون الوسط الاجتماعي والقانوني للمستهلك وهذا في نص المادة 2/5 والتي تنص على أنه لا يمكن أن يؤدي إختيار قانون العقد في مثل هذه العقود إلى الإخلال بالقواعد الأمرة المقررة لمصلحة المستهلك في قانون دولة محل إقامته⁽³⁰⁰⁾.

يعني هذا النص أن إمكانية إختيار قانون واجب التطبيق على عقد الإستهلاك أمرا قائما تماشيا مع القاعدة العامة في تنازع القوانين في مجال العقود الدولية ، ولكن ذلك لا يجب أن يكون هذا على حساب القواعد الأمرة في قانون دولة إقامته لضمان حد أدنى من الحماية حتى لا يتعسف المتعاقد مع هذا المستهلك في إهدار حقوقه من خلال إختيار قانون يخدم مصالحه .

بعد استبدال هذه الإتفاقية في سنة 2008 حرصت الدول المعنية بالإتفاقية على ضمان مثل الحماية وذلك في نص المادة السادسة منها ؛ وهو قانون مكان وجود إقامة المستهلك وذلك إذا ما توفرت في المحترف مجموعة من الشروط والمذكورة في

298 - عيد عبد الحفيظ ، « حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية » ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، السنة الرابعة المجلد 07 ، العدد 01 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013.ص 31.

299 - حسان الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد التنازع، مرجع سابق، ص 62.

300 -تنص المادة 2/5 من إتفاقية روما لسنة 1980 على ما يلي :

« Nonobstant les disposition de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle ».

مختلف فقرات هذه المادة ، كأن يكون مثلا المحترف يمارس نشاطه في مكان وجود الإقامة العادية للمستهلك (301) .

أما بالنسبة لمشروع إتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين الذي أقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في نفس السنة ، نصت المادة السادسة منه على أن : " إختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجب أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في قانون محل إقامته المعتادة " (302).

من خلال الدراسة السابقة تظهر الطبيعة الخاصة لقواعد الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على العقود التي يبرمها المستهلك ، فهي من القواعد التي تخلت عن حيدتها الموضوعية كونها ترتبط العلاقة القانونية بقانون دولة تحقيقا لنتائج يرغب المشرع في تحقيقها والمتمثلة في حماية الطرف ضعيف في العلاقة العقدية وذلك عن طريق تركيز هذه العقود في أحد الأنظمة القانونية التي تضمن حماية فعالة للطرف الضعيف.

301 - للإطلاع على كل هذه راجع مختلف الفقرات التي جاءت بها المادة السادسة من إتفاقية روما لسنة 2008.

302 - حسان الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 63-64.

المبحث الثالث

حالات استبعاد تطبيق قانون العقد الدولي

يتولى القاضي الوطني تطبيق قانون العقد الدولي المعين وفقا لضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على العقود الدولية إذا لم يتعارض مع القانون الوطني (المطلب الأول)، أو أن ليس هناك نية الإحتيال على القانون واجب (المطلب الثاني). بما أن هذا الإستبعاد يؤدي إلى التقليل من حالات تطبيق قانون الإرادة ، لذلك يجب أن يمارس في حدود جد ضيقة حتى لا يؤدي إلى تعطيل تطبيق قانون الإرادة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

استبعاد قانون العقد في حالة مخالفته

للنظام العام الوطني

يتعين علينا في بداية الأمر تحديد مفهوم النظام العام لكي يتسنى لنا تحديد الحالات التي تتدخل فيها هذه الفكرة لاستبعاد القانون المختص (الفرع الأول). وتخص فكرة النظام العام كل العلاقات العقدية سواء كانت وطنية محضة أو مشتملة على عنصر أجنبي (الفرع الثاني) ؛ والطريقة التي يتم بها حماية النظام القانوني الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية يكون عن طريق استبعاد القانون الذي تتناقض أحكامه مع القانون الوطني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم فكرة النظام العام

يعتبر النظام العام في التشريعات الحديثة من أبرز القيود الواردة على الإرادة التعاقدية سواء كان ذلك في مجال العقود الداخلية أو في مجال العقود الدولية، فمن غير المعقول السماح للأطراف في مجال العقود الداخلية إدراج بعض الشروط في العقد إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين دون مراعاة ما تقتضيه النصوص الآمرة في التشريع الوطني⁽³⁰³⁾ ، فالحرية التعاقدية ليست مطلقة وإنما تخضع لسلطة القانون⁽³⁰⁴⁾، والأمر لا يكاد يختلف في مجال العقود الدولية ، فلا يمكن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع القانون الوطني الذي يحتوي على قواعد آمرة تفرض إحترامها بما فيه القاضي الوطني⁽³⁰⁵⁾ .

يتمثل المفهوم التقليدي للنظام العام وفقاً لهذه الحالة في فض التنازع القائم بين القواعد القانونية سواء في إطار الدولة الواحدة أو ذلك التنازع القائم بين دولتين ، ففي الحالة الأولى يكون التنازع بين مصدرين للقواعد القانونية ، المصدر الأصلي الذي تنبثق منه القواعد التي تحمي المصالح العامة في الدولة وبين المصدر الثانوي الذي يخص المصالح الفردية ، فإذا كان التعاقد يتم وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يكون هذا على حساب ما تقتضيه القواعد الآمرة . بالنسبة للحالة الثانية يتدخل النظام العام لاستبعاد القانون الذي تتناقض أحكامه مع القانون الوطني⁽³⁰⁶⁾ .

303 - في هذا المعنى تنص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي على أن:

« On ne peut déroger, par des conventions particulière, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »

304 - ELGHARBI Mustapha, « Justice contractuelle et la liberté de la volonté : un rapport problématique », Revue de la recherche juridique, droit prospectif 30^{ème} année, 107^{ème} numéro, 2005 .p180.

305 - أكد معهد القانون الدولي في دورة إنعقاده في مدينة بال على ضرورة عدم مخالفة القواعد الآمرة في قانون

القاضي وهذا في نص المادة 1/9 والتي تنص على أن :

« La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la solution, quelle que soit la loi applicable au contrat ».

- Institut de droit international, session de Bâle 1991, op.cit.

306 - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves , op.cit, P 345.

إذا ما تقرر أن قاعدة قانونية من النظام العام، يعني ذلك أنها ملزمة، والإلزام بهذا المعنى هو أشد من أي قاعدة قانونية أخرى باعتبار هذه الأخيرة ملزمة سواء كانت من النظام العام أو غير ذلك، فهناك بعض القواعد القانونية يمكن للأطراف إحداث فيها جملة من التعديلات فتبقى إلزاميتها في حالة إذا لم تكن محل تعديل أحكامها من قبل المتعاقدين وبالمقابل هناك قواعد قانونية لا يجوز للشخص أن يعدل أو يخالف أحكامها كونها تتعلق بالنظام العام⁽³⁰⁷⁾.

فعن طريق النظام العام يتم حماية المصالح العامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الفرد، فالمنافع الفردية تذوب أو تهمل أمام مصلحة الجماعة.

فالنظام العام هو فكرة مرنة يتغير مفهومها من دولة إلى أخرى وحتى في إطار الدولة الواحدة يتغير من وقت لآخر، فما كان يعتبر من النظام العام في الأمس قد لا يعود ذلك في اليوم، وما يعد من النظام العام في وقتنا الحاضر قد لا يعد ذلك في المستقبل، كل هذا راجع إلى مختلف المقومات التي تقوم عليها الدولة؛ فيضيق النظام العام إذا تغلبت المذاهب الفردية كونها تطلق العنان للحريات الفردية فلا تتدخل الدولة لتقييد هذه الحريات. أما إذا تغلبت النزعة الإشتراكية ومذاهب التضامن الإجتماعي اتسعت دائرة النظام العام لتتولى الدولة شؤون الأفراد عن طريق تقييد حرياتهم⁽³⁰⁸⁾.

تؤدي الصفة النسبية للنظام العام إلى اختلاف مفهومه بين الدول لاختلاف الأسس التي تقوم عليها كل دولة، ففي الوقت الذي عجزت فيه المحاولات الفقهية والقضائية

307- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 1934، ص 490.

308- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 327.

كما تعتبر الآداب العامة كذلك من بين القيود التي ترد على الإرادة التعاقدية، فهي جزء من فكرة النظام العام تخص الجانب الأدبي الذي أرسى أسسه خلال فترة معينة تخص علاقات الأفراد وهو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس. بالمقابل هناك من يعتبر فكرة الآداب العامة مرادفة لفكرة النظام العام ومن ثم يدخل في مفهومها مجموعة المبادئ السياسية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع، فالحديث عن الآداب الإشتراكية ترادف في نفس الوقت الحديث عن النظام العام الإشتراكي. راجع في هذا الشأن:

- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 104 - 105.

في وضع تعريف جامع و مانع لهذه الفكرة ،استقر الأمر بصفة عامة على تعريف النظام العام بأنه عبارة عن مجموعة من الركائز الجوهرية لكيان الدولة الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي، وهو مجموعة القوانين التي تهم حقوق المجتمع وتحقق المصلحة العامة. كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " النظام الذي يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو على مصالح الأفراد " (309).

كما يعرف النظام العام كذلك بأنه ذلك الأساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون إستقرار هذا الأساس وينهار بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن الأساس السابق. فالمصلحة السياسية ما تقوم عليه روابط القانون العام من دستورية وإدارية ومالية ، فإن أكثر روابط هذا القانون تعتبر من النظام العام ، والمصلحة الإجتماعية هي ما تقوم عليه قواعد القانون الجنائي ومن هذه القواعد أيضا ما يحقق مصلحة عامة خلقية وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة اجتماعية كما هو الشأن في الكثير من القواعد القانونية المتعلقة بالعمل ، والمصلحة الخلقية هي تلك التي تقوم عليها الآداب العامة ،أما المصلحة الاقتصادية فهي تلك القواعد التي تجعل التنافس مفتوحا للجميع (310) .

والنظام العام في جانبه الإقتصادي يعني أن المشرع يبيح الملكية الفردية وحرية المقايضة وحرية العمل بشرط أن لا تتعارض هذه الحريات مع القواعد العامة للإنتاج وتوزيع الثروات وتداول السلع تجسيدا للأهداف التي يرغب المشرع في تجسيدها لتحقيق الأغراض المختلفة . فإذا ما تعارضت المصالح الفردية مع ما أمرت به

309- نقلا عن: محمد وليد هاشم المصري « العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة » ، مرجع سابق، ص 151.

310 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 492.

القوانين ، فضلت المصلحة العامة على المصالح الفردية وأبطلت كل الإلتزامات التي تتنافى مع ما جاءت به القوانين⁽³¹¹⁾ .

يشارك النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي من حيث الهدف المتمثل في حماية النظام القانوني الوطني⁽³¹²⁾ ولكن الإختلاف يبدوا قائما من حيث الدور الذي يلعبه كل من النظام العام الوطني والنظام العام الدولي وهذا ما سنبيّنه فيما يلي:

الفرع الثاني

دور النظام العام في كل من العلاقات الخاصة

الوطنية والعلاقات الخاصة الدولية

ليس هناك اختلاف بين مفهوم النظام العام الداخلي وبين النظام العام الدولي ، فالنظام العام له مفهوما وطنيا⁽³¹³⁾، فلا يمكن تصور وجود نظام عام وطني والآخر دولي، فإذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك فيما بينها بحد أدنى من المبادئ الجوهرية والأساسية كتلك المتعلقة بعدم التمييز بين الأفراد بسبب لونهم أو عرقهم أو معتقداتهم فإن مثل هذه القيم والمثل تعد جزءا لا يتجزأ من النظام الداخلي للدول على الرغم من صفتها العالمية⁽³¹⁴⁾ .

لا يتصور أن تعمل الدولة على حماية النظام العام الدولي كونه غير موجود أصلا بما أن ليس هناك مجتمع مترابط ومتناسق في تقاليده وآرائه، فالنظام العام سواء

311 - أبو اليزيد علي المنبت، « الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام»، مجلة المحاماة المصرية، العدد العاشر السنة الحادية والأربعون، 1964، ص 715 وما يليها .

312 - RACINE Jean – Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice, Droit du commerce international, DALLOZ, Paris, 2000, p20.

313 - CALEB Marcel, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse de doctorat en droit ,Faculté de droit et des science politiques , Université de Strasbourg , Paris , 1927, p 76.

314 - محمد وليد هاشم المصري، « محاولة لرسم معالم النظام العام الولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص»، المرجع السابق. ص، 152-153. كذلك راجع : زاير فاطمة الزهراء ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011 . ص 23.

كان داخليا أم دوليا لا يمكن أن يكون في حقيقة الأمر إلا وطنيا ، فأبي محاولة تهدف إلى التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة ، فهي خادعة لأن اصطلاح " نظام عام دولي " يوحي إلى وجود نظام عام مشترك بين الدول مع أن هذا النظام الأخير يتميز بالوطنية⁽³¹⁵⁾؛ وهي تفرقة خاطئة لأن ما يسمونه نظاما عاما دوليا هو في الحقيقة هو عبارة نظام عام داخلي⁽³¹⁶⁾ .

إذا كانت فكرة النظام العام هي فكرة وطنية والغرض منها هو حماية مختلف الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أي دولة ، إلا أن وظيفة النظام العام تختلف حسب اختلاف طبيعة العلاقة التي تشكل اعتداء على مثل هذه الأسس ؛ فقد يؤدي إلى ضمان عدم خروج الأفراد من أحكام القواعد القانونية الآمرة عن طريق إبطال مثل هذه العلاقات (أولا) ، أما في إطار نطاق القانون الدولي الخاص فإن للنظام العام دورا إستراتيجيا يتمثل في استبعاد القانون واجب التطبيق التي تتناقض أحكامه مع القانون الوطني (ثانيا) .

أولا: دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية

ظهر النظام العام بمفهومه الحالي في القانون المدني⁽³¹⁷⁾ ، والهدف منه هو منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف القواعد القانونية الآمرة ، فالإرادة حرة ولكن يجب أن تمارس هذه الحرية في حدود ما يسمح به القانون ، فمبدأ النظام العام الداخلي يسعى إلى ضمان عدم الخروج باتفاق الأطراف عن أحكام القواعد القانونية الآمرة ومن

315- يرى البعض أن التفرقة بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي هي كوسيلة تتوسل بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية إستنادا إلى عدم تعلق نصوصها الوطنية الآمرة بالنظام العام الدولي الذي يعلوا على النظام العام الداخلي حتى لا تكون القواعد الوطنية ذات الصبغة الآمرة سببا من أسباب في إستبعاد تطبيق القانون المختص أو أن تؤدي إلى رفض تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن العقود الإقتصادية الدولية .

راجع في هذا الشأن : - ممدوح عبد الحميد عبد المطلب ، إنعام السيد الدسوقي ، «تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه» ، مجلة الأمن والقانون السنة الحادية عشر ، العدد الأول ، أكاديمية شرطة دبي ، 2003 . ص 22.

316 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 506 .

317 - ممدوح عبد الكريم حافظ، «مبدأ النظام العام وتنازع القوانين»، مجلة القانون والإقتصاد ، الجزء الثالث ، الأعداد 5-6 ، جامعة البصرة ، 1971 ، ص 112.

ثمة يعتبر كقيد يرد على سلطان الإرادة ؛ فالأفراد أحرار في التعاقد ووضع الشروط التي يرضونها لأنفسهم ولكن يجب أن يكون هذا في إطار ما يسمح به القانون⁽³¹⁸⁾ . فالقوة الملزمة للعقد تكمن في مدى احترام الأطراف للقانون خاصة تلك المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة وكلما استوفيت كل الشروط المطلوبة قانونا يكون العقد بمثابة قانون بين الأطراف⁽³¹⁹⁾ ، فكل اتفاق يخالف القواعد الآمرة يكون من الأسباب المؤدية إلى إبطال العقد⁽³²⁰⁾ .

فإعمال فكرة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية لا يؤدي إلى تغيير الإختصاص التشريعي بل العكس من ذلك فهو يؤكد الإختصاص لهذا القانون .

ثانياً: دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية

سمحت قواعد الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القوانين الأجنبية إذا ما كانت هي الواجبة التطبيق و لا تتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها التشريع الوطني، وأما إذا كانت تخالف مثل هذه الأسس سيتم استبعادها وفقاً للدور الذي يلعبه النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية⁽³²¹⁾ . فعندما سمح المشرع الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية لا يعني أنه أعطى توقيعا على بياض لكل مشرع دول العالم

318 - تنص المادة 106 من القانون المدني على ما يلي: « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون » .

319 - SIRI Aurélien, op.cit, P 1354- 1355.

320 - HOMAYOON Arfazdeh, Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation, BRUYLANT, Bruxelles, 2006, p 148.

- في هذا في هذا الإطار تنص المادة 93 من القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا " .

321- يتجلى دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية في استبعاد القانون المعين من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي إذا كان يتناقض مع القانون الوطني، فله دور استبعادي وهذا يترتب عنه أثر سلبي كون القانون المختص لا يمكن تطبيقه في هذه الحالة .

- SIRI Aurélien, op. cit, P 20-21.

بتطبيق هذه القوانين إذا ما كانت تتعارض مع المثل والمصالح العليا والمبادئ الأساسية السائدة في دولته (322) .

فالنظام العام وفقا لهذه الحالة هو من يتولى الرقابة على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق كون القاضي الوطني لا يعرف مسبقا أحكام هذا القانون إلا بعد أن يتولى تطبيقه ؛ في هذا الإطار يرى الفقيه Pillet أن النظام العام له دور جمركي يراقب مضمون القوانين الأجنبية (323).

بهذه الوظيفة يمكن تعريف الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية بأنه الوسيلة القانونية يستبعد بمقتضاه القاضي الوطني الإختصاص المعهود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني في دولة القاضي، وأما إذا كانت أحكام القانون المختص تختلف مع القانون الوطني فهذا لا يمنع تطبيقه لأن من بين شروط تنازع القوانين أن يكون هناك اختلاف قائم بين قوانين الدول (324).

كانت فكرة النظام العام في بداية مراحل تطوره كأداة لتطبيق القانون الإقليمي وليست كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، وذلك عندما ميز الفقيه بارتول بين الأحوال المستحسنة التي تمتد لتجد مجال تطبيقها خارج الإقليم الذي وجدت فيه ، فإن

322 - LAGARDE Paul, « Ordre public », Encyclopédie de droit international, DALLOZ, 2003, p2.

323 - CALEB Marcel, op .cit, p 76.

324 - هناك من يفضل إستعمال مصطلح " النظام العام الدولي " بإعتباره أدق من تعبير " النظام العام " ، فتوحي التسمية الأولى إلى العلاقة الخاصة الدولية فهذا ما يجب عدم خلطه مع النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية . راجع: محمد وليد هاشم، «محاولة لرسم معالم النظام العام الولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص 147 . لكن هناك من يرى خلاف ذلك، فهذه التسمية منقذة - حسب هذا الرأي - لأنها توحي بوجود نظام عام مشترك بين الدول فالنظام العام هو دائما وطني سواء كان ذلك في القانون الداخلي أوفي القانون الدولي الخاص. راجع:

- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 333. زيادة على ذلك، إذا سلمنا بوجود النظام العام الدولي فإن هذا يدخل في إطار القانون الدولي العام لأن هناك قواعد مشتركة بين الدول تهدف مثلا إلى مكافحة القرصنة والاتجار بالأسلحة والمخدرات...، فكل هذا يخرج من نطاق تنازع القوانين.

الأحوال البغيضة أو المستهجنة تطبق داخل الإقليم الذي توجد فيه تطبيقاً إقليمياً⁽³²⁵⁾. نفس الدور للنظام العام يظهر لدى الفقيه الإيطالي مانشيني Mancini الذي جعل القواعد الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية قواعد ذات تطبيق إقليمي كونها متعلقة بالنظام العام .

فالدور الإستبعادي للنظام العام ظهر لأول مرة لدى الفقيه الألماني سافيني Savigny في القرن التاسع عشر عندما قال بأن قواعد الإسناد تعمل في النطاق الذي يسمح به الاشتراك القانوني بين الدول المسيحية التي استمدت قوانينها من القانون الروماني وهذا ما يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية على الأقاليم الأخرى وفي حالة انقطاع مثل هذا الاشتراك تقرر استبعاده . و أخذ الفقه الحديث بهذا الدور الإستبعادي للنظام العام ولكن على أساس مختلف ، ففكرة الإشتراك القانوني ليست وليدة التطور التاريخي بل يقصد بها ذلك التقارب بين الأصول العامة في التشريع فإذا ما انقطع هذا الاشتراك تكون أحكام القانون الأجنبي متناقضة مع القواعد الموضوعية في القانون الوطني .

اتجهت مختلف التشريعات إلى التأكيد على الدور الإستبعادي للنظام العام والذي يظهر في النصوص القانونية التي تحرس من خلاله عدم مخالفة الأحكام الجوهرية في قانون القاضي كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون المدني المصري (المادة 28) ، القانون المدني الأردني (المادة 29) والمادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر ، ... " .

كما أخذت إتفاقية روما I لسنة 2008 بهذا الدور الإستبعادي للنظام العام في نص المادة 21 والتي تنص على أن :

« *L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* » .

325- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 148.

هكذا يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي كلما كانت أحكامه تتناقض مع أهم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني ، وهذا الإستبعاد يخص كل الحالات التي تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي بما فيه القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. فنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري وما يقابله من نصوص في القانون المقارن جاءت بصياغة عامة يدخل في نطاق سريانها كل التصرفات المشتملة على العنصر الأجنبي. فهذا ما يجعل تطبيق قانون العقد سواء تم تعيينه من قبل الأطراف أو من قبل الضوابط الاحتياطية يمكن أن تكون محل الإستبعاد إذا ما ثبت أن هذا لا ينسجم مع أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الوطني.

يشمل إستبعاد القوانين المتناقضة مع أحكام القانون الوطني كل القوانين واجبة التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي دون التمييز بين طبيعة العلاقات الخاصة ، ومن ثمة أنه ليس من المنطقي أن يتم التسوية بين نزاعات التي تخص الأحوال الشخصية المنظمة بقواعد أمره لكونه يغلب عليها الطابع الديني يزداد بشأنها مجال اعمال النظام العام وبين عقود المعاملات المالية التي لها طابع خاص تخص عملية انتقال السلع والخدمات عبر الدول ومن ثمة يجب تضييق نطاق النظام العام وما يترتب عنه كذلك تضييف من حالات إستبعاد القانون المختص وهذا ما سنبينه لاحقا.

الفرع الثالث

إعمال فكرة الدفع بالنظام العام

يتم استبعاد القانون واجب التطبيق المخالف للنظام العام الوطني إذا توفرت مجموعة من الشروط (أولاً)، وبعد ذلك تطرح مسألة البحث عن القانون المختص حتى لا يبقى النزاع بدون قانون يحكمه (ثانياً).

أولاً: شروط استبعاد القانون المختص

هناك بعض الحالات يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي ليس إعمالاً لفكرة الدفع بالنظام العام وإنما نتيجة إعمال دافع أخرى تأخذ بعين الاعتبار قبل إعمال دفع النظام العام . فإذا كان القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد تتناقض أحكامه مع القانون الوطني وفي الوقت ذاته لا يقبل الإختصاص كونه يحيلنا إلى قانون القاضي - الإحالة من الدرجة الأولى - فيتم تطبيق قانون القاضي ليس نتيجة إعمال لفكرة النظام العام وإنما لقبوله الإحالة . لكن هذا الإفتراض يبقى بعيداً فيما يخص العقود الدولية لأن حسب الإتجاه الراجح في فقه قانون الدولي الخاص - حسب ما بينا سابقاً - يرفض الأخذ بالإحالة لتعارضها مع قانون الإرادة فيتم تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون إلا في الحالة الذي تتناقض أحكامه مع النظام العام الوطني.

إذا تم اختيار قانون العقد على نحو يخالف الشروط التي إستلزمها المشرع لصحة الإختيار كأن يكون الإختيار منعدم الصلة مع العقد أو مع المتعاقدين وكان هذا القانون تتناقض أحكامه مع قانون القاضي، فيستبعد هذا القانون ليس وفقاً لفكرة الدفع بالنظام العام وإنما كونه لم تتوفر فيه شروط الإختيار، فيتولى القاضي بنفسه تركيز العقد في أحد الأنظمة القانونية . إذا تم اختيار قانون أجنبي ليطبق على أموال عقارية موجودة في قانون القاضي باعتباره قانون موقع العقار وكان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي، فلا يتم تطبيق هذا القانون ليس باعتباره يخالف النظام العام وإنما إعمالاً للاستثناء الوارد في قاعدة التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق على

الأموال العقارية كما هو الشأن ما ورد في المادة 18 فقرة أخيرة من القانون المدني الجزائري .

لا يتم إعمال النظام العام وفقا للحالات السابقة بالرغم من تناقض أحكام القانون الأجنبي مع القانون الوطني لأن هناك دفعات أخرى - حسب ما بيناه سابقا - تسبق إعمال الدفع بالنظام العام . بإستثناء الحالات السابق يتم إعمال الدفع بالنظام العام إذا ما توفرت الشروط التالية :

من بين هذه الشروط هو أن يكون القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، فلا تطرح فكرة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون المختص هو قانون القاضي . كما يجب أن تكون هذه المخالفة حالية أي عند رفع الدعوى⁽³²⁶⁾، فإذا كان القانون الأجنبي عند اختياره لا يخالف النظام العام في دولة القاضي ولكن بعد إحداث جملة من التعديلات في هذا القانون أصبحت لا تتسجم مع مقتضيات النظام العام الوطني ، ففي هذه الحالة يتم استبعاده وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام.

ويبقى الشرط الأساسي لإعمال النظام العام الوطني هو أن يكون القانون الأجنبي يخالف أهم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون، فليس بمجرد إختلاف القوانين يثير هذا الدفع لأن هذا الإختلاف هو من طبيعة تنازع القوانين ،ولكن إذا ما وصل هذا الإختلاف إلى التناقض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني فهنا يتعين استبعاده.

وإعمال فكرة الدفع بالنظام العام لا تخص فقط القوانين في حد ذاتها وإنما تشمل كذلك حتى القرارات والأوامر التي تصدر من دول أجنبية ، فقد سبق أن رفضت محكمة النقض الفرنسية باسم النظام العام إعادة أساطيل تجارية تمكنت من الوصول

326 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 153.

إلى مرفأ مرسيليا بعد أن قامت الحكومة السوفياتية بتأميمها دون دفع تعويض عادل لأصحابها لأن مثل هذا القرار يخالف النظام العام الفرنسي⁽³²⁷⁾.

بصفة عامة يجب إعمال هذا الدفع في مجال العلاقات الدولية الخاصة بحذر شديد حتى لا تتعطل آلية تنازع القوانين وتتهار العلة من وجود قواعد الإسناد خاصة في مجال عقود التجارة الدولية وهذا على النحو الذي سنبينه في الدراسة اللاحقة.

ثانيا : أثر الدفع بالنظام العام

لا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي إذا كان يخالف النظام العام الوطني وفي أي مرحلة تكون فيها الدعوى وهذا ما يعرف بالأثر السلبي (أولا). متى تم استبعاده تطرح مسألة أخرى تتمثل في البحث عن القانون المختص ليحكم النزاع (ثانيا).

1 : الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

الأثر المترتب من إعمال الدفع بالنظام العام هو عدم تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق حماية للمفاهيم الأساسية والجوهرية في مجتمع القاضي . و التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة يتمثل فيما إذا كان الإستبعاد يشمل كل القانون الأجنبي أو يقتصر فقط على الجزء المخالف للنظام العام دون غيره من القواعد ؟.

يرى جانب من الفقه أن الإستبعاد يشمل كل هذا القانون وذلك وفقا لفكرة الإسناد الاجمالي والتي يترتب عنها الإستبعاد الكلي لهذا القانون ، فمن غير المتصور أن يقسم القانون الأجنبي - باعتباره كقانون واجب التطبيق - إلى أجزاء من حيث التطبيق حتى لا يتم تشويبه وتقطيع لأوصاله⁽³²⁸⁾.

327 - محمد وليد هاشم المصري، « محاولة لرسم معالم النظام العام الولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص » ، مرجع سابق ، ص 160 - 161.

328 - هذا الاتجاه أخذ به جانب من الفقه الفرنسي. راجع في هذا الشأن : عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مرجع سابق ، 526 وما يليها . كما يفهم كذلك أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الاتجاه في نص المادة 24 من القانون المدني كونه استعمل صياغة تقييد الاستبعاد الكلي للقانون المختص وهذا عندما على أن: " لا يجوز =

أما الاتجاه الثاني المتمثل في الفقه الألماني بصفة خاصة فيرى عكس ذلك، حيث يتم إستبعاد الجزء المخالف للنظام العام وتبقى الأحكام الأخرى من القانون محل الإستبعاد واجبة التطبيق⁽³²⁹⁾.

أما القضاء الألماني فقد ذهب إلى أبعد من هذا، حيث اعتبر أن قانون القاضي لا يتم تطبيقه على نحو مباشر على المسائل التي تم فيها استبعاد القانون المختص، وإنما يتم البحث في القواعد الموضوعية في هذا القانون لا تتناقض مع قانون القاضي؛ وهذا ما يظهر في الحكم الصادر في 19 ديسمبر 1921 وذلك بعد استبعاد قاعدة قانونية في القانون السويسري تقضي بعدم تقادم الديون والتي تتناقض مع القانون الألماني، فتم في هذه الحالة تطبيق قاعدة موضوعية في القانون السويسري تقضي بتطبيق أكبر مدة تقادم⁽³³⁰⁾، وهي 10 سنوات⁽³³¹⁾.

فلو افترضنا وجود عقد دولي أبرم بين جزائري وأجنبي وإتفقا الأطراف على إخضاعه في شروطه الموضوعية والشكلية لقانون الأجنبي يجيز القادة الربوية، وثار نزاع بينهما وعرض على القضاء الجزائري، فيتعين على القاضي الجزائري استبعاد الحكم الخاص بالفائدة الربوية كونه يتناقض مع النظام العام الجزائري، فيما عدا ذلك يتم تطبيق أحكام القانون المختص.

=تطبيق القانون الأجنبي....". هذا على خلاف نص المادة 28 من القانون المدني المصري التي جاءت على نحو يفهم منها أنها تستبعد الأحكام المخالفة للقانون المصري دون الأحكام الأخرى التي تتعارض مع النظام العام المصري في هذا الإطار تنص هذه المادة على أن: " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي".

329- وهو الإتجاه الذي يفترض في التشريعات العربية أخذت به بما فيه التشريع الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني.

- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 527.

330 - DROUILLAT (R), LÉBOULANGER, (M), « Le problème de l'ordre public », J-CL. Droit international, FASC 534-A. 1960, p10.

331- هذا الحكم مشار إليه في مرجع: صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 137- 138. كما اتجه القضاء الفرنسي إلى تأكيد هذا المعنى عندما قال " إذا كان القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعداها إلى آثار النسب ". مشار إليه في مرجع: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 528.

ففي دعوى رفعت أمام القضاء الجزائري لإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي تضمن إلزام المدين بدفع مبلغ الدين الأصلي مع فائدة تقدر ب 12% ، فإعتبرت المحكمة العليا القرار الصادر من المجلس القضائي باطلا فيما يتعلق بتنفيذ ما حكم به على المدين في الجزائر بخصوص دفع الفائدة المقدرة 12% كونها تتعارض مع فكرة النظام العام، ومن ثمة تم استبعاد هذه الفائدة وإلزام المدين بدفع قيمة الدين (332).

2 : الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام : كلما تم استبعاد الأحكام المتناقضة في القانون الأجنبي سواء كانت تخالف النظام العام الوطني أو الآداب العامة يتولى القاضي الوطني تطبيق قانونه في محل القانون المستبعد وهذا ما يعرف بالدور الإيجابي للنظام العام (333). فالمادة 2/24 من ق.م.ج تعطي الإختصاص للقانون الجزائري حالة إستبعاد القانون المختص والتي تنص على أن : " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ". بهذا النص يكون المشرع الجزائري انحاز إلى الإتجاه الفقهي الذي يعطي الإختصاص للقانون الوطني لتعويض القانون المستبعد.

يتفق الإستبعاد الجزئي للقانون واجب التطبيق مع الغاية الدفع بالنظام العام المتمثل في حماية الأسس والقيم التي يقوم عليها القانون الوطني ، والوسيلة المستخدمة ذات طبيعة استثنائية تقطع المجرى العادي للعلاقات الخاصة الدولية ، ومن ثم يجب عدم المبالغة في إستبعاد القانون الأجنبي على نحو يضر بمصالح العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة وبعقود التجارة الدولية بصفة خاصة .

332 - هذا الحكم مشار إليه مقال :

- عادل بن عبد الله ، «الإعتبرات العملية للدفع بالنظام العام» ، مجلة المفكر ، العدد الثالث ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، ص 277.

333 - يعتبر الدفع بالنظام العام في النظام الإنجليزي دفعا إجرائيا ومن ثم تحكم المحكمة بعدم اختصاصها وهذا ما يستبعد البحث عن القانون الذي يطبق في محل القانون المستبعد . والدفع بالنظام العام في القانون المصري والفرنسي وحتى الجزائري هو دفعا موضوعيا .

- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 533 .

فكلما كان قانون العقد الدولي تتناقض أحكامه مع قانون القاضي يجب في هذه الحالة استبعاد أحكامه لحماية للمصالح العليا لدولة القاضي ، فمن غير المقبول السماح بانتهاك مضمون القواعد القانونية التي وضعت لغرض بناء أسس الدولة سواء كانت ذات طبيعة إقتصادية أو سياسية أو اجتماعية من قبل الأطراف ، فالمصلحة العامة تعلو على المصالح الخاصة ، فيتولى القاضي الوطني في هذه الحالة وما يتمتع به من السلطة التقديرية في كبح امتداد القوانين الأجنبية التي تمس الأسس السالفة الذكر ويطبق في محلها قانونه الوطني حسب ما هو مستقر عليه في مختلف التشريعات الوطنية .

المطلب الثاني

استبعاد قانون الإراحة إذا ما ثبت

له الإختصاص عن طريق الغش

الغاية من وجود قواعد الإسناد هو لتحديد أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع، فمن خلال ضوابط الإسناد يكون المشرع قد ربط العلاقة مع أكثر القوانين صلة بها مراعيًا في ذلك مختلف الظروف الواقعية والقانونية المحيطة بالعنصر الرئيسي في العلاقة. قد يحدث أن يعطى الإختصاص لقانون معين لا يكون في حقيقة الأمر هو صاحب الإختصاص وإنما أصبح مختصًا نتيجة ما قام به الأطراف من تغيير الظروف الواقعية التي تركز عليه قاعدة الإسناد لغرض إسناد الإختصاص لقانون آخر لتجنب تطبيق أحكام القانون الواجب المختص في الأصل⁽³³⁴⁾ . وهذا ما يعرف في نظرية تنازع القوانين بالغش نحو القانون والذي يعتبر كحالة ثانية - بعد النظام العام - يستبعد فيه تطبيق القانون المقرر الذي تقرر الإختصاص عن طريق التحايل.

334 - الهدف من التحايل على القانون المختص هو لتجنب تطبيق القواعد الأمرة في هذا القانون.

راجع في هذا الخصوص :

- VIANGALLI François, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 25^{ème} année - 84^{ème} numéro, 2000 , p 1141.

بما أن إمكانية التحايل على القانون المختص واردة حتى في عقود التجارة الدولية لذلك سنتولى إظهار المقصود بالغش نحو القانون (الفرع الأول) وبعد ذلك نبرز كيفية إعمال هذه الفكرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالغش نحو القانون

يقصد بالغش في تنازع القوانين بأنه عبارة عن تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في فكرة الإسناد ذاتها بكيفية مقصودة للتهرب من حكام القانون الذي كان في الأصل واجب التطبيق على العلاقة وإحلال قانون آخر محله يحقق الغاية المنتظرة من قبل الأطراف والتي كانت وراء هذا التحايل . أو هو التهرب من القانون الذي يجب أن يحكم عادة الرابطة القانونية وذلك بإخضاعها غشا لقانون دولة أخرى استجابة للغاية المنتظرة. و يعرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بأنه: " التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بينة التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي " (335). أو هو " التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته " (336).

يقوم الغش على فكرة التحايل على القانون المختص ويستوي الأمر في هذه الحالة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. فالظاهر يبدو أن الأطراف يتصرفون وفقاً للرخص التي منحها المشرع لهم؛ فيمكن لهم إبرام التصرفات في أي دولة يشاءون

335- نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 542.

336- نقلا عن : عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 557 .

- عرفت محكمة النقض الفرنسية الغش نحو القانون بأنه:

« Les parties ont volontairement modifier le rapport de droit dans le seul but de la soustraire à la loi normalement compétente ».

- VIANGALLI François, op.cit, P 1142.

وبإمكانهم نقل الأموال المنقولة من مكان لآخر وكذلك تغيير جنسيتهم⁽³³⁷⁾ و مكان إقامتهم في الأحوال التي يسمح بها القانون ، كلما تحققت إحدى الحالات تؤدي إلى تعديل الإختصاص التشريعي بكيفية صحيحة وسليمة ، لكن اقتران هذا التعديل بنية سيئة لغرض الهروب من القانون المختص لولا القيام بالتعديل الإرادي لضوابط الإسناد⁽³³⁸⁾ .

فبتوافر عملية تغيير ضوابط الإسناد أو في ظروف الإسناد واقتران هذا التعديل بنية سيئة للتهرب من القانون واجب التطبيق يتولى القاضي الوطني استبعاد القانون المختص وفقا لما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني وتطبيق القانون المختص ولو لم يكن هناك تحايل على أحكامه⁽³³⁹⁾ .

337- لا يمكن تصور قيام الغش نحو القانون في الأحوال الذي يكون المشرع تولى بنفسه الفصل في مسألة التنازع بين القوانين كما هو الشأن ما ورد في نص المادة 13 من القانون المدني، فقد أسند المشرع الجزائري الاختصاص للقانون الجزائري كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج (م 11 من القانون المدني) وكذا على الآثار المالية والشخصية لعقد الزواج (المادة 12 من ق.م.ج) . فإذا تم تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج لا تؤثر في القانون الواجب التطبيق .

338- من بين أوجه الإختلاف بين الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون هو أن في النظام العام القانون الواجب التطبيق يكون مختص بطريقة صحيحة ولكن تتناقض أحكامه مع قانون القاضي يقتضي الأمر باستبعاده . أما بالنسبة للغش نحو القانون، فتكون أحكام القانون المختص لا تتناقض مع قانون القانون ولكن أسند الاختصاص لهذا القانون عن طريق الغش ومن ثم يتعين استبعاده.

339- تنص في هذا الإطار المادة 24 /1 من القانون المدني : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون." والجدير بالذكر في أن نص الفقرة الثانية من نفس المادة أعطت الإختصاص للقانون الجزائري في حالة إستبعاده إذا ما كان مخالفا للنظام العام ولم تبين القانون الواجب حالة إستبعاده وفقا للغش نحو القانون. فيسند الاختصاص في هذه الحالة للقانون الذي تم التهرب عن أحكامه .

الفرع الثاني

امكانية وجود الغش نحو القانون في مجال

عقود التجارة الدولية

سبقت الإشارة إلى أن أطراف العقد الدولي بإمكانهم اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، ويستوي الأمر أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا ، ففي كلتا الحالتين يتم تطبيق هذا القانون إذا توفرت فيه شروط الاختيار ولم يكن مشوبا بالغش نحو القانون . كما يمكن للأطراف كذلك اختيار القانون واجب التطبيق على شكل التصرف وهذا بعدما أن أصبحت قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام إختيارية فيمكن اختيار بين أكثر من قانون ويكون هذا الإختيار صحيحا إذا لم يكن هناك الغش نحو القانون.

في حقيقة الأمر يصعب القول بوجود الغش نحو القانون في مجال العقود الدولية⁽³⁴⁰⁾ ، فإن وجد يكون في حالات جد نادرة⁽³⁴¹⁾ ،نتيجة ما للأطراف من إمكانية في اختيار القانون واجب التطبيق على الموضوع وعلى شكل العقد ، فليس من المعقول السماح للأطراف بإختيار القانون واجب التطبيق ومن ثم نتجاهل من جهة أخرى هذا القانون على أساس أن هذا الإختيار منح له الإختصاص على أساس التحايل على القانون الأصلي واجب التطبيق .

تظهر هذه الصعوبة أكثر بالنسبة للتشريعات التي تقيد مبدأ الإرادة في إختيار القانون المختص، ففي حالة عدم تحقق هذه القيود وأصبح القانون المختار منعدم الصلة بالعقد ولا بالمتعاقدين وكذلك ليست له صلة جدية ومشروعة للأطراف في إختيار هذا

340 - موحد إسعاد ، مرجع سابق ، ص 260 .

هناك القليل من الأحكام القضائية الصادرة بشأن الغش نحو القانون واجب التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية التي تخضع لقانون الإرادة ، لأن الغش نحو القانون يتناقض مع مبدأ إختيار القانون المختص .

كذلك راجع :

- GORGE Albert jean cavalier, Essai sur le contrat de service en droit international privé, Thèse pour l'obtention du grade de docteur, Université Lyon III – Gean moulin, 2005, p 253.
341 - VIANGALLI François, op.cit, p 1145.

القانون فيتم استبعاد هذا الإختيار على أساس عدم موضوعية الإختيار ويتم إسناد العقد للقوانين التي تبينه الضوابط الاحتياطية .

تبقى ظاهرة الغش نحو القانون قائمة في بعض الحالات وذلك في بعض المجالات التي تتنازع فيها القوانين، فيمكن أن تتحقق عن طريق تحويل العلاقة الوطنية المحضة إلى علاقة تدرج ضمن العلاقات الخاصة الدولية لإعطاء الاختصاص لقانون أجنبي⁽³⁴²⁾، كما لو سافر جزائريان إلى فرنسا لإبرام عقد ويتم تنفيذه في الجزائر وتم إختيار القانون الفرنسي ؛ يوحى هذا إلى وجود إحتيال على القانون الوطني إنطلاقاً من إفتعال عنصر أجنبي في العلاقة القانونية ليمكنوا أنفسهم من اختيار القانون الواجب التطبيق. فيتم في هذه الحالة استبعاد هذا الإختيار وتطبيق القانون الوطني محله . لأن أعمال سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب أن ألا يكون سوريا وإنما يجب أن يكون جدياً وأميناً⁽³⁴³⁾ .

كما يزداد احتمال التحايل على القانون الواجب التطبيق إذا ما أخذنا بتعاليم المدرسة الشخصية التي تسمح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق بكيفية مطلقة في مجال العقود الدولية ، فاختيار القانون المختص منبت الصلة مع العقد هو فتح الباب على مصراعيه للتحايل على القانون المختص وهذا ما يعتبر انحرافاً صارحاً عن الهدف الحقيقي لقاعدة الإسناد المتمثل في التيسير عليهما ومراعاة حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة⁽³⁴⁴⁾ .

كما تبقى ظاهرة الغش نحو القانون قائمة حتى بالنسبة لحالة اختيار القانون واجب التطبيق على شكل العقد ، ويتحقق ذلك عند يتم اختيار قانون دولة غير قانون دولة محل إبرام العقد للتهرب من القيود الأمرة الخاصة بالشكل في دولة محل الإبرام التي كان من الواجب تطبيق قانونها ؛ فهذا ما دفع بعض الفقهاء الذين ينتمون إلى

342 - VIANGALLI François, op.cit, p 1449.

343 - عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 444 .

344 - فضيل نادية ، الغش نحو القانون ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1984. ص 114.

النظرية الشخصية إلى القول بضرورة إخضاع إختيار الأطراف للقانون المختص لرقابة القاضي حتى لا يكون هناك غش ، لأن الاختيار يجب أن يكون جديا وعن حسن نية (345) .

هكذا تبقى فرضية الغش نحو القانون قائمة في مجال العقود الدولية ولو كانت بأقل حدة مقارنة مع مختلف العلاقات الخاصة الدولية ويكون ذلك في الفروض التي يتولى الأطراف بأنفسهم إختيار القانون المختص واستبعادها في الحالات التي يتولى القاضي بنفسه تحديد هذا القانون ، كما لو تم إعمال الضوابط الإحتياطية حالة عدم وجود الاختيار القانون المختص من قبل الأطراف .

كلما ثبت وجود مثل هذا التحايل يتولى القاضي تطبيق القانون الذي كان من المفروض هو الواجب التطبيق إذا لم يكن هناك تحايل. من هنا يظهر الفرق بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام حيث يتم تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة الأخيرة (346) .

المطلب الثالث

ضرورة التقييد من الحالات المؤدية

إلى استبعاد قانون الإراحة

كلما كان العقد دولي وتم تحديد القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف وجب تطبيق هذا القانون من قبل القاضي الذي عرض عليه النزاع إلا إذا كان يخالف النظام العام الوطني ، ويجب إعمال الدفع بالنظام العام بحذر شديد حتى لا يتم تعطيل قواعد الإسناد وما يترتب عنه الإضرار بالعلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة والمبادلات التجارية الدولية بصفة خاصة.

345 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق. ص 557.

346 - DE LA PARADEL Géraud, « La fraude à la loi », in , travaux du comté français de droit international privé , trente- deuxième à trente quatrième années ,1971-1973, DALLOZ,1974, P133.

تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام لا يجب أن تكون هي الأصل حتى لا يؤدي إلى تضيق تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية حتى لا يتقهقر وضمور القانون الدولي الخاص الذي يتبعه ضرورة إنكماش التجارة والتعاون والتبادل الدولي . فيجب أن يكون اللجوء إلى هذه الفكرة استناداً لأسباب جوهرية وأساسية تهدف لصيانة مختلف الأسس السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي يقوم عليها مجتمع من المجتمعات .

مع اختلاف وظيفة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الوطنية وبين العلاقات الخاصة الدولية، هناك إختلاف آخر من حيث النطاق ، فمفهوم النظام العام الوطني هو الأكثر إتساعاً عن مفهوم النظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية ، فما يعد من النظام العام الوطني قد لا يعتبر كذلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، ولكن العكس صحيح ، فما يعتبر من النظام العام الدولي يعتبر كذلك من النظام العام الوطني .

في هذا الإطار يظهر الإختلاف القائم بين نطاق النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الوطنية وبين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، حيث يتسع نطاقه في الحالة الأولى و يضيق في الحالة الثانية. فكل مخالفة للقواعد الآمرة في المحيط الوطني تعد باطلة مهما كانت درجة هذه المخالفة. على خلاف ذلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، فلا يجب استبعاد القانون الأجنبي إذا ما كان يخالف مثل هذه القواعد في القانون الوطني، وإنما يجب أن يستبعد عندما تكون هناك مخالفة للأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تُكوّن في مجموعها النظام القانوني لمجتمع من المجتمعات (347) .

347 - سبق لمحكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الصادرة سنة 1982 أن أكدت على أن إستبعاد القانون الأجنبي وفقاً للمادة 28 من القانون المدني المصري يجب أن يخالف الأسس الإجتماعية والسياسية والإقتصادية أو مخالفته للأخلاق أو مساسه بالمصلحة العامة للمجتمع.

- راجع: محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 11-12.

يتم استبعاد قانون العقد الدولي وفقا للأسس السابقة الذكر إذا ما كانت تربطه علاقة وثيقة وجدية مع قانون القاضي، وإذا لم تتوفر مثل هذه العلاقة لا يمكن استبعاد قانون العقد على أساس أنه يخالف المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي . العلاقة التي تربط بين قانون العقد الدولي وقانون القاضي تتمثل في أن يكون قانون القاضي هو قانون إنشاء الرابطة العقدية، أو أن أحد أطراف العلاقة العقدية يحملون جنسية تلك الدولة أو يتوطنون فيها، أو أن آثار العقد تترتب في هذه الدولة (أي دولة قانون القاضي) .

1- محل إنشاء الرابطة العقدية: أن يكون العقد الدولي تم إبرامه في دولة القاضي فيصبح في هذه الحالة هو قانون محل إنشاء الرابطة العقدية، كلما وجدت هذه الصلة التي تبين وجود صلة وثيقة بين القانون واجب التطبيق وبين قانون القاضي أو قانون الدولة التي من المحتمل أن ينفذ فيها العقد⁽³⁴⁸⁾ ، فلو أبرم العقد في مصر يخضع للقانون الإنجليزي وعرض النزاع على القضاء الفرنسي ، فلا يمكن في هذه الحالة للقاضي الفرنسي الحكم بعدم صحة العقد وفقا لقواعد النظام العام الفرنسي نتيجة لاحتوائه على شرط يعفي من المسؤولية والتي هي صحيحة وفقا لقانون العقد⁽³⁴⁹⁾ .

فالعلاقة الوحيدة الموجودة بين هذا العقد والمنظومة التشريعية الفرنسية هو انعقاد الإختصاص للمحاكم الفرنسية . على خلاف ذلك، قد يستبعد هذا القانون إذا ما كان هذا العقد قد أبرم في فرنسا وكان أحد المتعاقدان فرنسيا أو يقيم في فرنسا أو أن هذا العقد سيرتب آثاره في فرنسا لأن محل إبرام العقد وحده غير كافي لإعمال الدور الاستثنائي للنظام العام المتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا ما كان يتعارض مع النظام العام الوطني⁽³⁵⁰⁾ .

2- أطراف العقد الدولي : العنصر الثاني الذي يبرر إعمال الدفع بالنظام العام هو جنسية أو موطن أطراف العقد الدولي ، فيمكن للمحاكم المختصة استبعاد القانون

348- محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص 38.

349- نفس المرجع، ص 37- 38 .

350- نفس المرجع ، ص 38وما يليها.

الواجب التطبيق عند ينتج أثاره في مواجهة أحد مواطنيها أو المقيمين بها بغض النظر عن المكان الذي يبرم فيه العقد . وفقا للمثال السابق، يمكن للقضاء الفرنسي أن يستبعد بإسم النظام العام القانون الإنجليزي الذي يُقر بصحة شروط عدم المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم إذا كان الدائن مواطناً أو شخصاً يقيم في فرنسا وأما إذا كانت إقامة الأطراف المعتادة قبل رفع الدعوى في الخارج لا يمكن استبعاد الحلول المقررة في القوانين السالفة الذكر (351) .

3- أثار العقد : العنصر الأخير الذي يؤدي وحده أو بالإشتراك مع العناصر إلى تحقيق رابطة جدية وفعالة هو عندما يترتب العقد أثاره في دولة القاضي ومن ثم يحق لهذا الأخير استبعاد القانون المختص إذا ما كان يتناقض مع قانونه . مثل هذا الشرط يستخلص بكيفية غير مباشرة ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في أحد أحكامه الصادرة سنة 1965 عندما قال فيه أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال استدعاء قواعد النظام العام الفرنسي للتشكيك في صحة أحد المراكز القانونية المقرر صحتها في الخارج - وفقاً لأحد القوانين الأجنبية - عندما ينتج العقد أثاره في الخارج في مواجهة الأجانب.

بوجود الصلة بين العقد وقانون القاضي تقلل من حالات استبعاد قانون العقد الدولي، فليس مجرد انعقاد الإختصاص لمحاكم دولة معينة يترتب لها الحق في استبعاد قانون المختص حتى لا يؤدي هذا إلى توسيع من حالات استبعاد القانون المختار . زيادة على ذلك ، يجب أن يكون التعارض يخص قاعدة أساسية في المجتمع الوطني وليس كل القواعد التي لها طابع أمر في المحيط الوطني وهذا وفقاً لما نصت عليه إتفاقية روما لسنة 2008 في نص المادة 21 وهذا عندما نصت على أن القانون الأجنبي الذي يطبق في مجال العقود الدولية لا يمكن إستبعاده إلا إذا كان مخالفاً بصفة أكيدة للنظام العام في دولة القاضي (352).

351 - محمد إبراهيم علي محمد، المرجع السابق، ص 42-43.

352- ورد هذا القول بالصيغة الفرنسية :

«Cette application est manifestement *incompatible avec l'ordre public du for* ».

وهذا الإتجاه المقيد للدفع بالنظام العام أكده معهد القانون الدولي خلال دورته المنعقدة في مدينة بال لسنة 1991 وذلك عندما نصت المادة 2/9 على ما يلي :

« *S'il y a lieu de prendre en considération les dispositions impératives, au sens du Paragraphe précédent, d'un droit autre que la loi du for ou la loi choisie par les parties, ces dispositions ne peuvent écarter l'application de la loi choisie que s'il existe un lien étroit entre le contrat et le pays de ce droit et que si elles poursuivent des fins généralement acceptées par la communauté internationale* » .

تطبيقا لنص المادة السالفة الذكر، يتوجب على القاضي الوطني بمناسبة تطبيق قانون عينته إرادة الأطراف أن يتأكد بأن هناك مخالفة حقيقية لمختلف الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني. فكل إستبعاد للقانون الواجب التطبيق يمكن أن يشكل إعتداء صارحا على التوقعات المشروعة لأطراف العقد الدولي وهذا ما يضر في الأخير بتطوير وتنمية عقود التجارة الدولية .

خلاصة الباب الأول

يتم التوصل إلى القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا للمنهج التنازعي باتباع مجموعة من الخطوات المتتالية والمعقدة للوصول إلى القانون المختص وتظهر عند أعمال قاعدة الإسناد بداية من عملية تكيف النزاع إلى تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختص .

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المستقرة في التشريعات الحديثة على ضوءه يتم إسناد العقد الدولي للقانون المختار والذي أصبح كقاعدة عالمية أفرزته التطورات الفقهية في القانون الدولي الخاص جعل من إرادة الأطراف كضابط إسناد أصلي. لكن هذا لا يعني أن هذه القواعد موحدة بشكل تساهم في توحيد الحلول، وإنما يتخلله الكثير من الغموض والتعقيدات مرتبطة بطبيعة المنهج التنازعي من جهة ، وإختلاف نظرة الدول إلى هذا المبدأ من جهة ثانية خاصة أن هذا المنهج يرتبط بقاعدة إسناد تنتمي إلى المحيط التشريعي الداخلي تعكس نظرة المشرع تجاه العلاقات الخاصة الدولية متأثرة بمختلف الإعتبارات الوطنية.

كل ما سبق أدى إلى بروز إتجاه ينادي بهجر هذا المنهج لمصلحة المنهج المباشر الذي يقوم على وجود قواعد موضوعية تتكفل بتقديم الحل المباشر للنزاع على نحو يساهم في تطوير التجارة الدولية .

الباب الثاني
التحديد المباشر للقانون
واجب التطبيق على عقود
التجارة الدولية

لم يعد منهج تنازع القوانين المنهج الوحيد الذي يعتمد عليه لفض النزاعات المترتبة من عقود التجارة الدولية، وإنما يوجد بجانبه منهج آخر يفصل في النزاع بكيفية مباشرة دون حاجة إلى وساطة قواعد الإسناد ، وهذا راجع إلى وجود قواعد تُطبق مباشرة على النزاع والمتمثلة في كل من قواعد التجارة الدولية ذات المضمون العالمي التي تخص مجتمع التجار، وكذا القواعد الآمرة الداخلية تخص مصالح الدولة و تعرف بقواعد ذات التطبيق الضروي.

إذا كانت القواعد السالفة الذكر تدخل ضمن المنهج المباشر المنافس للمنهج التنازعي من حيث التطبيق ، لكنها تختلف فيما بينها من حيث الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه ؛ فهي كأداة لتطوير التجارة الدولية من خلال تزويد الأطراف بقواعد موضوعية كفيلة لتنظيم المبادلات التجارية ذات البعد الدولي (الفصل الأول) .

ومن جهة أخرى هي كأداة لحماية الأنظمة القانونية الوطنية من جوانب متعددة وذلك بعد أن تزايد تدخل الدولة في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية بقواعد أمره تطبق على العلاقات والروابط الخاصة الوطنية والدولية على حد سواء والتي هي بمثابة أهم القيود التي ترد على الإرادة في تحديد القانون المختص (الفصل الثاني).

الفصل الأول

خضوع عقود التجارة الدولية

لقواعد التجارة الدولية

سنبين في إطار هذه الدراسة إظهار ماهية القواعد التجارة الدولية التي زاد نطاقها في ظل التطورات الحالية للتجارة الدولية(المبحث الأول). بعد ذلك نشير إلى مختلف المصادر التي استمدت منها وجودها والتي يمكن أن تكون داخلية أو دولية (المبحث الثاني) ، وفي نهاية الفصل نبين علاقة التحكيم التجاري الدولي مع هذه القواعد باعتباره القضاء الأصل لتطبيقها من جهة ، كما يساهم بدوره في إرساء أحكامها وتطويرها من جهة ثانية (المبحث الثالث) .

المبحث الأول

ماهية قواعد التجارة الدولية

بعد أن تبين لمحترفي التجارة الدولية عدم ملاءمة القواعد القانونية الوطنية لتنظيم عقود التجارة الدولية ذات البعد الدولي ، ظهرت إتجاهات جديدة تدعوا إلى تحرير هذه العقود من هيمنة هذه القوانين وإخضاعها لقواعد ذات مضمون عالمي نشأت في بيئة خاصة وهي المعاملات التجارية الدولية ولها طابع دولي تفصل في موضوع النزاع مباشرة دون وساطة قواعد الاسناد و التي تعرف بقواعد التجارة الدولية - Lex mercatoria التي أصبحت حاليا في حكم القواعد الخاصة لحكم العلاقات التجارية الدولية (353).

لإظهار ماهية هذه القواعد يتعين علينا البحث عن مفهومها (المطلب الأول)، بعد ذلك نقوم بإجراء مقارنة بين هذه القواعد - قواعد التجارة الدولية - وبين سائر قواعد القانون الدولي الخاص التي تضطلع إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (المطلب الثاني). كما نبين أهم العوامل التي ساهمت في بروز هذه القواعد التي تنتمي إلى المنهج المباشر الذي تعاضم دوره في ظل التطورات الحالية للتجارة الدولية (المطلب الثالث).

353 - هناك مجموعة من التسميات أوردها الفقه تخص هذه القواعد ومن بينها: يسميها الفقيه SCHMITTOF قانون التجارة الدولية Droit du commerce international ، ويسميها الفقيه الفرنسي Goldman قانون التجار الدولي الجديد وهو Lex mercatoria ، كما فضل البعض تسميتها بالقانون غير الوطني Droit Anational أو القانون التجاري الدولي Droit commercial international أو القانون عبر الدولي Droit transnational . أما الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة فقد فضل تسميتها بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية. وهناك من يسميها كذلك بالقواعد المادية Les règles matérielles internationales والبعض الآخر يطلق عليها تسمية القواعد الموضوعية .les règles substantiels

المطلب الأول

مفهوم قواعد التجارة الدولية

تشكل قواعد التجارة الدولية في وقتنا الحالي قواعد قانونية تفصل في النزاعات المترتبة من عقود التجارة الدولية بطريقة مباشرة دون وساطة قواعد الإسناد، ومن هذه الميزة يتبين أن لهذه القواعد لها تعريف خاص بها (الفرع الأول) ، كما تتميز بمجموعة من الخائص (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف قواعد التجارة الدولية

عرف البعض قواعد التجارة الدولية بأنها: "مجموع من القواعد ذات الطبيعة العرفية والأصل المهني والتي لا يلزم لتطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العامة " . كما تعرف كذلك بأنها " مجموعة من القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل عقود التجارة الدولية " . كما عرفها تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عام 1965 الذي قدمه للجمعية العامة للأمم المتحدة بأنها: " مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر " (354) .

يعرفها الأستاذ GOLDMAN Bertrand بأنها هي : " مبادئ عامة وقواعد عرفية تطبق تلقائيا في إطار التجارة الدولية دون الإستعانة بأي قانون وطني معين " ، ويعرفها كذلك بأنها : " مجموعة المبادئ العامة والقواعد العرفية ذات النشأة التلقائية المحال إليها أو المعدة في الأوساط التجارية الدولية ، دون الإحالة إلى أي نظام قانوني وطني خاص " (355) . كما يعرفها البعض بأنها :

354 - محمد أحمد عبد الله الشماسنة ، مرجع سابق ، ص 92.

355 - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص. 360 .

« *La norme propre aux rapports internationaux qui énonce directement la solution applicable au fond* »⁽³⁵⁶⁾.

لم تتمكن التعريفات السابقة من وضع تعريف جامع ومانع لهذه القواعد نتيجة تعدد الزوايا التي تُعرف من خلالها؛ فهناك من عرفها بالنظر إلى المصدر الذي استمدت منها وجودها وقال في هذا الشأن بأنها قواعد عرفية ذات نشأة تلقائية ظهرت في الأوساط التجارية القديمة وذلك قبل ظهور الدولة بمفهومها الحديث والتي مازال لها دورها الفعال حتي في ظل التطورات الراهنة للتجارة الدولية . ويبقى هذا التعريف ناقصا لاقتصره على مصدر واحد وهو الأعراف التجارية وتجاهله لمصادر أخرى تستمد هذه القواعد وجودها.

هناك من يعرفها بالنظر إلى جوهر هذه القواعد التي تحتوي على حل الموضوعي للنزاع دون الإستعانة بأي واسطة لتطبيقها وذلك على خلاف حالة إعمال المنهج التنازعي الذي يستعمل قاعدة الإسناد كوسيلة للوصول إلى الحل الموضوعي الذي يكمن في القواعد الموضوعية في القانون المختص كما سبقت الإشارة . من هنا فضل بعض الفقه تسميتها بالقواعد الموضوعية أو بالقواعد المادية لاحتوائها على الحل الموضوعي للنزاع⁽³⁵⁷⁾ ، تطبق على النزاع مباشرة كما يطبق القاضي الوطني القانون الذي ينتمي إليه على العلاقات الداخلية المحضة .

فقواعد التجارة الدولية عبارة عن قواعد ذات مضمون عالمي تفصل في النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الدولية بصفة مباشرة ، فهي حكم القانون في حد ذاتها و ليست في حاجة إلى وساطة لإعمالها كونها ذات صلة وثيقة مع الجهة القضائية التي تتولى تطبيقها بصفة مباشرة . وهذه القواعد تطبق على كل العلاقات التجارية الدولية بغض النظر عن طبيعة أطراف العلاقة العقدية، فيستوي الأمر أن يكونوا من

356 - RACINE Jean – Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice , op. cit, p 18.

كما يعرفها البعض بانها :

« Des règles matérielles spécialement conçues pour régir les échanges commerciaux internationaux, offertes à l'adhésion des opérateurs du commerce international ».

- LOQUIN Eric, « Les rapports avec la lex marcatoria », Petites affiches, 18 décembre 2003, N° 252, P 63.

357 - RACINE Jean – Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice , op. cit, p 18.

أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام كما هو الشأن بالنسبة للدولة أو أحد هيئاتها التي أصبحت كأطراف فعالة في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية .

الفرع الثاني

خصائص قواعد التجارة الدولية

لقواعد التجارة الدولية مجموعة من الخصائص تقوم عليها جعلت منها نظام قانوني مستقل قائم بذاته مستقل عن بقية الأنظمة القانونية الوطنية تنظم على نحو مباشر العلاقات التجارية الدولية. وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: قواعد التجارة الدولية هي قواعد قانونية

ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار قواعد التجارة الدولية تشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته ومستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية تهدف إلى تنظيم مجتمع متناسق ومتربط يتولى بنفسه وضع أعراف تجارية تشكل عند اتحادها مع المصادر الأخرى للتجارة الدولية وحدة قانونية موازية للنظام القانوني الوطني⁽³⁵⁸⁾ ، وذلك بعد أن شكلوا فيما بينهم مجتمعاً قائماً بذاته له خصوصياته الذاتية يخضع لقواعد قانونية تنظم شؤون التجارة الدولية ؛ فلم تعد الدولة الكيان الوحيد القادر على تكوين القانون وإنما يمكن لكل مجتمع - حسب الفقه الحديث - أن يتولى مثل هذه المهمة دون استلزام اتخاذه شكل الدولة طالما كان يشكل وسطاً متماسكاً بدرجة كافية في معاملاته وعلاقات الأفراد كما هو الشأن بالنسبة لمجتمع التجارة الدولية⁽³⁵⁹⁾. فيكفي لتكوين القاعدة القانونية باعتبارها كقاعدة سلوك أن تنتمي إلى مجتمع ولو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة.

358 - ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قواعد التجارة الدولية تشكل قواعد قانونية تتوفر على الخصائص العامة للقاعدة القانونية، ومن مجموع هذه القواعد تشكل نظاماً قانونياً موازياً للنظام القانوني الذي تضعه الدولة لتنظيم الروابط والعلاقات التي تتم بين أفرادها.

- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق. ص309.

359 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق. ص 334.

كما تتصف قواعد التجارة الدولية بالعمومية والتجريد والتي هي أبرز خصائص القاعدة القانونية. يعني بعمومية القاعدة القانونية بأنها لا تخص واقعة محددة بعينها ولا شخصا محددًا بالذات ، بل هي تبين الشروط اللازمة في الواقعة التي تنطبق عليها الأوصاف التي يتعين بها الشخص الذي تخاطبه⁽³⁶⁰⁾.

القاعدة العامة هي قاعدة مجردة، وصفة التجريد هي التي تضي على القاعدة صفة العموم. فالمقصود بأن القاعدة مجردة أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة وإنما وضعت بطريقة مجردة دون أن تخص شخص بذاته أو واقعة بعينها. كما تكون هذه القاعدة مقرونة بجزء توقعه السلطة المختصة حالة مخالفة أحكامها وهذا كأمر طبيعي للقاعدة القانونية التي تتضمن أمرا ينطوي على الإلزام⁽³⁶¹⁾.

لقواعد التجارة الدولية نفس الأوصاف السابقة الذكر، تظهر مثلا في عادات التجارة الدولية التي تحولت إلى قواعد ملزمة ذات مضمون عام ومجرد لإستقرار العمل بها في الأوساط التجارية وتقنين الكثير منها في الشروط العامة للعقود النمطية، ومع استمرار العمل بها - سواء كان ذلك بالنسبة للأعراف المقننة أو غير المقننة - اكتسبت في النهاية الصفة القانونية بغض النظر عن الأعراف التي تخص نوعا معينا من العقود داخل الحرفة أو المهنة الواحدة ، فهذا ما لا يقيد من عموميتها و لا ينفي عنها الصفة القانونية لهذه الأعراف⁽³⁶²⁾.

في هذا الإطار ذهب جانب من الفقه إلى القول أن شروط العقود النمطية والعادات المدونة تتمتع على نحو كاف بعمومية وتبصر كي تعد تعبيراً عن قواعد عرفية يتبناها المتعاقدون وتفرض عليهم ، وحتى العادات غير المدونة أو غير المكتوبة تكون في الواقع محددة بطريقة كافية يطبقها المحكمون دون صعوبة لاكتسابها صفة القواعد

360 - جعفر محمد السعيد ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومه ، الجزائر ، 2004. ص 23 .

361 - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق . ص 39.

362 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2012. ص 56 .

القانونية⁽³⁶³⁾ . مثل هذا الإتجاه أخذت به محكمة باريس في أحد أحكامها الصادرة سنة 1981 وقالت فيه إن عادات التجارة التي استقرت في مجال بيع وشراء البصل هي قواعد قانونية تطبق حتى لو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يمكن أن يقبل الإعتذار بجهلها⁽³⁶⁴⁾.

ونفس الشيء بالنسبة للمبادئ القانونية المشتركة التي اكتسبت هي الأخرى صفة القواعد القانونية التي أرساها قضاء التحكيم لتناسبها مع العلاقات الاقتصادية الدولية. فهي قواعد قانونية قائمة بذاتها مستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية التي إستمدت منها وجودها وأصبحت تشكل إعتقاد لدى رجال الأعمال في مجال التجارة الدولية بأهميتها وضرورتها في تنظيم العلاقات القائمة فيما بينهم ويتولى قضاء التحكيم تطبيق أحكامها .

من بين هذه المبادئ التي استقرت في هذا المجال ، نجد مثلا مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق و مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية الذي اعتبره قضاء التحكيم من بين الأعراف السائدة في مجال العقود الاقتصادية الدولية ، فالإخلال بهذا المبدأ حسب قرارات التحكيم يعتبر خرقا لقاعدة ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية⁽³⁶⁵⁾ .

في هذا الإطار يرى أنصار قواعد التجارة الدولية أن ملائمة هذه القواعد لحاجة معاملات التجارة الدولية هو الذي يفسر القوة الإلزامية لهذا القانون والتي تستمد من الإعتقاد الكامل لدى المتعاملين بحتمية تطبيقها في مجال التجارة الدولية التي تؤدي في النهاية إلى تطوير هذه التجارة .

363 - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 331.

364 - هذا الحكم مشار إليه في مرجع: أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق، ص 333.

365 - ناجي عبد المؤمن، « مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية طويلة المدة »، مجلة الأمن والقانون، السنة الثامنة العدد الأول، 2000. دبي، ص 65 وكذلك ما ورد في الهامش 103 من الصفحة 190.

وإستنادا إلى ما تقدم أدى ببعض الفقهاء إلى القول - خاصة فقه الدول الغربية - بوجود نظام قانوني جديد يحتوي على قواعد مادية متعلقة بعقود التجارة الدولية (366). وهذا ما أكده الفقيه Loussouarn في إحدى مداخلاته عندما قال:

« De cette lex mercatoria ..., il faut bien reconnaître qu'à l'heure actuelle il s'agit d'un droit qui est en formation.. » (367).

ثانيا: قواعد التجارة الدولية لها طابع نوعي أو طائفي

تدخل قواعد التجارة الدولية في إطار القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، والخاصية الأساسية لهذا القانون هو أنه طائفي يطبق على فئة معينة من الأشخاص دون سواهم وهي الفئة التي تمتهن التجارة الدولية. مثل هذه الخاصية لها ما يقابلها في إطار القواعد القانونية الداخلية الصادرة من المشرع الوطني والمتمثلة في خاصية العمومية؛ فعمومية القاعدة القانونية لا تعني بالضرورة أنها تطبق على كل الناس وإنما تطبق على طائفة معينة (368).

فالقانون التجاري الذي ينظم الأعمال التجارية في ظل التشريعات الداخلية لا يطبق إلا على طائفة معينة من الأشخاص وهم التجار و نفس الشيء بالنسبة لقواعد التجارة الدولية فهي تخاطب فئة معينة من الأفراد وهم رجال وممارسي التجارة الدولية سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام كما هو الشأن بالنسبة للدول ، فالعبرة بطبيعة العلاقة وليس بالنظر إلى أطراف العلاقة العقدية.

تظهر طائفية قواعد التجارة الدولية بالنظر إلى مختلف مراحل تطورها ، فالتجار هم صانعو هذه القواعد بأنفسهم بمناسبة إلتقاءهم في أسواق عالمية خلال القرن الحادي عشر وأنشأوا فيما بينهم مجموعة من الأعراف بمعزل عن السلطات المحلية وكما أنشأوا

366 - أشرف وفا محمد، « التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري »، المجلة

للقانون الدولي، المجلد الخمسون، 1994، ص 44.

367 - Procès- verbaux des débats concernant le colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelle, (30-31-octobre 1980), helbing et lictenhahn. Francfort, 1983, p131.

368 - للمزيد من التفاصيل بشأن خصائص القاعدة القانونية راجع ، سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص

قضاء خاص بهم يطبق هذه القواعد والذي ساهم بدوره في تطويرها . ومع التطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية تطورت هذه القواعد العرفية بعد أن تم إحيائها من جديد من قبل التجار الذين شكلوا فيما بينهم مجتمعا قائم بذاته له حاجياته الذاتية مما يقتضي وجود قواعد قانونية موحدة تطبق على مثل هذه العلاقات .

أما نوعية هذه القواعد – قواعد التجارة الدولية – فتتمثل في حلولها الخاصة التي تميزها عن سائر القواعد الموضوعية والمناهج الأخرى وهذا بالنظر إلى خصوصية العلاقات التجارية الدولية. فالمجتمع الدولي للتجارة له معطياته ومشكلاته الذاتية يتطلب وجود قواعد قانونية تتماشى مع طبيعة هذا المجتمع ومن هنا نقول أن قواعد التجارة الدولية هي قواعد نوعية تخص العلاقات التجارية .

ليست قواعد التجارة الدولية طائفية أو نوعية بالنظر إلى الأشخاص الذين يخضعون لهذه الأحكام أو بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تبين نطاق تطبيق هذه القواعد وهذا على النحو الذي بيناه سابقا ، وإنما تظهر الخاصيتين السابقتين بالنظر إلى طبيعة هذه القواعد في حد ذاتها ، فهناك بعض العقود تدرج ضمن العقود التجارية الدولية ولكنها تخص نوعا معين من المعاملات بعينها أي تطبق على فئة معينة من المتعاملين كما هو الشأن مثلا للعقود المنظمة في إطار العقود النمطية كما هو الحال بالنسبة للعقود النموذجية التي تخص تجارة الصوف أو تجارة الحبوب أو تجهيز المصانع حيث تلزم المتعاملين بها الالتزام بتطبيق أحكام هذه العقود (369).

ثالثا: الصفة المادية أو المباشرة لقواعد التجارة الدولية

تظهر هذه الخاصية بالنظر إلى دور هذه القواعد والمتمثل في التنظيم المباشر للعلاقات والروابط القانونية الناشئة في إطار التجارة الدولية لإحتوائها على قواعد موضوعية تفصل في النزاع مباشرة دون الإحالة إلى الأنظمة القانونية الأخرى. ومن هنا يظهر الاختلاف القائم بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج القوانين الذي يقوم على قواعد الاسناد الفارغة المضمون.

369 - محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص 67.

المطلب الثاني

المقارنة بين قواعد التجارة الدولية وسائر

قواعد قانون الدولي الخاص

تعدُّ العلاقات الخاصة الدولية يعني تعدد أساليب تنظيم مثل هذه العلاقات ويظهر في مختلف مواضيع قانون الدولي الخاص. فوجود مناهج مجاورة لمنهج قواعد التجارة الدولية يقتضي الأمر إجراء مقارنة بين هذه القواعد التي تنتمي إلى المنهج المباشر وبين قواعد الإسناد التي تنتمي إلى منهج تنازع القوانين (الفرع الأول)، كما يتم إجراء مقارنة كذلك بين هذه القواعد - قواعد التجارة الدولية - وقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي هي الأخرى للمنهج المباشر (الفرع الثاني).

كما سنجري مقارنة كذلك بين قواعد التجارة الدولية وبين سائر مواضيع قانون الدولي الخاص التي تضطلع إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقارنة بين قواعد التجارة الدولية

و قواعد الإسناد

تندرج قواعد الإسناد ضمن منهج تنازع القوانين الذي يعتبر أقدم مناهج التي يعتمد عليها في فض النزاعات المترتبة من العلاقات الخاصة الدولية ويكون عن طريق ارشاد القاضي إلى القانون المختص بعد اعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي. وهذا على خلاف المنهج المباشر القائم على قواعد التجارة الدولية الذي يحسم في النزاع مباشرة لاحتوائه على الحل الموضوعي للنزاع القائم بين الأطراف.

تأكد هذا التجاور بين المنهجين بعد التطور الذي عرفه قانون الدولي الخاص⁽³⁷⁰⁾، فكانت الفكرة التقليدية لهذا القانون تقوم على توزيع الاختصاص التشريعي

370 - عرف قانون الدولي الخاص تطورات فيما يخص كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي ، حيث كان الفقه التقليدي يسعى إلى إيجاد منهج من خلاله يتم توزيع الإختصاص التشريعي بين الدول لتسوية=

بين الدول دون أن يعتني بالحلول الموضوعية للعلاقات الخاصة الدولية وهذا وما أدى إلى إخراج المنهج المباشر من الأبحاث القانونية ؛ هذا الاتجاه الضيق لقانون الدولي الخاص أصبح لا يتلاءم مع تطورات التي عرفتها علاقات التجارة الدولية التي ساهمت في ظهور قواعد موضوعية وفرضت نفسها في نطاق الدراسات التي تتم في هذا الجانب كونها تتلاءم مع التطورات الحالية للتجارة الدولية⁽³⁷¹⁾.

زيادة على ذلك، يظهر التجاور القائم بين المنهجين في أن كليهما يسعيان إلى تنظيم روابط منطقية على عنصر أجنبي التي تخرج من نطاق تطبيق القوانين الوطنية الداخلية وتدخل ضمن تطبيق قاعدة الإسناد أو قواعد التجارة الدولية.

بالرغم من التقارب الموجود بين المنهجين، يبقى الاختلاف قائماً فيما بينهما ويظهر في الطريقة التي يتم من خلالها فض النزاعات ، فقد سبقت الإشارة إلى أن منهج تنازع القوانين يقوم على أسلوب فني يتمثل في إصطفاء أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع ويكون ذلك عن طريق إعمال قواعد الإسناد التي تتولى تركيز العلاقة القانونية في أحد الأنظمة القانونية التي يرى فيها المشرع أكثر ملاءمة لحكم النزاع ، وبعد ذلك تتولى القواعد الموضوعية الفصل في موضوع النزاع .

مثل هذه الإجراءات الطويلة والمعقدة التي لا تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الدولية ، ليس لها وجود في حالة تطبيق قواعد التجارة الدولية التي تقدم الحل الموضوعي للنزاع مباشرة كما يفصل القاضي الوطني في النزاعات الداخلية التي لا تحتوي على عنصر أجنبي .

=النزاعات المترتبة من العلاقات الخاصة الدولية بكيفية مجردة بما فيها العقود الدولية ؛ وهذه النظرة تغيرت في ظل التطورات الحالية لقانون الدولي الخاص تماشياً مع التطورات الحاصلة في أي دولة ، فقد زاد تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والإقتصادية ترتب عنها وجود قواعد ذات التطبيق الضروري التي تستبعد منهج تنازع القوانين . كما تغير وظيفة قواعد الإسناد من التوزيع المجرد للقوانين واجبة التطبيق إلى قواعد إسناد ذات غاية مادية كما سبق وأن بينا في الدراسة السابقة. - في هذا الخصوص راجع :

- OPPETIT Bruno, « Autour du contrat international », Revue française de théorie juridique, P.U.F, 1990.p 108 -109.

371 - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 346 - 347.

كما يوجد إختلاف آخر بين قواعد التجارة الدولية وقواعد الإسناد ذات الغاية المادية التي يسعى المشرع من خلالها إلى تحقيق غاية مادية معينة كتلك المتعلقة مثلا بسلامة صحة التصرفات من حيث الشكل ؛ فللتقليل من الحالات المؤدية إلى إبطال التصرفات مكنَّ المشرع الأطراف من إختيار أحد القوانين المبينة في قاعدة الإسناد ليكون العقد صحيحا وفقا لهذا القانون . نفس الشيء بالنسبة للقاعدة التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، فقد سمح المشرع للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق - إذا ما توفرت شروط الاختيار - الذي يستجيب لمصالحهم الشخصية⁽³⁷²⁾.

لكن هذه الوسيلة المستعملة - قاعدة التنازع ذات الغاية المادية - التي يراد منها تحقيق غاية مادية لا يمكن أن تتحول إلى قاعدة موضوعية، فلتحقيق الغاية المادية لا يتم بصفة مباشرة بمجرد معرفة القاعدة. هذا على خلاف القاعدة المادية- قواعد التجارة الدولية- تهدف إلى تحقيق نتيجة محددة ويتم التوصل إليها بمجرد معرفة وتطبيق تلك القاعدة، وهنا يحدث التطابق بين الغاية المادية والوسيلة في إدراكها⁽³⁷³⁾.

لا يقتصر الإختلاف بين القواعد التي تنتمي إلى المنهج المباشر وهي في هذه الحالة قواعد التجارة الدولية وبين منهج تنازع القوانين القائم على قواعد الإسناد في كيفية حل النزاعات الخاصة الدولية، وإنما تظهر كذلك في وظائف هذه القواعد؛ فقواعد التجارة الدولية وظيفيتين أساسيتين، فالوظيفة الأولى هي وقائية والوظيفة الثانية علاجية وهذا على خلاف منهج قواعد الإسناد الذي له وظيفة واحدة فقط وهي وظيفة علاجية تظهر عند تحريك قواعد الإسناد عندما يكون هناك إعتداء قد حدث على الحق أو

372 - تعتبر قاعدة الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية هي قاعدة إسناد ذات غاية مادية لأن إرادة الأطراف هي التي تتولى تعيين القانون المختص. للمزيد من التفاصيل بشأن هذه الحالة راجع : POMMIER Jean- Christophe, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », Journal du droit international privé, N 1, 119^{ème} année, 1992, p8-9.

373 - أشرف وفا محمد، « التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري »، مرجع سابق، ص 39 -

المركز القانون المتولد عن الرابطة الدولية ومن ثم تكون هناك مطالبة قضائية من قبل صاحب الحق أمام الجهات القضائية .

فجانبا أهمية الوظيفة العلاجية التي تتميز بها قواعد التجارة الدولية تظهر أهمية الوظيفة الوقائية التي تزود المتعاقدين بالعلم المسبق بمضمونها تمكن الأطراف من تفادي أي نزاع بمعرفة حكم القانون وهذا ما يساعدهم أثناء مرحلة التفاوض من معرفة حقوقهم وواجباتهم كما لو كان التعاقد تم وفقا لأحد العقود النموذجية وما استقرت عليه الأعراف التجارية وما شبه ذلك من محتويات هذه القواعد⁽³⁷⁴⁾ .

الفرع الثاني

المقارنة بين منجم القواعد الموضوعية ومنجم

قواعد ذات التطبيق الضروري

تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري ضمن مناهج القانون الدولي الخاص ويتم إعمالها بكيفية مباشرة كلما تعلق الأمر بمجال إعمالها دون التمييز بين العلاقات الخاصة الوطنية وبين العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي؛ وارتبط ظهورها بتزايد تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي والاجتماعي لحماية المصالح الجوهرية التي تقوم عليها.

ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الأسلوب المستعمل لتطبيق قواعد التجارة الدولية هو نفسه مع الأسلوب المستعمل لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري ، وهذا ما يؤكد الأستاذ KAHN حينما قال أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية في عناصره الجوهرية يشكل قانونا ذي تطبيق مباشر أو فوري⁽³⁷⁵⁾ ، و يطبق بكيفية مباشرة دون اللجوء إلى وساطة بين القاضي وهذه القواعد، مثل هذا الوصف ينطبق على القواعد

374 - هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001. ص 10-11.

375 - هذا القول مشار إليه في مرجع: أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 359.

ذات التطبيق الضروري لانطباقها المباشر على النزاع دون التمييز بين العلاقات الخاصة الدولية والعلاقات الخاصة الداخلية.

بالرغم من التقارب بين المنهجين فيما يخص كيفية إعمالهما ، يبقى الاختلاف قائماً بينهما مرتبط بالأسباب التي أدت إلى ظهور هذه القواعد والهدف المنتظر منهما ؛ فهي كأداة - القواعد ذات التطبيق الضروري - لتحسين المجتمع من كل الإتفاقات التي تمس المصالح الجوهرية في المجتمع دون التمييز بين ما يتم في إطار القانون الداخلي أو تلك المشتملة على عنصر أجنبي. زيادة على ذلك ، فهي دائماً من صنع المشرع الوطني كونه هو الأدرى ما يعتبر من المصالح الجوهرية في الدولة ومن ثمة يجب تنظيمه تنظيماً آمراً .

هذا على خلاف القواعد قواعد التجارة الدولية Lex- mercatoria التي تستمد وجودها من مصادر مختلفة تطبق على نوع معين على العلاقات الخاصة الدولية وهي المعاملات الاقتصادية الدولية ؛ والهدف منها، هو محاولة توحيد القواعد القانونية التي تطبق على مثل هذه المعاملات التي تربط كل الدول بغض النظر عن مستواها الاقتصادي وطبيعة النظام السياسي السائد فيها ، فالحاجة الاقتصادية تلزم كل الدول إلى أن تتعاون معاً لخلق ظروف تساعد على تطوير مثل هذه المعاملات ، ونخص بالذكر في هذه الحالة ضرورة وجود التسامح بتطبيق قواعد التجارة الدولية والتوسيع من نطاق تطبيقها ويكون ذلك عن طريق التقليل من اللجوء إلى سن قواعد تأخذ وصف قواعد ذات التطبيق الضروري كونها تتجاهل وجود قواعد تخص عقود التجارة الدولية.

يمكن القول أن قواعد التجارة الدولية هي قواعد ظهرت لتطبق على نوع واحد من العلاقات الخاصة الدولية المتمثلة في عقود التجارة الدولية ولها مضمون عالمي تزود المتعاقدين بالعلم المسبق بمضمونها وتمكنهم من الاستعانة بها خلال التعاقد أو بعد التعاقد حالة وجود نزاع فيما بينهما وقبل عرضه على القضاء المختص⁽³⁷⁶⁾ .

376 - كما يظهر الفرق بين قواعد التجارة الدولية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري من حيث النطاق ، فالفئة الأولى من القواعد تطبق فقط على العلاقات الاقتصادية الدولية سواء كان أطرافها جميعاً من أشخاص القانون =

نتوصل من كل ما سبق إلى القول بأن قواعد التجارة الدولية هي قواعد قانونية قائمة بذاتها مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية تسعى إلى تنظيم مجتمع قائم بذاته وهو مجتمع التجارة الدولية الذي أصبح كمجتمع متماسك ومترابط له خصوصياته الذاتية تميزه عن المجتمع الداخلي للدول .

من الطبيعي أن يكون لهذا المجتمع قواعده قانونية موازية للقواعد الوطنية الداخلية يتولى قضاء التحكيم بتطبيقها وتطويرها على نحو يتماشى مع التطورات الحاصلة في هذا المجتمع ومع فرض الجزاء على كل من يخالف أحكامها⁽³⁷⁷⁾ . والجزاء الذي يفرض في هذه الحالة هو من النوع الخاص ويأخذ أحد المظهرين؛ الأول نقدي يتمثل في دفع مصاريف التحكيم أو مبلغ التعويض الذي يحكم به المحكم. أما الثاني يتمثل في الجزاء الأدبي كالحالة التي يتم فيه نشر الأسماء الأطراف المتخلفة عن تنفيذ حكم التحكيم أو حرمانها من التمتع بخدمة التحكيم الطائفي في المستقبل أو حرمان المتخلف من تنفيذ أحكام المحكمين من العمل في الأسواق التي تتحكم فيها الطائفة⁽³⁷⁸⁾ .

=الخاص أو كان أحد أطرافها الدولة خصوصا بشأن إتفاقيات وعقود الإستثمار والتنمية الإقتصادية . هذا خلاف الفئة الثانية - القواعد ذات التطبيق الضروي - تطبق على كل العلاقات الخاصة الدولية.

- إيمان طارق مكي، عبد الرسول عبد الرضا جابر، « القواعد ذاتية الحلول العالمية في القانون الدولي الخاص »، مجلة العلوم الإنسانية المجلد 1، السنة 2014، جامعة بابل، ص 51.

377 - سبق وأن بينا أن القضاء الداخلي يرفض تطبيق قواعد التجارة الدولية في إطار المنهج التنازعي ؛ إلا أن فقه قانون التجارة الدولية يؤكد على إمكانية تطبيق هذا القضاء لهذه القواعد وفقا لهذا المنهج لو تم إختيارها صراحة من قبل الأطراف . المثال على هذه الحالة يظهر في عقود البترول، فلو أبرم عقد بين دولة من جهة وستة شركات من جهة أخرى والتي تشكل بما يعرف (consortium)، ففي هذه الحالة لا يمكن تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية دون الأخرى ومن ثمة يتم تركيزه في محيط القواعد العابرة للحدود وهي قواعد التجارة الدولية. راجع في هذا الشأن:

- Procès- verbaux des débats concernant le colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelle, op.cit, p129.

378 - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر العربي، الاسكندرية ، 1998، ص 237-238.

الفرع الثالث

المقارنة بين قواعد التجارة الدولية مع سائر مواضع القانون الدولي الخاص

تظهر أهمية المقارنة بين قواعد التجارة الدولية وبقية المواضع التي تدرج ضمن اهتمامات قانون الدولي الخاص في إظهار أهم الاختلافات القائمة بين القواعد القانونية التي تنظم التجارة الدولية على نحو مباشر وبين القواعد الأخرى التي تضطلع هي الأخرى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية المرتبطة بالاعتبارات السيادية التي تظهر في القواعد التي تتولى تنظيم هذه المواضع⁽³⁷⁹⁾. فهي قواعد مفردة الجانب تهتم بتنظيم شؤون العلاقات الخاصة الدولية بصفة مباشرة وفقا لمنظور الدولة التي تنتمي إليها ولها علاقة بالجانب السيادي للدول .

فالقواعد التي تنظم الجنسية مثلا، تقتصر فقط على إظهار الشروط اللازمة للحصول على الجنسية الوطنية والحالات التي يتم فيها اكتسابها وفقدانها وما شابه ذلك من الشروط التي تنفرد الدولة بوضعها دون أن تمتد هذه السلطة لإظهار شروط واجب توافرها بالنسبة للتشريعات الأجنبية ؛ فإذا قام المشرع الوطني بذلك يكون هذا التنظيم عديم الجدوى بالنسبة للدولة الأجنبية، وأكثر من ذلك، قد يعتبر هذا تعديا على سيادتها.

نفس الشيء بالنسبة للقواعد التي تحدد الإختصاص القضائي الدولي، فهي قواعد موضوعية ذات شق واحد تحدد المحكمة المختصة مباشرة⁽³⁸⁰⁾ ؛ فتبين الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة للنظر في الدعوى وذلك عن طريق رسم حدود اختصاص المحاكم الوطنية دون أن يتولى رسم اختصاص المحاكم الأجنبية باعتبار مثل

379 - من القواعد التي يتضمنها قانون الدولي الخاص تضطلع إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية نجد تلك المتعلقة بالجنسية والاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب فتولى المشرع تنظيم هذه المسائل على نحو مباشر على خلاف موضوع تنازع القوانين الذي تستعمل فيه قواعد غير مباشرة تبين القانون المختص كما سبق وأن بينا .
راجع في هذا الشأن :

- DERRUPPE Jean, op.cit, p 2.

380 - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 32-33.

هذه القواعد هي وثيقة الصلة بالقانون العام لأن أداء القضاء مظهر فعال للسيادة ووظيفة هامة من وظائف الدولة (381) .

فالقواعد السابقة الذكر هي قواعد من وضع التشريعات الداخلية تحتوي على حلول موضوعية تنظم العلاقات الخاصة الدولية وتقوم على اعتبارات وطنية مرتبطة بالسيادة تتفرد الدولة بوضعها انطلاقاً من توجهاتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية دون أن يتعدى هذا التنظيم ليمس الدول الأخرى.

المطلب الثالث

العوامل التي ساهمت في ظهور

قواعد التجارة الدولية

ساهمت مجموعة من الظروف في ظهور قواعد التجارة الدولية وجعلت منها قواعد قانونية قائمة بذاتها وموازية للقواعد القانونية الداخلية وتتنطبق على نوع معين من المعاملات وهي عقود التجارة الدولية التي لها علاقة مع أكثر من نظام قانوني واحد . وظهور هذه القواعد يرجع إلى مجموعة من الظروف منها تاريخية (الفرع الأول)، والأخرى مرتبطة بالتطورات الحالية للإقتصاد العالمي الذي عرف تطورات حولت العالم إلى قرية صغيرة (الفرع الثاني) ، وترتب من ذلك عدم ملائمة المنهج التنزاعي لحل النزاعات المترتبة من هذه المعاملات مما يقتضي الرجوع إلى إحياء العمل بقواعد التجارة الدولية (الفرع الثالث).

الفصل الأول

العوامل التاريخية

سبق وأن قلنا أن من بين خصائص قواعد التجارة الدولية أنها تطبق على فئة معينة من الأشخاص، وهي الفئة التي كانت تلتقي في الأسواق والمعارض الدولية خلال القرن الحادي عشر في غرب أوروبا على ضفاف حوض البحر الأبيض المتوسط خاصة في مدن شمال إيطاليا وكانت هذه المرحلة تسمى بالمرحلة العرفية للقانون التجاري الدولي (382).

بما أن التجارة هي أقدم مظاهر الحياة الاقتصادية التي عرفها الإنسان منذ زمن بعيد ، أي منذ أن كان الإنسان يبحث عن تلبية حاجياته الذاتية والظرافية والوسيلة المستعملة آنذاك هي المقايضة ، فيتحصل على السلع التي يفقر إليها من خلال مقايضتها مع السلع التي هي بحوزته . ومع التطور الحاصل في المجتمعات القديمة خاصة مع ظهور المدينة واستعمال الملاحة البحرية كوسيلة لربط هذه المدن المطلة على البحر ، أدى إلى توسيع نطاق الأسواق لتولّد حركة تجارية واسعة وذلك عندما ظهرت معارض تجارية يتوافد عليها التجار من مختلف المدن المجاورة (383) .

مع التقاء التجار في هذه الأسواق ، كوّنوا فيما بينهم طوائف قوية لها سلطات متعددة تخص الجانب السياسي والاقتصادي والاجتماعي وحتى القضائي ، ويرجع السبب في ذلك إلى غياب سلطة مركزية تضطلع بوظائف الدولة وكان ذلك بعد انهيار الإمبراطورية الرومانية وظهور الحروب الصليبية ، وبالمقابل برز دور الطائفية في مجال المعاملات التجارية التي أصبح لديها سلطات قوية عندما شكل التجار اتحادا فيما بينهم يقوم على تجميع العادات والأعراف المستقرة في الأسواق التجارية ويتولى قضاء

382 - مصلح أحمد الطراونة ، قانون التجارة الدولي ، دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ، دار رند للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2001 ، ص 30 .

383 - كما ساهمت الحملات الصليبية بدورها في ظهور مثل هذه القواعد وذلك من خلال غزو الأماكن المقدسة المنتشرة في مختلف مناطق العالم ترتب عنها قيام حركة تجارية نشيطة نتيجة توافد التجار على هذه المناطق .
- HUGUES Kenfack, op.cit, p 3.

خاص بتطبيقها⁽³⁸⁴⁾. وما يميز هذه المرحلة العرفية، أن العادات والأعراف متحررة من كل الاعتقادات الدينية ومن الشكليات تحررا تاما تماشيا مع مرونة هذه القواعد⁽³⁸⁵⁾.

كما يرجع الفضل إلى هذه الأسواق والمراكز التجارية في بلورة وتطوير العادات والأعراف التجارية التي أخذت طابعا دوليا وأصبحت واجبة التطبيق في تلك المدن والأسواق على فئة التجار المتعاقدين فيها بغض النظر عن المدينة التي جاؤوا منها ، ومجموع هذه الأعراف والعادات كونت ما يسمى بقانون التجار Lex Mercatoria والذي ساد في أوروبا والمشرق حتى أواخر القرون الوسطى واستمر إلى غاية القرن السادس عشر⁽³⁸⁶⁾.

بعد التطور الذي عرفته الأعراف التجارية ، جاءت مرحلة اضمحلالها مع نهاية القرن السادس عشر ، وهي المرحلة التي ظهرت فيها الدولة التي تولت بنفسها ممارسة التجارة مع غيرها من الدول ، كما قامت بوضع قوانين داخلية لتحقيق الوحدة التشريعية بدلا من الوحدة العرفية عن طريق التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية مما أدى إلى تجريد قانون التجار من محتواه العرفي والعالمي وأصبح له طابعا وطني يتلاءم مع التوجهات السياسية والاقتصادية لكل دولة ولو كان ذلك على حساب مصالح التجارة الدولية⁽³⁸⁷⁾.

ما يبين التحول الذي شمل هذه القواعد الذي أفقدها الطابع العالمي واضفاء عليها طابع وطني داخلي ، هو اتجاه دول شمال إيطاليا إلى إكتساب قواعد خاصة بها ، كما تولى القضاء البريطاني بدوره تكوين قواعد تخص المعاملات التجارية ، نفس الشيء

384 - فايز نعيم رضوان ، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998، ص3.

385 - هناك من يرى أن الرومان اضطروا تحت تأثير حاجتهم للتجارة إلى التخلي عن الرسميات والشكليات التي تسود قانونهم ووضعوا قواعد بعيدة عن الرسمية والشكلية لتحكم علاقاتهم مع الأجانب.

- نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 122.

386 - مصلح أحمد الطراونة ، مرجع سابق ، ص 30-31 .

387- عيد عبد الحفيظ ، « عقود الأعمال إحياء لقانون التجارة الدولي »، ملتقى طني حول : عقود الأعمال

ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2012 ، ص 25 .

بالنسبة لفرنسا التي أصدرت القانون التجاري سنة 1807 الذي يحتوي على قواعد تخص المعاملات التجارية ذات طابع وطني .

مع نهاية القرن التاسع عشر، بدأ قانون التجارة الدولي يعود من جديد نتيجة للتطورات الاقتصادية الراهنة للدول التي أدركت بأهمية توحيد القواعد التي تفصل في نزاعات التجارة الدولية لتفادي مشكلة عجز القوانين الداخلية في مسايرة مثل هذه التطورات⁽³⁸⁸⁾؛ من هنا استرجع قانون التجارة الدولية نفوذه ليهيمن على منهج تنازع القوانين⁽³⁸⁹⁾، لتجد قواعد التجارة الدولية مكانتها والتي تتجاوب مع طبيعة المعاملات التجارية العابرة للحدود و لقيت ترحيبا من قبل التجار أنفسهم الذين يرغبون في توحيد القواعد التي تنظم مثل هذه المعاملات⁽³⁹⁰⁾.

الفرع الثاني

العوامل الاقتصادية

تم احياء العمل بقواعد التجارة الدولية من جديد نتيجة للتطور النشاط الاقتصادي خلال القرن التاسع عشر والتقدم التكنولوجي الهائل خلال القرن العشرين و ترتب منه وجود إرادة قوية بين الدول للتعاون فيما بينها، فالنشاط الاقتصادي الأدنى هو في أمس حاجة للنشاط الاقتصادي الأعلى منه لدعمه ولمدته بوسائل النمو مما يجعله في تبعية دائمة تختلف درجتها من دولة إلى أخرى؛ فحتى المستويات الاقتصادية المتقدمة محتاجة إلى التعاون فيما بينها لتبادل الخبرات والمصالح. فازدهار التجارة الدولية وضرورتها مترتبة من ظاهرتين أساسيتين، أولهما ظاهرة التخلف والرغبة في التنمية

388 - وحدة الحلول القانونية وزوال الإختلاف بين القوانين هو حلم يراود الإنسان عموما ورجال القانون خصوصا، وفي هذا الإطار يقول بعض الفقهاء: " إن إختلاف القوانين عميق واسع، أول لعنة تضرب كوكبنا السيار... ولن يزول هذا الاختلاف إلا بنور الصباح حيثما يكون لكل الناس في الأرض قاطبة نفس القانون ولن يبرغ إلا إذا كنا جسدا واحدا راقيا بدون دول وبدون قانون....". نقلا عن: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 175.

389 - HUGUES Kenfack, op.cit, p 4.

390 - LOQUIN Eric, « Les règles matérielles du commerce international », op.cit, p446.

والتطوير وثانيهما ظاهرة التعاون الدولي وتبادل الخبرات المتقدمة حتى بين المجتمعات الأكثر تقدماً (391).

شهد القرن الماضي تغييراً جوهرياً في النظام العالمي ممثلاً في بداية التحول نحو النظام الأحادي المتمثل في هيمنة الرأسمالية الصناعية الغربية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية بعد انهيار الكتلة الإشتراكية وتحول غرب أوروبا نحو الوحدة السياسية والاقتصادية وبروزها كعقدة إقتصادية دولية ، كما نلمس الصعود الاقتصادي للشرق الآسيوي الذي يضم اليابان والصين و ظهور مؤسسات عالمية إقليمية حديثة التي تنهض على مبدأ تحرير التجارة الدولية⁽³⁹²⁾. ومن هنا بدأت تظهر العولمة التي حولت العالم إلى سوق وقرية عالمية واحدة تنتقل منها عناصر الإنتاج والتكنولوجيا دون قيود ؛ وجاء ذلك مصاحباً لإنشاء مؤسسات عالمية جديدة لوضع هذا التحول موضوع التطبيق بإنشاء منظمة التجارة العالمية التي تعتبر أبرز المحركات الاقتصادية لهذه العولمة⁽³⁹³⁾.

391 - محمد شوقي شاهين، « القانون الدولي الخاص كمدخل لدراسة قانون الأعمال»، مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، السنة الثامنة والعشرون، 1988، ص 134.

- فوجود مثل هذا التعاون يعني وجود مصالح مشتركة و مترابطة ليس فقط بين الدول وإنما بين هذه الأخيرة والمتعاملين الإقتصاديين ، حيث تؤثر مصلحة الدولة على مصلحة الأعوان الإقتصاديين وذلك من خلال القواعد القانونية التي تضعها لتنظيم المبادلات التجارية سواء كانت تتعلق بالنشاط التجاري أو غير ذلك ولكنها تؤثر ولو على نحو غير مباشر على الروابط الإقتصادية الدولية كما هو الشأن بالنسبة للقوانين التي تحارب الرشوة وتبييض الأموال. من جهة أخرى يمكن لمصالح الأطراف أن تخدم مصالح الدولة وذلك عندما تتبنى القواعد المستقرة في الأوساط التجارية والتي تساهم بدورها في تطوير التجارة الدولية. راجع :

- BOUCOBZA Xavier، « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international », Revue de l'arbitrage, n°2 année 2005. p 481-482.

392 - عزيزة الشريف، « مدى التزام الدولة بمطابقة التشريعات الوطنية مع أهداف اتفاقيات وسياسات منظمة التجارة الدولية»، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دبي، 2010، ص 188.

393 - نفس المرجع، ص 192.

الغرض من ظهور منظمة التجارة الدولية هو لعولمة الإقتصاد الدولي ، فهي كأداة لتنظيم وترشيد التجارة الدولية سواء في مجال (السلع أو الخدمات ، الفلاحة ، الملكية الفكرية)، فبلغ عدد الدول المنظمة في هذه المنظمة 150 دولة وذلك إلى غاية 1 جانفي 2007 ، والتي تمثل 98 ٪ من التجارة العالمية .

- RACINE Jean – Baptiste، SIIRIAINEN Fabrice op. cit، p 26.

أثرت العولمة بشكل مباشر على القواعد القانونية التي تنظم التجارة الدولية ويظهر ذلك في الشروط واجب توافرها بالنسبة للدولة التي تريد الإنضمام للمنظمة والمتمثلة في ضرورة تعديل تشريعاتها والأنظمة الداخلية لتتفق مع إتفاقات هذه المنظمة⁽³⁹⁴⁾. و لا يتعلق الأمر بتعديل هذه التشريعات المفروضة على الدول إستجابة لشروط الإنضمام إلى المنظمة ، وإنما واقع التجارة الدولية يلزمها بالانفتاح على القواعد التي تنظم التجارة الدولية لاستبعاد القوانين الداخلية من تنظيم المبادلات التجارية ذات البعد العالمي .

ما يبين على سبيل المثال تأثير الحاجة الاقتصادية في قبول التعامل بقواعد التجارة الدولية ، هو التعامل بتقنيات عقود الأعمال التي ابتكرت أساليب جديدة للتعاقد غير معروفة في القوانين الداخلية وفرضت نفسها نتيجة لأهميتها في تنمية الاقتصاد الوطني والتي أصبحت محل إهتمام سواء من حيث المؤسسات التي تنتمي إلى القطاع العام أو القطاع الخاص على حد سواء⁽³⁹⁵⁾ .

394 - من بين شروط الإنضمام إلى منظمة التجارة العالمية هي وضع قوانين وتشريعات جديدة تتفق مع إتفاقيات المنظمة أو إجراء تعديلات على التشريعات والقوانين المطبقة في الدول لتتلاءم مع الإتفاقيات وتحسينها بصورة تجعلها أكثر اتساقا مع قواعد التجارة الدولية ، بحيث يتم التفاعل بين وضع القوانين على المستوى الوطني ووضعها على الصعيد الدولي .

إن تحسين التشريعات الوطنية هو أحد إيجابيات الإنضمام إلى المنظمة التجارية العالمية ، لأن إتفاقيات المنظمة صيغت على أسس وقواعد متفق عليها دوليا وهي نتيجة مفاوضات طويلة ، وهذا ما يجب أخذه بعين الإعتبار من قبل الدول عند وضعها لتشريعات الوطنية مراعاة التزاماتها في المنظمة ، بالتالي يؤدي ذلك إلى تحسين وتطوير هذه التشريعات لتكون متفقة مع التزامات الدولة . لقد عملت أغلب الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية على وضع قوانين وتشريعات وطنية وتعديلها بما يتفق مع إتفاقيات المنظمة بهدف إزالة أي تعارض بين هذه القوانين والتشريعات وما التزمت به الدول من التزامات حسب قواعد وأحكام المنظمة.

- سعيد سويد النصيبي ، « منظمة التجارة العالمية الأهداف والمبادئ وشروط الإنضمام و تجربة مجلس التعاون الخليجي » ، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لإتفاقيات منظمة التجارة العالمية ، أجريت فعالياته بين 9- 11 ماي 2004 ، الطبعة الأولى ، المجلد الأول ، دبي ، ص 81 - 82.

395 - ظهرت عقود الأعمال في الوقت الذي عجزت فيه العقود الكلاسيكية عن مواكبة مختلف التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الاقتصادية ، فلم تعد العقود التي جاءت بها التشريعات الوطنية بإمكانها تنظيم وتأطير كل ما أفرزه التطور العلمي والتكنولوجي الذي غير من أساليب الإنتاج والتسيير التي تعتمد على دراسات علمية تسمح للمتعاملين بتطوير المنشآت الاقتصادية لفرض وجودهم في السوق الذي يخضع لقواعد المنافسة . =

= ضرورة الإستعانة بوسائل الإنتاج التي أفرزها التقدم التكنولوجي والإستفادة من تقنيات التسيير وتمويل المشاريع أصبح كهدف تسعى إليه كل المؤسسات الإقتصادية لدخول السوق وفرض وجودها سواء كانت من القطاع العام أو القطاع الخاص . فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي التي عانت من تخلف إقتصادي رهيب تسعى إلى بعث نفسها من جديد عن طريق الإستفادة من أحدث أساليب التسيير الناجحة على المستوى الدولي والتي تحتكرها سلاسل دولية تنتمي الى القطاع الخاص كتلك المختصة بتسيير القطاع الفندقي ويكون ذلك وفقا لعقد التسيير .

هذا مع الإشارة إلى أن رغم إنتشار تطبيقات عقد التسيير إلا أنه لم يتم تقنين أحكامه في التشريعات المقارنة بما فيها الدولة التي ظهر فيها وهي الولايات المتحدة الأمريكية ، ويعد أيضا عقد غير مسمى في الدول الأوروبية التي انتشر فيها خاصة في فرنسا وإنجلترا وفي تونس والمغرب .

تعتبر الجزائر من الدول التي عرفت تطبيقات عقد التسيير منذ سنة 1992 ، وبمقتضاه تم خوصصة تسيير المؤسسات العامة ذات الطابع الإقتصادي للمتعاملين المنخصصين في الإدارة حيث أبرمت مجموعة Accor وبين شركة التسيير السياحي للوسط عقد في الجزائر لتسيير فندق الحامة لمدة 5 سنوات. كما تم إبرام عقد آخر بين نفس الأطراف لتسيير فندق MERCURE لمدة 12 سنة كما تم إبرام عقود أخرى مع السلسلة الأمريكية هيلتون HILTON لتسيير فندق MAZAFRAN .

- للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع راجع :

- أيت منصور كمال ، عقد التسيير كآلية لخصوصة المؤسسة العامة ذات الطابع الإقتصادي ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2009، ص 125 وما يليها.

- هذا مع الإشارة إلى أن الجزائر تولت تنظيم عملية أحكام عقد التسيير وذلك بمقتضى:

- قانون رقم 89-01 مؤرخ في 7 فيفري 1989، المتعلق بعقد التسيير المتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 06، المؤرخة في 08/02/1989.

كما أثار التقدم التكنولوجي في إقامة مشاريع ناجحة تحتاج إلى توسيع نطاقها الجغرافي لتقريب السلع والخدمات من المستهلك ، فعن طريق عقد الفرنشيز يتم إستنساخها في أكثر من إقليم واحد سواء كان ذلك على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي لرفع من رقم الأعمال للمؤسسة المانحة الإمتياز، وهذا ما أدى إلى ظهور تطبيقات عقد الفرنشيز. والجزائر من الدول التي عرفت تطبيقات لهذه العقود في مجالات مختلفة بالرغم من أنها لم تتول تنظيمه تشريعيًا.

كما تحاول المؤسسات الحالية البحث عن مصادر لتمويل مشاريعها سواء بالنسبة للمؤسسات الموجودة في السوق أو بالنسبة للمؤسسات التي ستظهر من جديد وهذا دون اللجوء إلى الوسائل التقليدية المتمثلة في الإقتراض من البنوك. وتتمثل هذه التقنية في كل عقد تحويل الفاتورة (مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25/04/1993، المتعلق بعقد تحويل الفاتورة المعدل و المتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 27، المؤرخة 27 أبريل 1993). وعقد الاعتماد الإجاري الذي عرف تطبيقات كثيرة خاصة بعد أن تولى المشرع تنظيمه بمقتضى : أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير 1996 ، المتعلق بالإعتماد الإجاري ، جريدة رسمية عدد 3 ، المؤرخة في 14 فيفري 1996.

يبين الواقع العملي أن عقود الأعمال لم تظهر من إجتهد المشرعين ، وإنما جاءت من الممارسات العملية التي ابتكرها المتعاملون بمناسبة البحث عن فرص جديدة لتوسيع مشاريعهم التجارية وبعد ذلك ظهرت بعض المحاولات =

تخضع العقود التي أبرمت وفقا لأحكام العقود النموذجية التي جرى العمل بها وهي ذات مضمون عالمي اعتاد المتعاملون العمل بها في هذا الجانب . فالتجربة الجزائية في هذا الجانب تكشف عن وجود تطبيقات هذه العقود حتى بالنسبة للعقود التي لم يتم تنظيمها تشريعا كما هو الشأن بالنسبة لعقد الفرانشيز الذي عرف تطبيقات كثيرة ويخضع للقواعد التي إستقرت في العقود النموذجية والتي هي مصدر من مصادر قواعد التجارة الدولية .

كما أثرت العولمة في تطوير التحكيم التجاري الدولي حتى أصبح يستأثر بحل النزاعات المترتبة من العقود الدولية نتيجة تزايد شأنه في الآونة الأخيرة وذلك بظهور هيئات التحكيم الدائمة لتتولى تطبيق وتطوير قواعد التجارة الدولية (396).

ومن خلال التطورات السابقة التي حصلت في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أدت إلى ظهور نظام قانوني قائم بذاته والذي يحتوي على قواعد ذات حلول عالمية والمتمثلة في قواعد التجارة الدولية Lex-mercatoria (397) .

الفرع الثالث

العوامل القانونية

بعد أن تبين عدم صلاحية القوانين الداخلية لحكم وتنظيم العلاقات التجارية الدولية ، تبين كذلك عدم صلاحية المنهج الذي يتولى توزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الأنظمة القانونية والمتمثل في منهج قاعدة الاسناد الذي ساد وسيطر لمدة معتبرة من الزمن في حل النزاعات المترتبة من هذه العلاقات بما فيها عقود التجارة الدولية ، وهذا ما جعله محل انتقادات لاذعة من قبل الفقه تبيّن في مجملها عدم صلاحيته وفعاليتها

= من قبل التشريعات الوطنية لوضع إطار قانوني ينظم هذه العقود ، وإن كان في الأصل أن طبيعة هذه العقود تتطور تلقائيا نتيجة للممارسات التي تتم بين الأعوان الإقتصاديين في مختلف المجالات .

396 - AYNES Laurent, « L'influence de la mondialisation sur le droit des contrats », Osaka University Knowledge Archive, p 46

<http://ir.library.osaka-u.ac.jp/dspace/bitstream/11094/6391/1/oulr046-035.pdf>

397 - PUTMAN Emmanuel, « L'éthique de la lex mercatoria », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 33^{ème} année, 124^{ème} numéro, 2008, p 183.

في مواكبة التطورات التي عرفتها العلاقات التجارية الدولية والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1 - شدة تعقيد المنهج القائم على قاعدة الإسناد : في هذا الإطار وصف بعض الفقهاء منهج تنازع القوانين بأنه : " مستتق كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار ، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصى على الفهم " (398) . وتظهر تعقيدات منهج الاسناد من خلال مراحل اعماله بداية من عملية تكييف طبيعة النزاع لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة حتى يتبين ضابط الاسناد الذي يتم إعماله لتحديد القانون المختص .

حتى عند معرفة هذا القانون المختص تطرح صعوبات أخرى تتمثل في البحث عما إذا كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفض ذلك، وفي حالة قبوله تطرح مشكلة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره. كما يجب على القاضي أن يتوخى الحذر إذا ما كان الاختصاص لقانون معين ثبت عن طريق الغش. وكذا الانتباه إلى الحالات التي تؤدي إلى اعمال فكرة النظام العام .

2 - عدم إمكانية توقع الحلول وإنعدام الأمن القانوني: وهذا من طبيعة المنهج التنازعي الذي يخول للقاضي سلطات كبيرة تظهر في نواحي كثيرة تشكل في مجموعها عقبة تمس بتوقعات الأطراف من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق ؛ فقد يتجاهل القاضي اعمال قاعدة الاسناد في مجال عقود التجارة الدولية بالرغم من أن العقد دولي ، ويؤكد هذا الافتراض الحكم الصادر من القضاء التايلاندي الذي اعتبر عقد بيع دولي للبضائع عقد داخلي على أساس أن البضاعة ستنتقل لتايلاندا ومن ثمة تم تطبيق القانون الوطني ؛ وهذا ما يفيد عدم احترام القاضي لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق (399) .

398 - وهو قول الفقيه Prosser مشار إليه في مرجع : أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ،

مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1979 ، ص 12 .

399 - LAPVANICHAR Ratchaneekorn, op.cit, p 53.

حتى في الحالات التي يفترض فيها تطبيق قاعدة الإسناد تظهر حالات أخرى يمكن فيها إستبعاد تطبيق قانون الإرادة كما لو تم تعديل الاختصاص التشريعي في الحالات التي يتم فيها توفر شروط الاختيار الواردة في قاعدة الإسناد ، فيتم تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية وفقا لضوابط الإسناد الاحتياطية . نفس الشيء بالنسبة للحالات التي لا يوجد فيه الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي، فيتولى القاضي بنفسه البحث عن الإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة ويكون ذلك وفقا لآرائه الشخصية والأخذ بنظرية الإحالة التي يمكن أن تغير الإختصاص لقانون لم يختاره المتعاقدان⁽⁴⁰⁰⁾ .

كل الحالات السابقة تبين عدم التوقع بالحلول القانونية مسبقا وهذا ما يعتبر في حد ذاته المساس بالأمن القانوني الذي طالما حاول المجتمع التجاري تكريسه في إطار المعاملات التجارية الدولية.

3 - تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع: سبق وأن بينا أن قاعدة الإسناد تعطي الإختصاص لقانون دولة معينة⁽⁴⁰¹⁾ ، مثل هذا الإسناد يؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية ذات مفاهيم كلاسيكية لا تصلح لتكون الاطار المنظم للمعاملات التجارية الدولية التي عرفت تطورا كبيرا تعجز القوانين الداخلية مواكبة مثل هذه التطورات، ومن هذا الاعتبار ظهرت محاولات منذ فترة تسعى إلى تطوير مفهوم قاعدة الإسناد والتوسع في مضمون آليتها لتستوعب إمكانية أن تحيل الاختصاص إلى قانون داخلي أو أجنبي أو إلى قواعد التجارة الدولية⁽⁴⁰²⁾ .

400 - زروتي الطيب ، « مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية ، الجزء 35 رقم 1 ، جامعة الجزائر ، 1997 ، ص 80 - 81 .

401 - ويعتبر هذا الإسناد وفقا للفقهاء التقليدي من مستلزمات عرض النزاع على القضاء الداخلي ، حيث يتم تطبيق القوانين الداخلية حتى في الحالات التي يتولى الأطراف فيها إختيار قواعد التجارة الدولية .

- د / جورج حزبون حزبون ، « قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي » ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، السنة السادسة والعشرون ، جامعة الكويت . 2003 ، ص 253 - 254 .

402 -- نفس المرجع ، ص 125 .

تطبيق القواعد الوطنية التي لا تتفق مع طبيعة النزاع هي كنتيجة حتمية مترتبة من اعمال المنهج التنازعي ، ومن ثمة تظهر الحاجة إلى اخراج هذه النزاعات من هيمنة القضاء الداخلي واخضاعها لقضاء التحكيم الذي لا تهمة القوانين الداخلية ولا يتقيد بحكم قاعدة الاسناد كما هو الشأن بالنسبة للقاضي (403).

المبحث الثاني

مصادر قواعد التجارة الدولية

استمدت قواعد التجارة الدولية وجودها من مصادر متعددة وذلك حسب اختلاف الحاجة التي دفعت الدول الى إعتناق مثل هذه القواعد . فمن ناحية ، تصدت بعض التشريعات الداخلية لوضع قواعد مادية تنظم على نحو مباشر العقود الدولية ، كما ساهم القضاء بدوره في وضع قواعد مادية تحكم العقود الدولية مباشرة دون الاعتداد بالقانون الذي ستشير إليه قاعدة الاسناد (المطلب الاول).

أمام قصور منهج قواعد الاسناد في مسايرة التطورات الحالية للتجارة الدولية ظهرت رغبة لدى الدول في معالجة هذا القصور عن طريق ابرام إتفاقيات تتضمن قواعد مادية موحدة واجبة التطبيق على بعض عقود التجارة الدولية (المطلب الثاني). كما ظهرت بعض المؤسسات المهنية تعمل جاهدة لتوحيد القواعد المنظمة للتجارة الدولية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

قواعد التجارة الدولية ذات الأصل الداخلي

اتجهت بعض التشريعات الوطنية إلى تنظيم عقود التجارة الدولية عن طريق سن قواعد قانونية تخص عقود التجارة الدولية (الفرع الأول). كما تصدت بعض الأحكام القضائية إلى تكريس مثل هذه القواعد بمناسبة النظر في بعض النزاعات المرتبطة بالمعاملات التجارية (الفرع الثاني).

403 - POMMIER Jean- Christophe, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », op. cit, p 10.

الفرع الأول

القواعد المادية ذات الأصل التشريعي

إنجهدت بعض التشريعات الوطنية إلى وضع قواعد مادية تنظم العلاقات الخاصة الدولية عن طريق وضع تقنيات داخلية يتفق مضمونها مع طبيعة هذه العلاقات التي تختلف مع القواعد المنظمة للعلاقات الخاصة الداخلية التي تقوم على فكرة التاجر والأعمال التجارية التي لا يمكن أن تكون الاطار العام لحكم العلاقات التجارية الدولية كونها لا يتجاوز مضمونها حدود الدولة التي شرعت فيها (404).

بالمقابل لا تنطبق هذه القواعد على عقود المعاملات التجارية الداخلية لأن مجال أعمالها يقتصر على العلاقات التجارية الدولية والتي هي كمسألة أولية يتوقف عندها الأمر في تطبيقها.

من بين القوانين التي تصدت إلى وضع مثل هذه القواعد نجد القانون التشيكي الصادر سنة في 4 ديسمبر 1963 الذي يحتوي على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في اطار العقود الداخلية (405). وكذلك التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية سابقا سنة 1976 (406).

تولت القوانين السالفة الذكر اظهار الكيفية التي يتم بمقتضاها تطبيقها على هذه النزاعات ، وفي هذا الخصوص استلزمت المادة الثالثة من التقنين التشيكي على أن يتم

404 - تصدي المشرع إلى التنظيم المادي للعلاقات الخاصة الدولية أمر نادر جدا كونه يهتم بتنظيم هذه العلاقات الخاصة الداخلية تاركا شؤون العلاقات الخاصة الدولية للمعاهدات الدولية.

- هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 709.

كما تتصدى الدولة إلى تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية بقواعد قانونية ولكن لا يمكن إعتبارها من قواعد التجارة الدولية لأنها تنتمي إلى القانون العام وليس القانون الخاص والأمثلة على ذلك هي كثيرة ونذكر منها مثل: قوانين المتعلقة بالجمارك ، النقد والقرض . تطبق هذه القوانين بصفة حصرية لا يمكن أن يزاحمها قانون آخر.

- COURBE Patrick, Droit international privé, 2 éditions, ARMOND COLIN, Paris, 2003, p111.

405 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 22.

406 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 710.

تطبيق القواعد المادية الواردة في هذا التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد فيه تعطي الاختصاص لمثل هذه القواعد. لا يختلف الأمر بالنسبة للتقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي إشتراط هو الآخر أن يكون مختصا إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في هذا القانون إلى تطبيق أحكامه (407).

كما لا يمكن للدول الأخرى أن تطبق مثل هذه القواعد بصفة مباشرة إذا لم تكن مختصة بمقتضى قاعدة الإسناد في تلك الدولة. فالقاضي الجزائري مثلا لا يطبق القواعد المادية التي جاء بها المشرع التشيكي أو الألماني مباشرة إلا إذا كانت مختصة بمقتضى قواعد الإسناد في قانون الجزائري كأن يكون على سبيل المثال هو قانون الإرادة.

تجريد القواعد المادية التي تنتمي إلى التشريعات السابقة الذكر من التطبيق المباشر ، دفعت بعض الشراح إلى التشكيك في صحة إعتبارها من القواعد المادية ذات الطابع الدولي - قواعد التجارة الدولية - فاعتبرها كقواعد قانونية داخلية يمكن أن تكون محل انطباق على العلاقات الخاصة الدولية . إلا أن البعض الآخر يرى خلاف ذلك فاعتبرها من القواعد المادية كونها تستجيب للاعتبارات الدولية بالرغم من أنها وطنية المصدر وذلك بغض النظر عن كيفية تطبيقها (408) .

نحن من جهتنا نقول أنه بالرغم من اعتبار المحاولات النادرة التي تقوم بها الدول على انفراد لتنظيم المعاملات التجارية الدولية بقواعد مادية تجد مجال تطبيقها بمقتضى قواعد الاسناد ، فهذا لا يجعلها ترقى لتصبح كقواعد ذات مضمون عالمي تخص مجتمع التجار كونها لا تطبق على نحو مباشر وإنما تكون بمقتضى قاعدة الاسناد وهذا لا ينطبق مع خاصية الاعمال المباشر لقواعد التجارة الدولية خاصة في الأحوال التي تكون محل اختيار من قبل الأطراف .

407 - تكون هذه القواعد واجبة التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد هو أن يتولى الأطراف إختيارها ونكون في هذه الحالة أمام قانون الإرادة .

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 710-711.

408 - نفس المرجع، ص 710.

الفرع الثاني

القواعد المادية ذات الأصل القضائي

يؤدي القضاء دور هام في تكريس بعض القواعد التي تندرج ضمن قواعد التجارة الدولية تطبق على هذه المعاملات دون العقود الداخلية تماشياً مع متطلبات التجارة الدولية التي تسعى إلى التحرر بالقدر الكافي من حكم القواعد القانونية الداخلية المقيدة لمثل هذه المعاملات. للقضاء الفرنسي دور جد فعال في هذا الشأن، وذلك عندما أوجد قواعد تنص على نحو مباشر لحكم العلاقة التي تندرج ضمن هذه المعاملات كما هو الشأن بالنسبة للقاعدة التي تقضي بصحة الدفع بشرط الذهب والقاعدة التي تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه وكذلك القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في العلاقات التجارية بالرغم الحظر الوارد في القانون الداخلي.

فذهب هذا القضاء في بداية الأمر إلى استعمال منهج تنازع القوانين لتطبيق هذه القواعد وبعد أن شاع استعمالها استقلت عن هذا المنهج لتطبق مباشرة كلما تعلق النزاع بالمجال الذي تنظمه .

في هذا الإطار تبنى القضاء الفرنسي فكرة النظام العام لإرساء قاعدة تتمثل في صحة شرط الذهب في المدفوعات الدولية في أحد الأحكام الصادرة من محكمة النقض الفرنسية في 21 جوان 1950⁽⁴⁰⁹⁾. وفي هذا الحكم أخذ القضاء بصحة الدفع بشرط

409 - يقصد بشرط الذهب Clouse d'or أن يكون الدين واجب الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب، فقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى التفرقة بين العقد الداخلي والعقد الدولي ؛ فأجاز الإتفاق في الثاني على العملة التي يتعين الوفاء على أساسها ، فأجاز شرط الذهب ، وذلك بغض النظر عما يقضي به محل الوفاء المختص ببيان العملة التي يتعين الوفاء بها .

هذا مع الإشارة إلى أن هناك فرق بين العملة التي يتعين الوفاء على أساسها وبين العملة التي يتعين الوفاء بها وذلك من حيث القانون واجب التطبيق. فمن المنطق عليه إن العملة التي يتعين الوفاء على أساسها تخضع لقانون العقد فإذا ما أخذ الإتفاق على العملة التي يتعين الوفاء على أساسها صورة (شرط الذهب) - وهذا هو الغالب - خضعت صحة الشرط ونطاقه وأثاره لقانون العقد. دون القانون الذي يحكم العملة ذاتها و دون قانون محل الوفاء. أما العملة التي يتعين الوفاء بها فتخضع لقانون محل الوفاء. =

الذهب الذي ورد في عقد قرض دولي والخاضع للقانون الكندي بالرغم من أن هذا القانون الأخير - القانون الكندي - يبطل مثل هذا الشرط . يرجع سبب هذا الاستبعاد إلى كون هذه القاعدة الواردة في القانون الكندي تخالف النظام العام الداخلي الفرنسي⁽⁴¹⁰⁾.

تساءل الفقه إذا ما كان هذا الحكم يعتبر تطبيقاً لفكرة النظام العام وعلى أساسه تم إستبعاد القانون واجب التطبيق وهو القانون الكندي كونه يخالف النظام العام في فرنسا وهذا ما يعني أن أساس القاعدة التي تسمح بإدراج مثل هذا شرط في المدفوعات الدولية أساسها منهج قاعدة الإسناد .

فإذا كان هناك من يعتبر الحكم الصادر من محكمة النقض جاء نتيجة أعمال فكرة النظام العام في القانون الفرنسي، إلا أن هذا القول غير صحيح ويظهر ذلك في حقيقة أعمال فكرة النظام العام في حد ذاتها، بمعنى أن يكون القانون المستبعد يخالف النظام العام الفرنسي ولكن ما حدث هو أن فكرة النظام العام الفرنسي تتفق مع فكرة النظام العام الكندي كون القانون الفرنسي يتضمن عند صدور الحكم قاعدة أمره لا تُقر مثل هذا الشرط - الشرط الذهب - كما هو الشأن بالنسبة للقانون الكندي .

فمخالفة حكم محكمة النقض الفرنسية لقاعدة قانونية أمره في القانون الفرنسي يعني أن هذا القضاء إتجه إلى خلق قاعدة مادية جديدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي تخالف القاعدة القانونية المقررة بشأن هذه الحالة في القانون الفرنسي وفي القانون الأجنبي وهو في هذه الحالة هو القانون الكندي⁽⁴¹¹⁾.

كما بقي القضاء الفرنسي يستند إلى منهج التنازع لتكريس بعض القواعد الموضوعية - وهي قواعد التجارة الدولية - كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر من محكمة النقض في 14 أفريل 1964 أين لجأت إلى أعمال منهج التنازع لتكريس مثل

= عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 457 . (وكذلك راجع ما ورد في الهامش نفس الصفحة) .

410 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 717-718.

411 - نفس المرجع ، ص 717 - 718.

هذه القواعد ، وذلك عندما أكدت على حق الدولة الفرنسية في الخضوع للتحكيم التجاري الدولي اعمالا للقانون الأجنبي واجب التطبيق وهذا في وقت كان القانون الفرنسي يحظر الدولة من اللجوء إلى هذا التحكيم في العقود الداخلية . تم تبرير ذلك عندما كيفت هذا الحظر بمثابة أهلية خاصة تخضع للقانون واجب التطبيق وهو في هذه الحالة هو قانون أجنبي (412).

على خلاف الحالات السابقة ، تصدى القضاء الفرنسي إلى تكريس قواعد موضوعية دون الإستعانة بمنهج تنازع القوانين ويظهر ذلك في الحكم الصادر من محكمة النقض في 2 ماي 1966 وذلك عندما أيدت قضاة الموضوع في اعتبار الحضر الوارد في المواد 83، 1004 من قانون المرافعات الفرنسي التي تحضر الدولة من اللجوء إلى التحكيم لا يسري على العقود الدولية التي صيغت وفقا لشرط تتفق مع أعراف وعادات التجارة الدولية ومع بقاء هذا الحظر قائما بشأن العقود الداخلية.

وفي هذا الحكم المكرس للقاعدة المادية السابقة الذكر ، تم بكيفية دون الإستعانة بمنهج تنازع القوانين ، وإن كان يمكن اللجوء إلى تبريرات منهج التنازع الذي يتم وفقا لأحد الكيفيتين ؛ فيمكن أن يكيف الحظر المفروض على الدولة كأهلية ومن ثم يسري القانون الفرنسي وتقع الدولة الفرنسية تحت طائلة الحظر ، وأما أن تعتبر هذا الحظر هو أحد شروط التحكيم ومن ثم يمكن للدولة الفرنسية تجنب الحظر لأن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون أجنبي - باعتباره القانون المتفق عليه - لا يمنع هذا الحظر (413).

بهذا الحكم يكون القضاء الفرنسي قد أكد على حق الدولة والهيئات العامة من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في علاقاتها الدولية في مجال التجارة الدولية ليكون

412 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 720.

413 - أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 40 - 41 .

هذا الحق قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص والتي امتد نطاقها لتندرج ضمن الحلول المقررة للعلاقات الخاصة في مجال التجارة الدولية (414).

كما أرسى قضاء التحكيم قاعدة موضوعية أخرى تتعلق بما يعرف بصحة التحكيم في العقود الدولية وكان ذلك بمناسبة تقدير صحة أو بطلان شرط التحكيم المدرج في عقد ما عندما يشوب هذا العقد البطلان. ففي العقود الداخلية إستقر القضاء أن بطلان العقد الأصلي يلحق شرط التحكيم الذي يتضمنه ، ومن هنا يطرح التساؤل إذا ما كان مثل هذا البطلان يلحق شرط التحكيم الوارد في حالة بطلان العقد الدولي ؟.

في هذا الإطار أجابت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الصادرة سنة 1963 على أن شرط التحكيم سواء أبرم منفصلا عن أو كان يتضمنه العمل القانوني فإنه يتصف دوما وفي ما عدا ظروف استثنائية بنوع من الإستقلالية القانونية بحيث لا يتأثر ببطلان شاب التصرف أو العقد المدرج فيه (415) .

كان هذا الحكم محل إهتمام من قبل الفقه وتوصلوا إلى استخلاص بعض النتائج منه ؛ فالنتيجة الأولى تتمثل في اخضاع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون عن العقد الأصلي، والنتيجة الثانية تتمثل في انكار هذا الحكم أي تأثير لبطلان العقد على شرط التحكيم إذا ما كنا بصدد عقد دولي .

يتبين من مختلف الأحكام القضائية السابقة الذكر أن القضاء الفرنسي إستعان بمنهج تنازع القوانين لتكريس القواعد المادية وذلك عن طريق البحث عن القانون واجب التطبيق ومن ثم يقرر الحل الذي يريد تكريسه. فقد استعان هذا القضاء بفكرة النظام العام فيما يخص شرط الذهب في العقود الدولية، كما رفع الحظر المفروض على الدولة

414 - C.cass,ch.civ ,1^{er} section , 2 mai 1996 , trésor public c / Galakis , ANCEL Bertrand , LEQUETTE Yves , Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé , 4 édition , DALLOZ, Paris , 2001, p402-403.

415 - أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 42 .

كما أشار المؤلف إلى هذا الحكم باللغة الفرنسية وهو على النحو التالي:

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstance exceptionnel qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte».

فيما يخص لجوؤها إلى التحكيم وذلك بالنظر إلى القانون واجب التطبيق - وهو قانون أجنبي - يسمح للدولة اللجوء إلى التحكيم.

وحتى الحكم الذي يقر باستقلالية شرط التحكيم لم يهجر هو الآخر منهج التنازع كلية، فالقضاء الفرنسي لم يقض باستقلالية شرط التحكيم ما لم يكن القانون المطبق على الشرط يقضي بصحته، بمعنى أن المحكمة أخذت بعين الاعتبار محتوى القانون واجب التطبيق فيما يخص هذا الشرط (416).

وبقي القضاء الفرنسي يتستر لمدة معتبرة وراء منهج تنازع القوانين لتكريس بعض قواعد التجارة الدولية، إلى أن جاءت بعض المناسبات أكد على وجود قواعد مادية تخص العلاقات التجارية الدولية دون اللجوء إلى اعمال منهج تنازع القوانين وكان ذلك في أحد أحكامه الصادرة سنة 1972 أكد فيه على وجود قاعدة مادية تخص المعاملات الدولية تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهي قاعدة واجبة التطبيق بصرف النظر عن القانون واجب التطبيق (417).

المطلب الثاني

المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية

تعتبر الإتفاقيات الدولية من أهم وأبرز مصادر قواعد التجارة الدولية والتي إحتلت الصدارة فيما يخص توحيد القواعد واجبة التطبيق على هذه العقود لإستبعاد التباين القائم بين التشريعات الوطنية التي لا تتلاءم مع هذه العقود (الفرع الأول). كما تجد هذه القواعد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية التي تعتبر من المصادر التاريخية تعبر عن الإرادة الجماعية للتجار (الفرع الثاني). كما يمكن أن تجد مصدرها فيما يسمى المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة (الفرع الثالث).

416 - أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 43 .

417 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لعقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 29.

الفرع الأول

دور الاتفاقيات الدولية في ارساء

قواعد التجارة الدولية

اتجهت إرادة الدول إلى توحيد القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية عن طريق إبرام إتفاقيات فيما بينها توحيد الحلول القانونية المنظمة لمثل هذه العقود لاستبعاد التباين القائم بين قوانينها الداخلية الذي يعرقل حركة السلع والخدمات فيما بينها.

سعيًا وراء تحقيق هذا الهدف ، لجأت الدول منذ وقت سابق لإبرام إتفاقيات لتنسيق العمل من أجل خلق قواعد موضوعية ذات مضمون عالمي تهتم بأمور التجارة الدولية ؛ فكلما اتسع نطاق التعاون فيما بينها والذي يظهر في انضمامها إلى المعاهدات الموحدة للقواعد التجارية، أدى ذلك إلى التقليل من ظاهرة تنازع القوانين الناتج عن اختلاف الأنظمة القانونية وزاد نطاق قواعد التجارة الدولية التي تلبي حاجات التجارة الدولية (418) .

مع تعدد ميادين التجارة الدولية يقابله تعدد الإتفاقيات التي أبرمت في هذا الشأن سعيًا من هذه الدول لتوحيد قواعد تنظم أمورهم التجارية بكيفية يتم فيها استبعاد أعمال منهج التنازع المعقد.

من أبرز المعاهدات التي أبرمت في هذا الشأن هي المعاهدات التي تسعى إلى توحيد قواعد البيوع الدولية . وبما أن بيع البضاعة يعني انتقالها من دولة لأخرى ، كان هذا محل إبرام إتفاقيات دولية موحدة لأحكام النقل البحري أو الجوي أو البري وهذا على النحو الذي سنبينه في هذه الدراسة .

418 - إختلاف الأنظمة القانونية هو من بين شروط وجود ظاهرة تنازع القوانين وهذا الإختلاف لا يجب أن يصل حد التناقض. هذا مع الإشارة أن الدول ومن خلال الإتفاقيات الدولية حاولت توحيد ضوابط الإسناد من خلال بعض الإتفاقيات الدولية، لكن هذا العمل الجماعي لا يؤدي نفس الدور التي تؤديه الإتفاقيات الدولية الرامية إلى توحيد القواعد الموضوعية نتيجة للأسباب التي سنتذكر في المتن .

أولاً: توحيد القواعد المنظمة للبيع الدولية : تعتبر حالياً اتفاقية فينا لسنة 1980 (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع) من أهم مصادر قواعد التجارة في مجال البيع الدولية لاحتوائها على قواعد موضوعية تنظم البيع على نحو موحد تستبعد الاختلافات التي تقوم عليها التشريعات الداخلية والتي أصبحت محل اهتمام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) الذي سنشير إليه لاحقاً .

ظهرت أولى محاولات لتوحيد القواعد الموضوعية لعقود البيع الدولي للبضائع بداية من سنة 1931 عندما تم إنشاء لجنة خاصة لوضع مشروع موحد للبيع الدولي ، بعد أن انتهت من صياغة المشروع المقترح أرسلته عصابة الأمم إلى حكومات الدول لإبداء الرأي في سنة 1935⁽⁴¹⁹⁾، توقف هذا العمل الساعي إلى توحيد هذه القواعد بعد اندلاع الحرب العالمية الثانية ، وتم بعثه من جديد بعد انتهاء الحرب أين ظهرت ظروف جديدة غيرت من طبيعة العلاقات الإقتصادية الدولية التي جعلت المشروع الذي تم اعداده سابقاً لا يتلاءم مع هذه التطورات .هذا ما دفع بمعهد روما إلى عقد مؤتمر لإعادة النظر في المشروع من جديد ووضع الأسس التي يقوم عليها .

بالفعل تم عقد المؤتمر في مدينة لاهاي سنة 1951 وفيه تم وضع الأسس التي يجب أن يقوم عليها مشروع الإتفاقية ، كما أنشأت لجنة خاصة لإعداده وشاركت في أعمال المؤتمر 21 دولة وانتهت من عملها سنة 1956 وقدمت تقريراً تم نشره مع المشروع الذي أعدته . أرسلت الحكومة الهولندية المشروع مرفقاً بتقرير اللجنة إلى الدول وغرفة التجارة الدولية لإبداء الرأي فيه .

خلال فترة إستطلاع الرأي إنتهى معهد روما من إعداد مشروع إتفاقية أخرى في بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وأرسلته إلى حكومات الدول لإستطلاع الرأي ، ثم عقدت اللجنة آخر إجتماع لها في سنة 1962 لدراسة المقترحات والملاحظات التي وردت إليها وأدخلت التعديلات اللازمة في ضوء ما ورد إليها من مقترحات.

419 - تولى معهد روما تنصيب لجنة لإعداد مشروع الإتفاقية الموحد للبيع الدولية ، وعقدت هذه اللجنة إحدى

عشرة إجتماعاً بين سنة 1930 و 1934 وترتب عنها وضع هذا المشروع المكوّن من 108 مادة .

- CHAUVEAUX (P), « Un projet de la loi international sur la vente », op.cit, p 138.

وفي أبريل سنة 1964 تم عقد مؤتمر دبلوماسي بمدينة لاهاي برعاية الحكومة الهولندية شاركت فيه 28 دولة وترأس هذا المؤتمر الفقيه الإنجليزي Schurmann لمناقشة المشروعين وترتب عنه إبرام اتفاقيتين دولتين وهما : اتفاقية تحتوي على قانون موحد بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع والاتفاقية الثانية تحتوي على قانون موحد بشأن البيع الدولي للبضائع وبدأ سريان الإتفاقيتين بداية من سنة 1972.

بالرغم من الجهود التي بذلت في هذا الإطار منذ فترة معتبرة من الزمن ، إلا أنها لم تحقق الهدف المنتظر نتيجة رفض بعض الدول الانضمام إلى المعاهدتين السابقتين⁽⁴²⁰⁾ ، وكذا وجود بعض التحفظات التي تشكل اعتداء على توحيد أحكامها⁽⁴²¹⁾. هذا ما أدى إلى ظهور اتفاقية فينا حول البيع الدولي للبضائع سنة 1980 برعاية لجنة الأمم المتحدة (اليونيسترال)⁽⁴²²⁾ ، لغرض تطوير وتنسيق وتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية من جديد و تجاوز العراقيل الناتجة عن اختلاف طبيعة الأنظمة القانونية السائدة في هذه الدول⁽⁴²³⁾ .

420 - شارك في إعداد الإتفاقيتين السابقتين سوى سبعة (7) دول معظمها أوروبية و يضاف إليها دولة إسرائيل التي أنظمت لإتفاقية بشأن البيع الدولي للبضائع ولكنها لم تنضم إلى إتفاقية لاهاي بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع ، لذلك ساد الاعتقاد لدى غالبية الدول - خاصة الدول النامية والدول الاشتراكية - أن نصوص إتفاقيتي لاهاي لا تخدم سوى مصالح الدول الغربية . حسام الدين عبد الغني الصغير، نادية محمد معوض، مرجع سابق، ص 199.

421 - راجع في شأن هذه الأسباب التي أحالت دون نجاح الإتفاقيتين السابقتين : فانسان هوزيه ، المطول في العقود، المطول في العقود (بيع السلع الدولي) : ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2005، ص 88- 89 .

422 - سيتم التطرق إلى هذه اللجنة في المطلب الموالي .

423 - وهذا ما يظهر من ديباجة الإتفاقية والتي تنص على: "...وإن تعتبر أن تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنفعة المتبادلة عنصر هام في تعزيز العلاقات الودية بين الدول ، وإن ترى أن اعتماد قواعد موحدة لتنظيم عقود البيع الدولي للبضائع وتأخذ في الإعتبار مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية . من شأنه أن يساهم في إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية وأن يعزز تنمية التجارة الدولية..." .

كما أثرت الأحكام الموضوعية لهذه الإتفاقية على المساعي الأخرى التي تسعى هي الأخرى لتحقيق نفس الغاية كما هو الشأن بالنسبة لمنظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا (Organisation pour L'Harmonisation en) (Afrique du Droit des Affaires) التي أنشأت في 1992 والتي تعرف ب (OHADA) حيث تأثرت كثيرا بإتفاقية فيينا لسنة 1980 . راجع : =

تعتبر اتفاقية فيينا لسنة 1980 النموذج الأمثل لتوحيد أحكام البيوع الدولية للبضائع والتي وضعت خصيصا لحكم الروابط العقدية الدولية وتطبق بكيفية مباشرة دون الرجوع إلى قواعد منهج التنازع إذا ما كان النزاع بين دول متعاقدة (424).

ثانيا: توحيد أحكام النقل الدولي : اتجهت إرادة الدول إلى توحيد أحكام النقل الدولي للإرتباطها مع عملية انتقال البضائع على وجه الخصوص . ويحتل عقد النقل البحري الصدارة بالنظر إلى الأداة المستعملة فيه وهي السفينة التي تربط مختلف دول العالم بخطوط ملاحية عابرة للمحيطات وبحمولة تعجز عنها وسائل النقل الأخرى عن حملها.

والقواعد التي وحدت في هذا الشأن هي الأحكام المتعلقة بسندات الشحن التي تبين إلتزامات أطراف عقد النقل وكان ذلك في إطار معاهدة بروكسل لسنة 1924 التي تعرف بالاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن .

جاءت هذه الاتفاقية لإعادة التوازن بين التزامات أطراف النقل البحري وهما الناقل وصاحب البضاعة ، وذلك بعدما فشلت قواعد مؤتمر لاهاي لسنة 1921 من تحقيق هذا الهدف بالنظر إلى طابعها الاختياري ومن ثمة كانت محل استبعادها من قبل الناقلين (425).

ما جاءت به اتفاقية بروكسل والمعدلة بمقتضى بروتوكول 1968 هو وضع قواعد موضوعية موحدة تخص النقل البحري بسند الشحن والتي تظهر في مختلف

= SCHIECHTRIEM Peter, WITZ Claude, Convention de Vienne sur les contrats internationaux de marchandises, DALLOZ, Paris, 2008.p 4.

424 - وهذا ما تنص المادة الأولى فقرة (أ) من الاتفاقية على ما يلي: " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع

البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

- عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة. .. " .

يمكن كذلك أن تطبق هذه الاتفاقية عندما تؤدّي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة وهذا وفقا لما نصت عليه الفقرة (ب).

" عندما تؤدّي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة " .

425 - أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 34.

التزامات الأطراف خاصة المبدأ العام الذي جاءت به المعاهدة المتمثل في بإبطال الشروط المعفية أو المخففة لمسؤولية الناقل البحري مع استبقائها على بعض الحالات التي تنفي فيها مسؤولية الناقل . هذا مع الإشارة إلى أن أحكام هذه المعاهدة هي من النظام العام فأى مخالفة لأحكامها مصيره البطلان (426).

في ظل تزايد اهتمام الدول بالنقل البحري زادت الحاجة إلى حماية أصحاب البضائع على نحو أكثر خاصة بعد أن تبين لدى بعض الدول أن معاهدة بروكسل والبروتوكول المعدل لها لم يحققا الحماية الكافية للشاحنين مما أدى في الأخير إلى إبرام معاهدة هامبورغ لسنة 1968 والتي تعرف باسم اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحرا والتي وضعت قواعد موحدة بشأن النقل البحري للبضائع . وأهم ما استحدثته قواعد هامبورغ هو قيام مسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في تسليمها أو قامت المسؤولية على أساس الخطأ المفترض .

فدور الاتفاقيات الدولية السابقة الذكر جاءت لتوحيد أحكام النقل البحري للبضائع على المستوى الدولي والتي تعتبر من بين المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية تطبق على النقل الدولي للبضائع بحرا دون النقل الداخلي أي النقل الذي يتم بين الموانئ الوطنية وهذا ما يظهر بصفة صريحة فيما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية هامبورغ التي بينت مجال تطبيق الاتفاقية ويكون ذلك عندما يكون النقل قائم بين دولتين مختلفتين (427).

426- عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 30.

427 - نفس المرجع ، ص 37.

هذا مع الإشارة إلى هناك مشروع لإستبدال إتفاقية بروكسل لسنة 1924 من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) تماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال النقل البحري بإعتبار أحكام إتفاقية بروكسل توصف بالقدم بالرغم من تعديل أحكامها سنة 1968 و 1979. فهي لا تستجيب للتغيرات التي طرأت في مجال النقل البحري الذي تستعمل فيه حاليا وسائل إلكترونية للتعاقد وهذا ما يدرج في هذا المشروع . وظهرت الرغبة في التعديل خلال سنة 1996 وأسندت هذه المهمة إلى اللجنة البحرية الدولية (CMI) لإعداد هذا المشروع . في سنة 2002 تولت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) تكوين فوج عمل يتكون من ممثلي الدول التي هي عضوة في هذه اللجنة وإشراك بعض المنظمات الدولية كما هو الشأن مثلا لغرفة التجارة الدولية .يوصف هذا المشروع أنه طموح يتكون من 100 مادة موزعة على عشرين محور .

كما اهتمت الدول بتوحيد أحكام النقل الجوي ،حيث تولت اتفاقية وارسو لسنة 1929 المعدلة ببروتوكول لاهاي لسنة 1955 توحيد أحكام النقل الجوي الدولي التي تخص نقل البضائع من مكان القيام إلى مكان الوصول ، فتولت هذه الاتفاقية تنظيم هذا العقد بأحكام موحدة تسري فقط على النقل الجوي الدولي دون النقل الجوي الداخلي وذلك وفقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى (428) ، وهذا ما يجعلها من بين مصادر قواعد التجارة الدولية لإهتمامها بتنظيم عقود ذات طابع دولي وقواعد موحدة .

ثالثا: توحيد بعض أحكام عقود الأعمال : بعد أن شاع التعاقد وفقا لتقنيات عقود الأعمال، ظهرت الحاجة على المستوى الدولي لتوحيد القواعد المنظمة لهذه العقود عن طريق إبرام إتفاقيات دولية لتجاوز الإختلافات التشريعات الداخلية وذلك بالنظر إلى الطابع العالمي لهذه العقود التي كثر العمل بها؛ فانتشارها السريع يقتضي توحيد الحلول التي تنظمها لإعطاء لها بعد عالمي يتماشى مع الهدف من ظهورها وهو الاستفادة من القوة الاقتصادية لبعض الشركات سواء من حيث القدرات المالية أو من حيث القدرات الفنية والعلمية .

من بين العقود التي وحدث أحكامها نجد عقد الإعتماد الايجاري الذي يعرف بالليزنيغ (leasing) ، وظهرت هذه المبادرة من خلال المساعي التي قام بها معهد روما لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) سنة 1974 وترتب عنه عقد مؤتمر ديبلوماسي في أوتاوا وتمخض عنه إبرام اتفاقية دولية في 28 مايو 1988 تعرف : اتفاقية أوتاوا الخاصة بالتأجير التمويلي الدولي CONVENTION D'UNIDROIT SUR LE CREDIT-BAIL INTERNATIONAL. والتي فتحت للتوقيع إلى غاية 31 ديسمبر 1990 ودخلت حيز التنفيذ في 1995/05/01 (429).

للمزيد من التفاصيل بشأن هذا المشروع راجع :

- RACINE Jean – Baptiste, « Projet de convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », Revue des contrats, 01 octobre n° 4, 2007, p1261.

428 - معايير دولية النقل الجوي وفقا للفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية وارسو مشار إليها في مرجع :

- هاني دويدار ، النقل البحري والجوي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، 331.

429 - حسام الدين فتحى ناصف ، التأجير التمويلي الدولي للمنقول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص

كما تم اعتماد اتفاقية أخرى تخص عملية تحويل الفاتورة في الوقت الذي تم فيه اعتماد إتفاقية المتعلقة بالاعتماد الايجاري والتي تعرف بإتفاقية (CONVENTION D'UNIDROIT SUR L'AFFACTURAGE INTERNATIONAL) ويرجع الفضل في ذلك إلى نفس الجهود التي بذلها UNIDROIT لتحقيق الأهداف المراد تجسيدها والتمثلة في توحيد أحكام هذه العقود لاستبعاد اختلاف الأنظمة القانونية الداخلية المنظمة لهذه العقود والتي تثير مشكلة تنازع القوانين وبالرغم من أن عملية تحويل الفاتورة على المستوى الدولي تقدر بنسبة 10 ٪ مقارنة مع انتشار العمل بها على المستوى الداخلي والمقدرة بنسبة 90٪ والسبب في ذلك يكمن في تأخر بعض الدول في الإنضمام إليها كما هو الشأن لألمانيا التي انضمت في 1998/12/01⁽⁴³⁰⁾.

كما ظهرت مجهودات أخرى تسعى إلى توحيد أحكام عقد الفرنشيز الذي يقوم على نقل الخبرة الفنية للمشاريع الاقتصادية الناجحة في أقاليم أخرى وبنفس الكيفية لتتحصل على نفس النجاح الذي حققه المشروع الأصلي .

تنظيم أحكام المنظمة للعقود السالفة في اطار الإتفاقيات الدولية يؤدي هذا إلى توسيع العمل بها على نطاق واسع كونها تزود أطراف العلاقة العقدية بطبيعة القواعد الموضوعية واجبة التطبيق والتي يطمئن لها الأطراف وهذا ما يستجيب لليقين القانوني في إطار المعاملات الدولية .

430 - MARAZZATO Pierre, L'affacturage international et la convention D'OTTAWA, Mémoire soutenu en vue l'obtention du DESS, Banques et finances, Université RENE DESCARTES, Paris 5, faculté de droit, 1998, p 55.

بالرغم من إتجاه الدول الأوروبية إلى توحيد قواعد الإسناد بشأن العقود الدولية في إطار إتفاقية روما 1980 ، إلا أن هذه العملية لم تساهم في تطوير عملية تحويل الفواتير على المستوى الدولي فهي بعيدة كل البعد عن حل الصعوبات التي تعرقل تطور هذه التقنية على المستوى الدولي ، ومن ثمة ظهرت الحاجة إلى توحيد أحكامها الموضوعية لاستبعاد تطبيق القوانين الداخلية وتجسد هذا فعليا بعد إبرام إتفاقية أوتاوا سنة 1988.

- DESCHANEL Jean – Pierre, LEMOINE Laurent, « Affacturage (factoring) », Banque et crédit, J-CI- Fasc., 580 ,1999.p 4.

الفرع الثاني

الأعراف والعادات التجارية

ساهمت الأعراف التجارية منذ زمن بعيد تزويد التجار بقواعد موضوعية منبثقة من إرادتهم الجماعية تفصل في النزاعات التي تثور بينهم والتي زاد نطاقها بتوسع الأسواق وتشعب الروابط العقدية التي أنتجت أعرافا تتماشى مع هذه العلاقات. لم تفقد هذه العادات والأعراف مكانتها في ظل التطورات الحالية للتجارة الدولية بالرغم من اتجاه الإرادة الجماعية للدول وبعض الهيئات المتخصصة إلى تقنين بعض القواعد التي تقوم عليها المعاملات التجارية ؛ إلا أن هذه المبادرة تبقى عاجزة لتحويل هذه الأعراف إلى قواعد مكتوبة حتى لو كان الأمر يخص عقود أكثر انتشارا واستعمالا في الممارسات التجارية⁽⁴³¹⁾.

والأعراف التي ظهرت وكانت محل تقنين من قبل مؤسسات متخصصة، هي كثيرة ومتنوعة ومنقسمة إلى مجالات مختلفة وذلك حسب اختلاف مجال التعامل كذلك التي تتعلق البيوع البحرية و الاعتمادات المستندية وتلك السائدة في مجال تجارة الحبوب والحريير والصوف والجلود وكذلك تلك المتعلقة بتحصيل الأوراق التجارية ؛ وغيرها من القواعد .

من بين الأعراف الأكثر شيوعا على المستوى الدولي هي تلك التي تنظم البيوع البحرية التي جرى العمل بها في نطاق واسع ؛ فقد جرى العرف البحري أن تتم هذه البيوع وفقا لأنواع مختلفة ومختصرة في مصطلحات تغني المتعاقدين عن مناقشة مختلف التزامات التي يربتها هذا البيع . فقد جسد مبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال تحديد آثار البيوع البحرية باختيار أحد صور التي يتم وفقها البيع البحري والتي يمكن أن تكون مثلا وفقا لصيغة سيف (CIF) أو فوب (FOB). هذه الشروط والأوصاف التي لازمت عقود البيوع البحرية كانت نتيجة ما توصل إليه التعاقد في هذا الشأن ومضمونها

431- لا توجد مثلا على الصعيد الدولي معاهدات دولية تنظم البيوع البحرية التي تتم وفقا لصيغة FOB.

هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري ، ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص302.

هو تحديد التزامات أطراف البيع الدولي ووردت بكيفية تتلاءم مع طبيعة هذه العقود كونها مستمدة من إرادة المتعاملين وأكد على ملائمتها عنصر الاعتقاد الذي جعل منها قاعدة تحدد التزامات الأطراف بصفة تلقائية وذلك انطلاقاً من اختيار إحدى أنواع البيوع السالفة الذكر .

فإذا تم مثلاً تنفيذ عقد النقل البحري وفقاً لصيغة CIF يتم تسليم البضائع على ظهر السفينة عند ميناء القيام، وفيه يلتزم البائع بإبرام عقد النقل البحري والتأمين على البضائع مقابل أن يدفع المشتري المبلغ الاجمالي الذي يشمل ثمن البضائع ومقابل التأمين وأجرة النقل البحري . هذه العناصر الثلاثة مختصرة في إصطلاح CIF هي إختصار لكلمات إنجليزية والتي تعني: Cost Insurance Freight .

لا شك أن الحاجة هي التي أدت إلى ظهور البيع وفقاً لهذه الصيغة وذلك عندما يستحيل تواجد المشتري أو وكيل عنه في ميناء القيام لكي يتولى العمليات السابقة الذكر لذلك يقوم بها البائع ؛ وهو في هذه الحالة لا يتعاقد بوصفه وكيلاً عن المشتري وإنما يتعاقد باسمه ولحسابه ، يكتسب - البائع - في هذه الحالة صفة الشاحن والمشتري يكتسب صفة المرسل إليه وتنتقل إليه مخاطر إتلاف البضاعة في الطريق .

هذا على خلاف البيع الذي يتم وفقاً لصيغة FOB (Free on board) فبمقتضاه يتم تسليم البضاعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري للبائع. يتوقف إلتزام البائع عند تسليم البضائع في ميناء القيام ويتولى المشتري أو وكيله إبرام عقد النقل و عقد التأمين على البضاعة لتغطية الأضرار التي يمكن أن تلحق بها خلال الرحلة البحرية (432).

432 - تتم البيوع البحرية وفقاً لكيفيتين : البيوع البحرية التي تتم في ميناء القيام والمتمثلة في كل من البيع CIF والبيع FOB وفيهما يتحمل المشتري تبعية هلاك البضاعة بإعتبار ملكة البضاعة إنتقلت إليه . أما الحالة الثانية تتمثل في البيوع البحرية التي تتم في ميناء الوصول وهنا يتحمل البائع تبعية هلاك البضاعة خلال عملية النقل لذلك يتولى إبرام عقد التأمين عليها .

من الناحية العملية نجد البيوع التي تتم في ميناء القيام وفقاً لصيغة CIF و FOB هي أكثر إنتشاراً كون البائع يريد التخلص من مسؤوليته حالة هلاك البضاعة في الطريق .

- هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري ، مرجع سابق ، ص 303 وما يليها .

فالبيوع البحرية تجد أحكامها في العرف البحري أساسا ، ولا توجد على الصعيد الدولي معاهدات دولية تنظم تلك البيوع ولا التشريعات الداخلية تصدت إلى تنظيم هذه البيوع باستثناء ما قامت به بعض الهيئات المتخصصة كما هو الشأن بالنسبة لجمعية القانون الدولي التي سنت قواعد موحدة لصورة خاصة من هذه البيوع وهي بيع سيف CIF وذلك بقواعد غير ملزمة (433).

ولا يختلف الأمر بالنسبة للإعتمادات المستندية التي أوجدتها الأعراف التجارية الدولية لتواجه تخوف أطراف العقد الدولي في حالة تواجدهم في دول مختلفة في تنفيذ إلتزاماتهم ، فالبائع يتخوف من عدم حصوله على الثمن في حالة إرساله للبضاعة ، وبالمقابل يتخوف المشتري من تسديد ثمن البضاعة دون أن ترسل إليه البضاعة . في هذه الحالة يتدخل البنك لإتمام هذه العملية في ثقة وأمان إذا ما طلب المشتري من مصرفه بفتح إعتماد مستندي لصالح البائع ، وفي حالة موافقة البنك على ذلك يرسل خطابا يسمى " خطاب الاعتماد" إلى البائع يتعهد فيه بأن يدفع إليه مبلغا معينا هو قيمة البضاعة المنصوص عليها في هذا الخطاب إذا ما تقدم البائع خلال تاريخ معين ، بمستندات يحددها خطاب الاعتماد نفسه ويقوم البنك بفحصها للتأكد من مطابقتها لخطاب فتح الاعتماد (434).

والمثال على ذلك، فلو اقتنت مؤسسة جزائرية بضاعة معينة من مؤسسة كندية، فالطرف الجزائري يتخوف من تسديد الثمن إذا لم ترسل إليها البضاعة. وعلى خلاف ذلك، يمكن أن تتخوف المؤسسة الكندية من ارسال البضاعة دون أن تقوم المؤسسة الجزائرية من دفع الثمن . وفي ظل تخوف أطراف البيع الدولي من الحالات السابقة يتم اللجوء إلى هذا النوع من الاعتمادات المصرفية والتي هي كوسيلة لضمان مثل هذه الأخطار على المستوى الدولي .

433- هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري ، مرجع سابق ، ص 302.

434 - رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 223-224.

فالإعتماد المستندي يحقق فوائد كبيرة لطرفي العقد ، فيستطيع البائع الحصول على ثمن البضاعة بمجرد شحنها وقبل أن تصل إلى المشتري ، فبمجرد وصول مستندات الشحن لبنك فاتح الاعتماد يتربح حق للبائع المتمثل في الحصول على ثمنها ، وهذا الثمن لا يدفع إلا إذا ما تأكد المشتري أن البائع قدم مستندات الشحن للبنك ومن ثم يترتب له التصرف في هذه البضاعة (435).

يبين واقع التجارة الدولية أن لهذه الأعراف دورا كبيرا في تنظيم التجارة الدولية والتي كثر نطاقها على نحو يصعب حصرها في هذه الدراسة، وبالنظر إلى دورها الفعال في تنظيم العلاقات العابرة للحدود، أصبحت محل إهتمام الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ولوائح هيئات التحكيم الدائمة والتشريعات الداخلية المتعلقة بالتحكيم تأخذ بعين الاعتبار هذه الأعراف سواء كانت محل اتفاق الأطراف أو غير ذلك . ومن هذه الإتفاقيات نجد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (436)، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (المادة 2/17) (437).

435 - هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري ، مرجع سابق، ص 224.

436 - تنص المادة التاسعة من إتفاقية الأمم المتحدة على ما يلي: "1 - يلتزم الطرفان بالأعراف التي إتفقا عليها وبالعادات التي إستقر عليها التعامل بينهما.

2 - ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك ، يفترض أن الطرفين قد طبق ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة ."

437 - تنص المادة 4/28 من القانون النموذجي الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على ما يلي: " في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في إعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة". راجع نص المادة على الموقع التالي :

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

ويقابل النص السابق الفقرة الثانية من المادة 17 /1من لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1998 والتي تنص: "في كل الأحوال، تأخذ محكمة التحكيم بعين الإعتبار أحكام العقد والعرف التجاري ذات الصلة". راجع نص اللائحة على الموقع:

<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread>

في كل الحالات يتم تطبيق هذه الأعراف والعادات التجارية أمام قضاء التحكيم التجاري بإعتباره القضاء الأصيل لحل منازعات التجارة الدولية والذي إمتدت جذوره عبر التاريخ، فكان قضاء التجار خلال القرون الوسطى يعتمد على العادات والأعراف التجارية السائدة فيما بينهم ويتولى قضاء خاص بتطبيقها والذي يعرف بالقتصل . بعد استرجاع العمل بقواعد التجارة الدولية في ظل التطورات الحالية للتجارة الدولية، بقيت هذه العادات والأعراف من بين أهم مصادر هذه القواعد ويتولى قضاء التحكيم التجاري الدولي بتطبيقها.

الفرع الثالث

المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة

تعتبر المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة من بين أهم المصادر التي تستمد منها قواعد التجارة الدولية وجودها وهذا بجانب المصادر الأخرى التي تشكل في مجموعها قواعد قائمة بذاتها تنظم التجارة الدولية .

أولا : المبادئ العامة للقانون

تعرف المبادئ العامة للقانون بأنها: " حلول وإن بدت خاصة لكل دولة على حدة ، إلا أنها صارت تراثا قانونيا مشتركا واكتسبت طابعا عالميا بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية ، وبالشعور بأنها أضحت بطبيعتها مشتركة بين النظم القانونية كلها ، ومتجردة من كل الخصوصيات الوطنية لتبدوا وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة "، أو أنها هي: " المبادئ المستنبطة من الأنظمة القانونية في العالم جميعا"⁽⁴³⁸⁾؛ كما عرفها البعض بأنها قواعد قانونية لاقت قبولا في الكثير من الأنظمة القانونية أي كانت درجة تقدمها تطبق مباشرة على النزاعات دون وساطة قواعد التنازع⁽⁴³⁹⁾ .

438 - وسام توفيق عبد الله، « مبادئ القانون الدولي الخاص»، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16 العدد، 57 السنة 18، ص 37 - 38. هذا مع الإشارة إلى أن هناك تسميات أخرى تطلق على هذه المبادئ وهي: المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة ، المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة. المرجع نفسه ، ص 38.

439 - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 211.

يفهم من ما سبق أن هذه المبادئ هي قواعد قانونية تتناسب مع العلاقات الاقتصادية الدولية تم إستخلاصها من الأنظمة القانونية المتقاربة في المضمون ، وبمجرد انتقاءها تفقد أي رابطة مع هذه النظم وتشكل كيانا قائم بذاته وتساهم في حل النزاعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية (440).

من بين القضايا التي عرضت على قضاء التحكيم وأشار إلى وجود مثل هذه المبادئ ذات الطابع العالمي كان ذلك في قضية تتمحور حول امكانية اثبات التزامات تعاقدية بشأن عقد أبرم شفاهة بين طرف أمريكي والآخر إيراني وفيه تم الإشارة إلى وجود مثل المبادئ المستخلصة من التشريعات الوطنية لتشكّل مثل هذه المبادئ ويكون لها في الأخير دور فعال في تسوية نزاعات التجارة الدولية وذلك في الحكم الصادر سنة 1985 وحكمه كما يلي :

« *Il est universellement admis par les systèmes de droit nationaux que la preuve de l'existence d'un engagement contractuel oral peut se faire en apportant la preuve d'une exécution partielle (...). Un tel principe doit être considéré comme un principe général de droit* »⁽⁴⁴¹⁾.

ثار جدال فقهي بشأن مدى اعتبار القواعد السالفة الذكر من مكونات قواعد التجارة الدولية، فقد رفض البعض اعتبارها ذلك استنادا إلى مجموعة من الاعتبارات تبرر مثل هذا الموقف؛ وهذا خلاف الاتجاه الثاني الذي يراها من مكونات قواعد التجارة الدولية.

440 - من بين ما يعتبر من المبادئ العامة للقانون نجد مثلا: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق...إلخ .

441- بشأن ما سبق راجع :

- ARFAOUI Bisma, L'interprétation du contrat arbitral de commerce international, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'université de Limoges, discipline droit privé, faculté de droit et des sciences économiques, Université de limoges ,2008.p 270.

تقوم تبريرات الإتجاه الأول على أن هذه القواعد لا تتمتع بخصوصية تكفل لها صفة الاستقلالية عن القوانين الوطنية التي استمدت منها ، وإنما في حقيقتها هي عبارة عن مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة وتبقى تابعة لهذه القوانين⁽⁴⁴²⁾.

القول بوجود مبادئ مشتركة يعني ذلك وجود نوع من التقارب بين الأنظمة القانونية ، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق في الواقع لتباين هذه الأنظمة فيما بينها من جهة ، وبين الأنظمة القانونية التابعة للدول المتخلفة وتلك التابعة للدول المتحضرة من جهة ثانية ، وإن كان يمكن التسليم بوجود نوع من التقارب بين النظم القانونية التابعة للدول المتحضرة خاصة تلك التي تنتمي إلى مصدر واحد .

لا يمكن لهذه المبادئ أن تقدم حلول موحدة لكثرة التأويلات التي تلحق بها وذلك بالنظر إلى الصياغة الغامضة التي وردت فيها ، فلو أخذنا على سبيل المثال القاعدة التي تقضي بوجوب تحديد مدة معينة يمكن فيها للمشتري أن يعلن البائع بالعيوب الخفية، فما يجب أن يكون في هذه الحالة هو تحديد هذه المدة التي يجب فيها اعلان البائع من قبل المشتري حتى يتمكن من القول أن المشتري له الحق أو سقط هذا الحق المتمثل في ضمان العيوب الخفية .

على خلاف الإتجاه السابق ، يرى اتجاه فقهي آخر أن هذه المبادئ تدخل ضمن مكونات قواعد التجارة الدولية وذلك بالنظر إلى الدور الذي تؤديه في حل نزاعات التجارة الدولية. فقد تبين من ممارسات التطبيقية لقضاء التحكيم اللجوء إلى تطبيق هذه المبادئ التي تتناسب مع العلاقات الاقتصادية الدولية ويكون ذلك في الحالات التي يوجد فيها فراغ تشريعي في القانون واجب التطبيق⁽⁴⁴³⁾ ، أو في حالة استبعاد تطبيق هذا القانون إذا تعارض مع مبدأ حسن النية في التجارة الدولية أو مع النظام العام

442 - محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، 105.

443 -/د- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 212.

الدولي⁽⁴⁴⁴⁾. أو في الحالات التي يسعى فيها الأطراف إلا تدويل عقودهم ومن ثم يقع الإختيار على هذه المبادئ المشتركة⁽⁴⁴⁵⁾ .

يرى البعض أن اختيار المتعاقدين للمبادئ العامة للقانون هو اعطاء صلاحيات لهيئة التحكيم لخلق الحل الملائم بخصوص المسائل التي يواجهونها بالتنظيم في العقد والتي لا يوجد في شأنها عادات وأعراف مستقرة في المجال الدولي⁽⁴⁴⁶⁾ .

تستمد المبادئ المشتركة للقانون وجودها من النظم القانونية الوطنية خاصة النظم القانونية التي تنتمي إلى الدول المتقدمة التي تحتل مكانة مرموقة في الأنظمة القانونية العالمية والتي تشكل إطارا قانونيا مقبولا من قبل الأنظمة القانونية العالمية؛ وبعد ذلك تستقل هذه القواعد من هذه الأنظمة الداخلية لتصبح قائمة بذاتها وتكتسب صفة العمومية والتجريد .

تمكن قضاء التحكيم من تحويل عمومية هذه القواعد ليحوّلها إلى قواعد تواجه مسائل محددة بعينها لتكون في نفس الدرجة مع الأعراف التجارية التي تنظم مسائل محددة بذاتها ؛ ويظهر ذلك مثلا في نظرية الظروف الطارئة التي تخوّل للقاضي سلطة تعديل العقد رعاية للعدالة ، فإن أعمال قضاء التحكيم لهذه النظرية في المجال الدولي قد روعي فيه أن أطراف العقد في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يفترض فيهم أنهم على دراية كاملة لتوقع مخاطر السوق مما إستوجب تقييد سلطات المحكم بشأن تعديل العقد كما لو كان مثلا العقد يندرج ضمن العقود التي تنفذ في مدة طويلة كما هو الشأن بالنسبة لعقود تسليم المفتاح في اليد⁽⁴⁴⁷⁾ .

مهما كانت محاولات قضاء التحكيم الرامية إلى تحويل المبادئ العامة للقانون من طبيعتها العامة وإعطاء لها طبيعة ذاتية تطبق على حالات خاصة ومعينة بذاتها كما هو الشأن بالنسبة للأعراف التجارية ؛ فإن هذه المحاولات تبقى بعيدة عن تحقيق الهدف

444 - مصلح أحمد الطراونة ، المرجع السابق ، ص 94 .

445 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 218.

446 - مصلح أحمد الطراونة ، مرجع سابق ، ص 91 .

447 - نفس المرجع ، ص 92.

المنشود لإمتداد مجال تطبيقها إلى حالات غير محددة بذاتها . فتبقى هذه الصفة - العمومية - لاصقة بها حتى إذا تم الأخذ بهذه القواعد على المستوى الدولي مما يجعلها تتصف بالغموض والإبهام وتطرح صعوبة في تحديد مجال أعمالها من قبل المحكم ؛ وربما هذا ما دفع البعض إلى القول أن إستخدام ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون هو إستخدام ليس له أي معنى (448) .

ولكن إذا ما وجد المحكم نفسه أمام تطبيق هذه القواعد، كالحالة التي يكون فيها فراغ تشريعي في القانون واجب التطبيق، أو كانت محل إختيار من قبل الأطراف أو تطبيقا لما نصت عليه بعض الإتفاقيات الدولية ، فيجب أن تكون له ثقافة قانونية واسعة وقدرات ذهنية معتبرة تمكنه من استخلاص هذه المبادئ من خلال القيام بتحليل مختلف القوانين الوطنية ومن ثم تتكون لديه قناعة كاملة مفادها تطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادئ (449).

بينت الممارسات التحكيمية وجود حالات تعسف فيها هيئة التحكيم في تطبيق مثل هذه المبادئ سعيا وراء تحقيق مصالح الطرف القوي في العقد وذلك عندما تستبعد تطبيق القوانين الوطنية بحجة أنها لا تستجيب لمثل هذه العقود لتطبق ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون ، غالبا ما يكون ذلك في العقود التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا في النزاع كما هو الشأن بالنسبة للعقود التي تتعلق بإستخراج وإستغلال الثروات الطبيعية التي يطغى عليها طابع سياسي وسيادي لحساسية مثل هذه القطاعات التي يتطلب فيها إحترام مبدأ السيادة التشريعية للدول وإحترام حصانتها القضائية .كل هذا يجب ينعكس بصورة أو بأخرى على الحلول القانونية للمنازعات التي تثار بشأنها (450).

ومن بين القضايا التي عرضت على التحكيم التجاري الدولي وقام المحكم بتطبيق المبادئ العامة للقانون كان ذلك في قضية شركة التنمية البترولية ضد الشيخ أبو ضبي ، حيث تم استبعاد قانون أبو ضبي إستنادا إلى أن الشيخ يمارس القضاء بسلطة تقديرية

448 - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981، ص 191.

449 - نفس المرجع ، ص 193.

450 - نفس المرجع ، ص 193-194.

واسعة طبقاً لمبادئ القرآن ، قام المحكم بإستبعاد قانون أبو ضبي وطبق القانون الإنجليزي وهو قانون جنسيته بوصفه تعبيراً عن المبادئ المشتركة للأمم المتمدينة⁽⁴⁵¹⁾.

إستبعاد القوانين الوطنية الداخلية بحجة أنها لا تحتوي على الحلول الملائمة لتنظيم عقود تجاوزت نطاق العقود الكلاسيكية كان بهدف الهروب من هذه القوانين والسعي لإيجاد حلول أخرى عن طريق البحث عن المبادئ العامة للقانون التي تتقاسمها الدول المتمدينة⁽⁴⁵²⁾.

ثانياً: قواعد العدالة و الإنصاف

من المؤكد أن نصوص القانون لا تنطبق على حالات خاصة معينة بذاتها وهذا ما يظهر في خاصية العمومية والتجريد ؛ وعمومية القانون تعني أن العدل الذي يحققه هو عدل عام ينطبق على كل الأشخاص دون تمييز .

لكن هذا القانون الذي يعبر عن العدل العام قد يعتريه في الكثير من الحالات نقص كونه لا يتضمن حكماً للنزاع المعروض على القضاء، والقاضي في هذه الحالة يجب عليه أن يفصل في النزاع وإلا أصبح مرتكب جريمة إنكار العدالة. وما يحكم به القاضي في هذه الحالة هي نوع من العدل الخاص بالنسبة للنزاع المعروض عليه.

451 - تتمثل وقائع القضية في منح إمتياز للشركة البترولية الإنجليزية لإستخراج البترول سنة 1939 وبعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية تم إكتشاف أماكن جديدة للبترول فقام الشيخ أبو ضبي بإعطاء إمتياز للشركة أخرى مما أدى بالشركة الإنجليزية إلى مقاضاة الشيخ أبو ضبي وفق للعقد المبرم بينهما ، فكان من المنطقي أن يطبق قانون الطرف في العقد ، إلا أن المحكم الإنجليزي رأى أن هناك قصوراً في قانون أبو ضبي كونه لم يرق ليصل إلى مرتبة قوانين الدول المتمدينة، فرأى بوجوب تطبيق القانون الإنجليزي كونه يعد تعبيراً عن المبادئ العالمية وأكثر القوانين إنفاذاً مع طبيعة النزاع .

كما طبقت نظرية قصور القوانين الوطنية في قضية أخرى تعرف بقضية Aramco حيث قرر المحكم أن يبحث عن القوانين أكثر تحضراً كون القانون السعودي لا يتلاءم مع طبيعة النزاع المعروض على المحكم .

- راجع في هذا الخصوص: عمرو محمد إبراهيم خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع: دراسة في التشريع المصري والفقهاء المقارن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 2003، ص 146.

452 - نفس المرجع ، ص 147.

ويتحقق العدل الخاص إما وفقا للحالة السابقة - حالة وجود نقص في التشريع - وكما يتحقق كذلك وفقا للحالة الثانية، أي تلك الحالة لا يوجد فيها نقص في التشريع ، ولكن القاضي لا يطبق القاعدة العامة تطبيقا حرفيا بل يراعي المرونة في تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة في النزاع (453).

إذا كان العدل في ذاته ثابتا لا يتغير فإن التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر، ومن مجتمع لآخر، بل إن اختلاف هذا التعبير ضرورة يقتضيها القانون الطبيعي ذاته (454).

فتطبيق هذه الأفكار على مجتمع التجارة والأعمال العابر للحدود يقتضي التسليم بأن قواعد التجارة الدولية هي العدل الذي صنعه هذا المجتمع لا العدل المطلق الذي لا يتغير. فلو سلمنا بتطبيق قواعد التجارة الدولية كما هي وبصرف النظر عن عدالتها ، فإن هذا يؤدي إلى اخراج مفهوم العدالة من مكونات قواعد التجارة الدولية. نفس الشيء بالنسبة للقاضي الوطني عندما يطبق القانون الداخلي، فهو يطبقه بكيفية حرفية حتى لو كانت قواعده غير عادلة (455).

مثل هذا التطبيق غير العادل للقانون، دفع الفيلسوف أرسطو إلى أن ينادي بالعدل الخاص أي الإنصاف في الحالات التي لا يوجد فيها حكم في القانون أو في الحالات التي تقتضي ظروفها الخاصة تطبيق القانون بطريقة مرنة غير جامدة (456). تطبيق هذا

453 - هذا التقسيم مستوحى من فلسفة أرسطو التي تخص نظرية العدل والمشار إليها في مرجع : سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 149 وما يليها .

- تؤدي العدالة دورا أساسيا في وظيفة أية جهة قضائية أو تحكيمية ، على أساس أن وظيفة القاضي أو المحكم هي النطق بالعدالة ولا يعني هذا الخروج على قواعد القانون واجبة التطبيق لأن وظيفة كل من القاضي والمحكم الدولي تتمثل في التطبيق الصحيح والعادل للقانون.

- أحمد أبو الوفا ، « التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري »، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الخمسون ، 1994 ، ص 66.

454 - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 139 .

455 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 229.

456 - فلسفة أرسطو بشأن فكرة العدل مشار إليها في المرجع : سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 153.

القول على عقود التجارة يتحقق عندما يتم تطبيق قواعد العدالة لإستكمال النقص الذي يشوب قواعد التجارة الدولية .

كما تظهر العدالة الخاصة حتى في الحالات التي لا يوجد فيها النقص في القانون ولكن القاضي لا يرغب في تطبيق القانون تطبيقاً حرفياً حتى يتمكن من تحقيق عدالة خاصة ومن ثم يقوم بتطبيق القانون بصفة مرنة. وهذه الحالة لها ما يقابلها حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم ؛ فبالرغم من وجود قواعد التجارة الدولية إلا أن المحكم لا يلجأ إليها ، وإنما يجتهد في هذا الشأن ويفصل في النزاع وفقاً لهذه لمبادئ (457).

إذا كان من بين الشروط تطبيق قواعد العدالة والإنصاف هو أن يتم اختيارها صراحة سواء من الأطراف أو ممن يمثلهم، فإن من المتوقع مستقبلاً أن يزول هذا الشرط وتكفي الإرادة الضمنية أو المفترضة لتطبيق هذه القواعد ، فإحالة النزاع على إحدى هيئات التحكيم إعتادت على تطبيق هذه القواعد يستخلص ضمناً إتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيقها ، كما يكفي اختيار هذه القواعد التي صدرت بشأن حكم معين أن يتم تطبيقها على دعوى أخرى (458).

هذا التطبيق المباشر لقواعد العدالة والإنصاف المستقل عن الاختيار الصريح لإرادة الأطراف يعني أنها قائمة بذاتها تدخل ضمن مكونات قواعد التجارة الدولية .

من الأمثلة التي كرسها قضاء التحكيم وهو يطبق قواعد العدالة في مجال التجارة الدولية هي فكرة " التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة " وذلك رغم أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية .

457 - أخذت الكثير من الإتفاقيات الدولية و لوائح التحكيم بهذا المبدأ كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للاتحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المادة (2/17) ، وكذا المادة 28 / 3 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونيسترال) لسنة 1985 مع التعديلات التي إعتمدت في سنة 2006.

- إعطاء للمحكمة سلطة الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف، هو الأمر الذي يسمح لها بإصدار حكم ليس تطبيقاً لما تقضي به قواعد القانون، وإنما إصدار حكم فيما وراء ما تقرره قواعد القانون نفسها.

- أحمد أبو الوفا ، « التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري » ، مرجع سابق ، ص 65.

458 - محمد توفيق علي محمد فهمي ، إختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2006 ، ص 170.

من مساوئ المترتبة من تحكيم العدالة هو أنه يجرد المتعاقدين من القدرة على التوقع بالحلول القانونية، ويحرمهم بالتالي من الأمان القانوني وذلك لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه المحكم في النزاع باسم العدالة .

المطلب الثالث

عملية توحيد قواعد التجارة الدولية

تتحقق عملية توحيد قواعد التجارة الدولية من خلال أعمال بعض الهيئات المتخصصة (الفرع الأول). لهذه الأخيرة طرق خاصة لتوحيد هذه القواعد حتى يتسنى لكل المتعاملين في مجال التجارة الدولية العلم بمضمونها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الهيئات والمنظمات المتخصصة في توحيد

قواعد التجارة الدولية

كثرة وتنوع المبادلات التجارية التي تتم بين مختلف الأوساط التجارية العابرة للحدود، يعني وجود هيئات ومنظمات سواء كانت ذات طابع عالمي أو اقليمي تتولى جمع شتات هذه القواعد أو اقتراح قواعد موحدة حتى يتسنى لكل الناشطين في هذا المجال من معرفة أحكامها (459).

من بين هذه الهيئات المهمة بهذه العملية نجد :

1- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) : أنشئ هذا المعهد في سنة 1926 بمقتضى معاهدة جماعية عقدت تحت رعاية عصبة الأمم ؛ ليقوم كمنظمة تابعة لها يعمل في نطاق أهدافها ، ومقره روما ، وتحول إلى معهد مستقل عن عصبة الأمم بعد انسحاب إيطاليا منها عام 1940 ، وأصبح تابعا لاتحاد يضم الحكومات

459 - انتبه الفقيه الإنجليزي Lord Justice Kennedy لأهمية توحيد قواعد المنظمة للتجارة الدولية وقواعد النقل البحري منذ بداية القرن العشرين (سنة 1904) نتيجة للتطور الذي عرفته المبادلات التجارية المتأثرة بالتطورات العميقة التي أزلت الحدود التي تفصل بين الدول. في هذا الخصوص راجع :

- GUTTERIDGE H.C, K.C., L.L.D, « L'unification du droit de la vente », in, Etude de droit civil a la mémoire de CAPITAN Henri, DALLOZ, Paris .1939 p 275.

المشتركة في عضويته والموقعة على نظامه الأساسي وعددها الآن 60 دولة تنتمي إلى القارات الخمس وبمختلف مستوياتها الإقتصادية وأنظمتها القانونية (460).

وتولى هذا المعهد إعداد مشروعات قوانين موحدة لمسائل يرى أنها ذات أولوية لاستبعاد الإختلافات التشريعية القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية وذلك باقتراح حلول شاملة وفعالة تنظم العلاقات التجارية الدولية والتي هي بمثابة تقنين يخص مثل هذه المعاملات يستفيد منها أطراف العلاقة العقدية (461).

الأسلوب المتبع من قبل المعهد في التوحيد هو إعداد مشروعات لاتفاقيات دولية، ثم يتفق مع حكومة إحدى الدول الأعضاء لتتولى الدعوة إلى عقد مؤتمر دبلوماسي لإقرار الاتفاقية التي تم إعدادها ، حتى إذا ما أقرها المؤتمر عرضت على جميع الدول للتصديق عليها أو الإنضمام إليها بما فيه الدول التي ليست عضوا فيها .

كما يتولى معهد UNIDROIT وضع مبادئ عامة تتضمن أصول علمية موحدة لأهم المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية مع إحاطتها بتعليقات وبعد ذلك يتم نشرها في كتب خاصة يمكن أن يستفيد منها المعنيين بالمعاملات التجارية العابرة للحدود (462)، وكل هذا ناتج عن عمل مجموعة من الخبراء يمثلون مختلف الأنظمة القانونية (463). ولهذا المعهد ثلاثة إصدارات ، الأولى كانت في 1994 والثانية في سنة 2004 التي جاءت لتكمل مختلف النقائص التي تخص الإصدار السابق (464) ، والأخيرة

460 - NIKA Witteborg , « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international comme source de connaissance du droit », <http://www.ipr-heidelberg.p1>.

461- KLEINHESTERKAMP Jan, « Les sanctions pour inexécution du contrat dans les principes », in, Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international et l'arbitrage, actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011, Bruylant, 2011, p142-143.

462 - وهذا وفقا لما يرد في ديباجة هذه الكتب:

« Les principes ...énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international ... ».

- راجع في هذا الشأن :

- FANTINE Marcel, « Présentation générale des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », in, Actes du colloque de CEPANI du 24 mai 2011, troisième édition. PBRUYLANT, 2011, p 20.

463 - DUMIER Pascale, « Les principes UNIDROIT ont 10 ans : bilan en demi - teinte », Revue des contrats, 01 juillet 2004 n°3, p. 774.

464 Ibid ,p 74.

في سنة 2010 ؛ كل هذا يمكن الأطراف من إختيار هذه المبادئ الموحدة لتكون واجبة التطبيق على العقد الدولي ، إضافة إلى ذلك يمكن أن تأخذ هذه المبادئ بعين الاعتبار من قبل الدول التي ترغب في إحداث اصلاحات تشريعية تتسجم مع التطورات الراهنة للتجارة الدولية (465) .

2 - لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL): ظهرت هذه اللجنة بعدما أن تضافرت الجهود على المستوى الدولي لتوحيد مثل هذه القواعد ، والبدائية كانت من الأستاذ الإنجليزي Clive Schmitthoff المتخصص في التجارة الدولية الذي يعتبر من الأوائل القائلين بضرورة توحيد مثل هذه القواعد على المستوى الدولي وذلك في الندوة التي نظمتها الجمعية الدولية للعلوم القانونية سنة 1962 في لندن بتشجيع وتدعيم مالي من منظمة اليونسكو وشارك فيها أبرز الأساتذة المختصين ، ونشرت أعمالها في سنة 1964 في كتاب يحمل عنوان " مصادر قانون التجارة الدولية" (466).

كما اقترح الممثل الدائم للمجر لدى الأمم المتحدة اقتراحا مفاده البحث عن مختلف الأساليب لتطوير القانون الخاص للتجارة الدولية ، وفيه أشار إلى عدم ملائمة القوانين الداخلية لتنظيم التجارة الدولية وذلك في الوقت الذي يسير فيه الاقتصاد العالمي نحو العولمة . وأوضح هذا المندوب أن المقصود بتطوير القانون الخاص للتجارة الدولية ليس مجرد اتفاقية دولية بخصوص مسائل تنازع القوانين ، وإنما هو توحيد القانون الخاص بقواعده الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية (467).

من المبادرات السابقة الذكر أدركت هيئة الأمم المتحدة على نحو قاطع بأهمية هذا التوحيد على المستوى الدولي وبادرت إلى انشاء لجنة تخص قانون التجارة الدولية و استدعت في هذا الخصوص الأستاذ الإنجليزي السابق الذكر (Clive Schmitthoff) سنة 1965 لوضع تقرير في هذا المجال ، في هذا التقرير أشار الأستاذ إلى أهمية هذه المبادرة موضحا في ذلك أهمية هذه المبادرة ووصفها بالنادرة جدا والسبب في ذلك

465 - FANTINE Marcel , op.cit, p20.

466 - محمود سمير الشراوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992، ص7.

467 - هذا الرأي مشار إليه في مرجع : مصلح أحمد الطراونة ، مرجع سابق ، ص 47 .

يمكن في غياب هيئة تتولى مثل هذه العملية وتحظى بالقبول من كل الدول وبمختلف توجهاتها السياسية والإقتصادية . إنتهى هذا الإقتراح إلى إنشاء لجنة جديدة في ديسمبر 1962 وتسمى " بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية " والتي تعرف (UNCITRAL) وهي تسمية مأخوذة من الحروف الأولى لإسم اللجنة باللغة الانجليزية وهي : **United Nations Commission on International Trade Law** (468).

تعتبر هذه اللجنة بمثابة الهيئة القانونية الأساسية بمنظمة الأمم المتحدة في مجال قانون التجارة الدولي ،فهي ذات عضوية عالمية متخصصة في اصلاح القانون التجاري الدولي على النطاق العالمي وكما تسعى إلى عصرنة وموائمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية(469) .

لا تقتصر عملية التوحيد على القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، وإنما تظهر ذلك حتى في اللغات المستعملة التي من خلالها يتم نشر الأعمال التي قامت بها هذه اللجنة-UNCITRAL - لتفادي كل ما يمكن أن تطرحه عملية الترجمة لتحقيق الهدف المنشود ؛ فإذا كانت المناقشات تتم في غالب الأحيان باللغة الإنجليزية ، إلا أن عملية التحرير تتم باللغات الرسمية المعتمدة لدى هذه الجمعية وتكون بصفة متطابقة (470).

3 - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED) : هو هيئة أممية تعني بقضايا التنمية والتجارة الدولية ، أنشأ في سنة 1964 مقره في جنيف ،وبلغ عدد أعضائه 194 دولة ويعقد أربعة دورات في السنة . يتمثل دوره في مساعدة الدول النامية على الإدماج في الإقتصاد العالمي من خلال تطوير المقاولات وتحسين مناخ الاستثمار وتشجيع الحوار بين مختلف الأطراف المعنية. من بين الاعمال التي قام بها

468- محمود سمير الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص7.

- تعرف هذه اللجنة باللغة الفرنسية Commission des Nation Unies pour le Droit Commercial International والتي تعرف بالاختصار التالي: (CNUDCI).

469 - للمزيد من التفاصيل بشأن هذه اللجنة والأعمال التي قامت بها لتوحيد قانون التجارة الدولية راجع :دليل

الأونيسترال ، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .<http://www.uncitral.org>
470 - YLVAINÉ POILLOT-PERUZZETTO, « Les méthodes de la C.N.U.D.C.I., le choix de l'instrument », Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, p 43.

هذا المؤتمر هو وضع اتفاقية سنة 1974 من خلالها يتم التقاسم العادل لإستغلال الخطوط البحرية والتي صادقت عليها الجزائر في سنة 1986 (471).

4 - اللجنة البحرية الدولية (CMI): هي منظمة غير حكومية تأسست سنة 1896، وتضم كل المهتمين بمصالح النشاط البحري كالمجهزين والشاحنين والمؤمنين ورجال المصارف وأساتذة القانون البحري، الغرض من إنشائها هو العمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي وإعداد مشاريع قوانين والاتفاقيات في مجال قانون التجارة الدولية⁽⁴⁷²⁾. ومن بين أهم نشاطاتها هو إعداد مسودة لاتفاقية تتعلق بتوحيد بعض القواعد القانونية الخاصة بسندات الشحن التي وقعت في بروكسل بتاريخ 1924/08/25 .

5 - غرفة التجارة الدولية (C.C.I): يرجع تاريخ انشاء هذه الغرفة إلى المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بمدينة أطلانتيك سيتي بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1919. وأقرّ هذا المؤتمر اقتراحا بوجوب انشاء منظمة دائمة تهتم بشؤون التجارة الدولية بعد وضع نظام لها في مؤتمر تأسسها الذي عقد في باريس في يوليو 1920.

تعتبر الغرفة أداة فعالة للتعاون بين أعضاء الجماعة الاقتصادية الدولية ، فتعمل على إيجاد حلول للمشكلات التي تنشأ في هذا المجال والتي تدخل ضمن عمل الحكومات. فالغرفة بهذا المعنى تُعبر عن مصالح المشروعات الخاصة على الصعيد الدولي؛ ومن هنا نجدتها تهتم أساسا بتسيير حركة المبادلات التجارية ومحاولة التغلب على كل العقبات الفنية التي تعرقل حرية تداول السلع والخدمات⁽⁴⁷³⁾.

471 - شتوان حياة ، عقد النقل البحري للبضائع ، دراسة في إطار إتفاقية بروكسل لسنة 1924 والقانون البحري الجزائري ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ن فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، دون سنة المناقشة، ص 16.

472 - أسندت إلى هذه اللجنة مهمة إعداد مشروع إتفاقية تستبدل أحكام إتفاقية بروكسل لسنة 1924 للنقل البحري كما سبق وأن بينا.

RACINE Jean – Baptiste, « Projet de convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », op.cit.

473 - بهاء هلال دسوقي ، قانون التجار الدولي الجديد ، دراسة تحليلية ، (د.س.ن.)، القاهرة ، 1993 ، ص 49.

من أهم أعمال التي قامت بها الغرفة هو تقنينها للعادة والأعراف السائدة في البيوع البحرية ضمن مدونة المصطلحات التجارية الدولية incoterms ، وذلك عندما أدركت وجود اختلاف في المفاهيم التي أوجدتها الأعراف التجارية . فانتهت في سنة 1935 إلى إقرار مدونة تضم تفسير لأحد عشر تعبيراً تجارياً والتي عرفت تعديلات ومراجعات متعددة تماشياً مع التطورات الحاصلة في مجال الأعمال . كما نجحت الغرفة في وضع قواعد موحدة بشأن الاعتمادات المستندية ، الذي عرف تطبيق شبه عالمي في إطار العلاقات المصرفية .

6- **الاتحاد الأوروبي للفرانشيز (Fédération Européenne de la franchise) :** هو منظمة دولية غير حكومية لا تسعى إلى تحقيق الربح ، هدفها الأساسي هو العمل على تشجيع نظام الفرانشيز وإنتشاره وتطويره على النحو الذي يساهم في تطوير الاقتصاد الأوروبي (474) .

تأسس هذا الإتحاد سنة 1972 في مدينة بروكسل ؛ من المهام الأساسية التي يسعى إلى تحقيقها هو محاولة التنسيق بين الإتحادات الإقليمية الأوروبية للفرانشيز ، خاصة وأن عدد الإتحادات المشتركة في عضويته قد بلغ 18 إتحاداً منطوية تحت مظلة الإتحاد الأوروبي للفرانشيز ليكون خلفية قانونية موحدة تستقي منه مختلف الإتحادات الأعضاء تقنيات وطنية للسلوك بما يضمن تقاربهما إلى حد بعيد (475) .

شارك في إعداد التقنين الأوروبي للفرانشيز جميع الإتحادات والجمعيات الوطنية الأعضاء في الإتحاد الأوروبي ، سواء من ناحية الصياغة المبدئية أو النهائية أو وضع

من بين المهام التي تباشرها غرفة التجارة الدولية هي كما يلي : تمثيل أوساط الأعمال الدولية على المستوى الوطني والدولي ، تشجيع التجارة والاستثمارات الدولية القائمة على المنافسة الحرة والشريفة ، تنسيق العادات التجارية ووضع المصطلحات والتوجيهات للمستوردين والمصدرين للمزيد من التفاصيل بشأن دور غرفة التجارة الدولية بباريس وأجهزتها وكيفية سير الدعوى راجع:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، « قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لإجراءات غرفة التجارة الدولية » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة عشرة العدد الأول والثاني ، 1993 ، ص 62 وما يليها .

474- عبد المنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص 55 .

475 - عبد المنعم زمزم ، مرجع سابق ، ص 55 .

قواعد متعلقة بالتفسير وكيفية ادماج أحكامه في القوانين الداخلية للدول الأعضاء . بدأ العمل بهذا التقنين بداية من شهر سبتمبر سنة 1988 (476).

الفرع الثاني

طرق توحيد قواعد التجارة الدولية

هناك طرق مختلفة تلجأ إليها الهيئات السابقة الذكر لغرض توحيد القواعد الموضوعية التي تنظم المعاملات التجارية التي تتم بين مختلف الدول . وتتمثل هذه الطرق في إبرام معاهدات الدولية، أو إعداد قوانين نموذجية، أو عقود نموذجية⁽⁴⁷⁷⁾.

أولاً: إبرام إتفاقيات دولية

ساهمت الهيئات والمنظمات المهمة بتوحيد قواعد التجارة الدولية في إبرام الكثير من الاتفاقيات الدولية لغرض توحيد الأحكام المنظمة لبعض العقود التي عرضت على بساط البحث.

فعندما تعرض الفكرة على مثل هذه المنظمات والهيئات وترى السبيل الأكثر فعالية هو إبرام اتفاقية بشأن هذا الموضوع؛ تقوم بمجموعة من الأعمال التحضيرية لترويج هذه الفكرة بين مختلف الأوساط التجارية لتوسع من نطاق التشاور بين الأطراف المعنية بالأمر بما فيها الدول لكي تحظى بموافقة كبيرة من قبل هذه الأخيرة وذلك عن طريق قبولها والإنتظام إليها لاعتمادها كتشريع عالمي موحد يخص جانب من جوانب التجارة الدولية .

476- نفس المرجع ، ص 55

477 - بصفة عامة، يمكن حصر أساليب التوفيق بين القوانين في ثلاثة فئات:

الفئة الأولى: في الأدوات التشريعية وتشمل الإتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية أو أحكام المعاهدات النموذجية.

- **الفئة الثانية:** الأدوات التعاقدية، وبنود وقواعد العقود النموذجية. - **الفئة الثالثة:** الأدوات الإيضاحية، وتشمل

الأدلة الإيضاحية والأدلة القانونية لاستخدامها في الممارسة القانونية.

- راجع في هذا الشأن : - حسن علي كاضم ، «الوسائل البديلة لحل النزاعات وأثرها على التجارة الدولية» ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الخاص بالمؤتمر العاشر ، جامعة كربلاء ، 2013 ، ص 109.

طريقة إبرام الإتفاقيات الدولية التي تشرف عليها الهيئات والمنظمات المهمة بالتوحيد القواعد المنظمة للتجارة الدولية يكون عن طريق إبرام مؤتمرات دبلوماسية وذلك بعد القيام بدراسات عميقة تتم بين الحكومات والمنظمات لتقديم رأيها بشأن المسألة المعروضة ، وبعد ذلك يتم عقد مؤتمر دولي لمناقشة مشروع إتفاقية الجديدة ليتم اقرارها كاتفاقية دولية (478).

والجدير بالذكر أن هناك نوعين من الاتفاقيات التي تسعى إلى توحيد قواعد التجارة الدولية ، الأولى تندرج ضمن الاتفاقيات الدولية الشارعة تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الأطراف وموضوعها هو إنشاء قواعد موضوعية أو خلق قواعد قانونية ، فهي معاهدات قانون تبرم بين عدد غير محدد من الدول لوضع قواعد عامة تحكم العلاقات التجارية الدولية . ومن أبرز الاتفاقيات الدولية التي تندرج ضمن هذا النوع هي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي لسنة 1980 والسابقة الذكر (479).

والنوع الثاني من الاتفاقيات الموحدة لهذه القواعد تعرف بالاتفاقات العقدية والتي تبرم بين دولتين أو بين عدد محدد من الدول ولا يتعدى أثرها خارج نطاق الدول المتعاقدة ؛ وتغطي مثل هذه الاتفاقيات القواعد المنظمة لتحرير التجارة الدولية والسلع والخدمات إلى جانب نظام تسوية منازعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية (480).

478 - وبهذه الكيفية مثلا تم إبرام اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحرا لسنة 1978 والمعروفة بقواعد هامبورغ . فتم مناقشة مشروع المعاهدة من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) وعقد المؤتمر في هامبورغ سنة 1978 وتمخضت منه معاهدة تعرف " إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحرا". - كما تم إبرام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع من خلال المؤتمر الذي أُنعقد في مدينة فينا 1980، وفي هذا المؤتمر تم مناقشة المشروع وأدخل عليه بعض التعديلات ووافقت الدول التي شاركت في هذا المؤتمر على الاتفاقية.

479 - بلاش ليندة ، « الإتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،

السنة السادسة ، المجلد 11 العدد 01 ، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية ، 2015 ، ص 278- 279 .

480 - بلاش ليندة ، مرجع سابق ، ص 280.

ثانياً: إعداد قوانين نموذجية

تتولى منظمات خاصة إعداد مثل هذه القوانين لتكون بمثابة الدليل التشريعي للدول تستعين بها عند إعداد تشريعاتها الداخلية لضمان قدر معين من التقارب فيما بينها والتي زاد عددها في الآونة الأخيرة وذلك بالنظر إلى سهولة التفاوض الذي يجرى بشأنها ، فهي أقل تكلفة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية التي تبرم في إطار المؤتمرات دولية (481).

من بين القوانين النموذجية التي أعدت في هذا الإطار نجد قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الذي صدر بعد نقاش دام لثلاثة أسابيع وخلالها أجريت مناقشات دبلوماسية بين العديد من الممثلين والمراقبين من 58 دولة وحضرها 18 منظمة دولية، تم تبني قانون للتحكيم التجاري الدولي (482)، وهذا يعتبر أكبر تقدم في تاريخ التحكيم التجاري الدولي لأن الدول الموقعة أخذت به ليصبح كقانون داخلي (483).

481 - دليل الأونيسترال ، مرجع سابق ، ص 15 .

482 - تضمن تقرير اللجنة اليونيسترال دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة بأن توصي الدول بوضع القانون النموذجي في الاعتبار عندما تقوم بوضع أو بمراجعة تشريعاتها في شأن التحكيم التجاري الدولي

- محمود سمير الشرفاوي ، « التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري » ، مصر المعاصرة ، العدد 449-450، السنة التاسعة والثمانون ، ص 201.

483 - صالح بن عبد الله بن عطف العوفى ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث والدراسات الادارية ، المملكة العربية السعودية ، 1998، ص 373 وما يليها .

من بين القوانين النموذجية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية نجد مثلاً:

- قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 مع التعديلات التي إعدمت في سنة (2008).

= قانون اليونيسترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود .

- قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية .

- قانون اليونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (2002) .

للمزيد من المعلومات راجع :- دليل الأونيسترال ، حقائق أساسية عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 58- 59 .

ثالثاً: الحداد عقود نموذجية والشروط العامة

يعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن وثيقة مطبوعة يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته، إذ تنطوي على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد وهي معدة سلفاً تشمل التزامات الأطراف و ضمانات التنفيذ وغيرها⁽⁴⁸⁴⁾. أو أنها صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها وذلك باتفاق أطراف هذا العقد⁽⁴⁸⁵⁾.

تهدف هذه العقود إلى توحيد الحلول القانونية المتعلقة بالتجارة الدولية، وهي مستمدة من مختلف المعاملات التي إستقرت بين الأوساط التجارية والتي تم تقنينها من قبل الهيئات المختصة لتكوّن في الأخير نماذج مكتوبة تمكن المتعاقدين من استعمالها في التعاقد.

تظهر الغاية من وضع هذه العقود في صيغ مكتوبة في تحديد آثار العقد بالنسبة لطرفيه سلفاً بقصد تسهيل إبرام الصفقات التجارية دون مناقشة شروط هذا العقد الذي يتطلب وقتاً معتبراً للتطرق إلى كل تفاصيله. فالعقد النموذجي وفقاً لهذا المعنى هو مجموعة كاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة تتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل مع إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل⁽⁴⁸⁶⁾.

فتوحيد قواعد التجارة الدولية عن طريق وضع عقود نموذجية ، يعتبر السبيل الأمثل مقارنة مع الطرق الأخرى كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي

484 - محمد يوسف الزغبي ، مرجع سابق ، ص 138.

485 - عبد المهدي كاضم ناصر ، نظام جبار طالب ، « المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرنشيز » ، مجلة جامعة

بابل ، المجلد 17 العدد 6 ، 2009 ، ص 286.

- هناك فرق بين الشروط العامة والعقود النموذجية ، فالشروط العامة التي يشير إليها العقد الدولي بشأن التعامل على سلعة معينة تضم مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاقدين في إتمام تعاقدهم فيشيرون إليها ويضمنونها في عقدهم بما يتفقون عليه من كمية و ثمن وميعاد ومكان التسليم . أما العقود النموذجية فتتضمن تفاصيل العقد تغني الأطراف إلى التطرق إليها.

486 - فارس سلامة عرب، مرجع سابق، ص 381.

- للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع راجع :

- CHAUVEAU (P), op.cit, P136.

تستغرق وقتا معتبرا لإبرامها نتيجة ما تبذله الدول من جهد لمناقشة قواعد محل التوحيد، لأن الهيئات الدولية المهتمة بوضع العقود النموذجية تقوم بجمع هذه الأعراف المستقرة والمقبولة من قبل رجال الأعمال لتقنينها في نماذج مطبوعة تزود المتعاقدين بالعلم المسبق بمضمون هذه العقود ، وهذا ما يجسد الطمأنينة في المعاملات الدولية وذلك بسبب الطريقة المتأنية والدقيقة في اعدادها من قبل خبراء في التجارة محل التنظيم العقدي مع خبراء قانونيين وخاصة إذا تمت صياغتها بصورة تكفل التوازن السليم بين مصالح الأطراف وتتماشى مع مختلف النظم القانونية الوطنية (487).

487 - مصلح أحمد الطراونة ، مرجع سابق ، ص 52-53 .

المبحث الثالث

التحكيم التجاري الدولي وعلاقته

بقواعد التجارة الدولية

سنتولى في المبحث إظهار ماهية التحكيم التجاري الدولي ودواعي اللجوء إليه (المطلب الأول)، بعد ذلك نبين القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم (المطلب الثاني). كما نبين في الأخير امكانية وجود عقد دولي متحرر من القانون حالة عرض النزاع على هذا القضاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي

ودواعي اللجوء إليه

سنبين في هذه الدراسة ماهية التحكيم التجاري (الفرع الأول)، وبعد ذلك نبين أهم الأسباب الذي تدفع أطراف العقد الدولي عرض نزاعاتهم على هذا القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي

يتحدد مفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال العناصر التالية :

أولاً: المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

التحكيم هو عبارة عن وسيلة من خلالها يحيل الأطراف منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه ليصدر قراراً قائماً على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى محكمة التحكيم، أو هو نظام قضائي خاص بمقتضاه تخرج المنازعة من القضاء العادي لكي يتولى أفراد

مخولون مهمة الحكم فيها ؛ أو هو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسا المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه (488).

ومهما يكن ، فإن التحكيم ليس في حقيقته سوى مجموعة من الأعمال المتتالية، ويتمثل العمل الأول في الفعل الذي يقوم به المتنازعان اللذان يختاران طرفا أو أطرافا محايدين للفصل في النزاع القائم بينهما، مع قبولهما مسبقا بما سيصل إليه من حكم، بينما يتمثل العمل الثاني في الفعل الذي يقوم به الطرف المحايد والمختار من قبل المتنازعين، حيث يقوم بالتحري في الوقائع والبحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق، لينتهي بحكم يجسد بموجبه العدالة مثل الحكم القضائي الصادر عن جهات القضاء العادي.

فالتحكيم التجاري الدولي وفقا لما سبق هو عبارة عن قضاء خاص موازي للقضاء الرسمي أساسه إرادة الأطراف التي تسعى إلى الإحتكام إلى شخص أو عدة أشخاص تتوفر فيهم النزاهة والخبرة والتي هي محل ثقة الأطراف يجعل الحكم الصادر في شأن هذا النزاع يحظى بموافقتهم.

ثانيا: أنواع التحكيم

يتخذ التحكيم أنواع مختلفة وذلك حسب إختلاف الزاوية التي ننظر منها لهذا التحكيم ؛ فهناك تحكيم إختياري وتحكيم إجباري. وتحكيم حر وتحكيم مؤسسي، والتحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون.

1 - التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري: الأصل هو أن التحكيم إختياري يرجع لمشيئة الأطراف في عرض النزاع على التحكيم وذلك لسلب الإختصاص من القضاء الوطني للإستفادة من المزايا التي تتوفر فيه بإعتباره كقضاء يختص في الفصل في نزاعات التجارة الدولية.

488 - لزه بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010، ص16 .

ويتم اللجوء إلى التحكيم اختياريًا إذا ما اتجهت إرادة الأطراف إلى اختيار قضاء التحكيم وتفضيله عن القضاء الداخلي لدولة معينة، ويظهر ذلك في اتفاق الأطراف في اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ فيما بينهم (489).

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتحكيم الاجباري الذي يُفرض على أحد أطراف العلاقة العقدية، وهو الطرف الضعيف الذي تدفعه الحاجة الاقتصادية إلى الرضوخ إلى شروط الطرف المتعاقد معه إذا كان يحتكر تكنولوجيات أو بضاعة معينة. وهذا الوضع عانت منه الدول النامية التي هي في أمس حاجة لرؤوس الأموال والخبرة الفنية لاستغلال مواردها الطبيعية لإحداث تنمية اقتصادية، وهذا ما يدفعها إلى الرضوخ لمتطلبات الطرف الآخر في العلاقة والمتمثلة في اخراج النزاعات من القضاء الداخلي والتي هي من الشروط الأساسية التي يفرضها الطرف الأجنبي (490).

يجد الطرف الضعيف نفسه مجبراً للإلصياغ لهذا الشرط - شرط عرض النزاع على التحكيم - سواء على صعيد الأفراد أو الدول وذلك بالنظر إلى الحاجة الاقتصادية

489 - يمكن أن يكون الإتفاق الذي يشمل عرض النزاع على التحكيم سابقاً على وجود النزاع ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم، وقد يكون لاحقاً على وجود النزاع ويسمى بمشارطة التحكيم. المشرع المصري نص على هاتين الحالتين بصفة صريحة في نص المادة 1/10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.

أما المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً لإتفاق التحكيم، فما قام به هو التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم. فإعتبرهما من الحالات التي يتم فيها عرض النزاع على التحكيم. فبالنسبة لشرط التحكيم نص عليه في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ". وعرف إتفاق التحكيم في المادة 1011 بأنه: " اتفاق التحكيم هو الإنفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم " .

والخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري يظهر نص المادة 1011 السابقة الذكر، وذلك عندما إعتبر إتفاق التحكيم هو مشارطة التحكيم. والصحيح هو أن المشرع وضع تعريف لمشارطة التحكيم وليس لإتفاق التحكيم. ومن هنا يجب أن يتدخل المشرع لإستبدال مصطلح إتفاق بمصطلح مشارطة التحكيم.

490- أحمد شرف الدين، « مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية »، ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجاري الدولي بالمنطقة بدلا من الإلتجاء للتحكيم في دول الغرب المنعقدة خلال فترة: 19 إلى 21 أكتوبر 1991، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية، 1991، ص10.

المرتبطة بالطرف الآخر⁽⁴⁹¹⁾. كما تتضمن العقود النموذجية هي الأخرى شرط عرض النزاع على التحكيم التجاري مع تحديد الجهة التي تتولى النظر في النزاع ؛ هذا ما نجده في عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية حيث تضمنت بضرورة عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية⁽⁴⁹²⁾.

2 - التحكيم الحر (الخاص) والتحكيم النظامي (المؤسسي): التحكيم الحر Ad hoc هو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين دون الاستفادة من الخدمات التي يقدمها التحكيم النظامي⁽⁴⁹³⁾ ، فهو تحكيم أُعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث الاجراءات والقواعد التي تطبق عليه .

فالأصل في التحكيم ، هو التحكيم الحر ما لم يتبين أن إتفاق الأطراف أخضع النزاع للتحكيم المؤسسي، فالإتفاق على عرض النزاع على التحكيم دون تحديد طبيعته ، يعني أن الأطراف أرادا اللجوء إلى التحكيم الحر وليس للتحكيم النظامي.

أما التحكيم النظامي، فهو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة أو منظمة أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة ، والذي يتم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا ليحكم عمل هذه الهيئات والمنظمات والمراكز⁽⁴⁹⁴⁾.

491 - محمد وليد العبادي ، « أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية ، دراسة مقارنة » ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد 34 ، العدد الثاني ، 2007 ص 360.
هناك حالات أخرى يكون فيها التحكيم إجباري وذلك في الحالات التي يستلزم فيها المشرع اللجوء إلى هذا التحكيم.

راجع بشأن هذه الحالة: كمال إبراهيم، كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 95-96.

492 - للمزيد من التفاصيل بشأن الحالات التي يكون فيها التحكيم إجباريا راجع: زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص، 106 وما يليها. كذلك راجع: كمال إبراهيم، ص 135، 136، 137.
493 - DAVID René, L'arbitrage dans le commerce international, ECONOMICA, Paris, 1982, p 50.
494 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول : وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي . إتفاق التحكيم- خصومة التحكيم، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، ص 127.

أصبح التحكيم المنظم في وقتنا الحالي أكثر إنتشاراً نتيجة للمزايا التي تتوفر فيه والتي لا تتوفر في تحكيم الحر، كونه يزود أطراف النزاع بخدمات جعلت منه أكثر فعالية وملائمة لحل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية تؤدي في مجموعها إلى إختصار الطريق لتعيين المحكمين ومكان إجراء التحكيم والقانون واجب التطبيق على الاجراءات، زيادة على ذلك، يزود أطراف النزاع بخدمات إدارية التي تطلبها عملية التحكيم ؛ كعملية حفظ الملفات والمستندات وعملية الترجمة وما شابه ذلك من الخدمات.

بهذه الخاصية أصبح التحكيم المنظم بمثابة القضاء الموازي للقضاء الوطني له تنظيم وهياكل تسمح بإجراء التحكيم بكل سهولة وفي وقت قصير. وهذا ما ساهم في انتشاره على المستوى العالمي والإقليمي وبأشكال مختلفة⁽⁴⁹⁵⁾، فظهرت مؤسسات تحكيم مهنية متخصصة في فروع معين من فروع التجارة، أو الخدمات التجارية، أو في نوع معين من المنتوجات. فقد تضمنت العقود النموذجية التي أعدتها مثل هذه الجماعات شرط التحكيم ويجرى التحكيم وفقاً لقواعد هذه الجماعة⁽⁴⁹⁶⁾.

495 - من بين مؤسسات التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي نجد: غرفة التجارة الدولية بباريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي ومقرها بلندن، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مقره واشنطن. بالنسبة لهيئات التحكيم على المستوى الإقليمي نجد على سبيل المثال: هيئة التحكيم Inter Amérique لفض المنازعات التجارية التي تنشأ بين رعايا دول الأمريكيتين.

- بالنسبة لمراكز التحكيم في الدول العربية نجد كذلك: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (مصر)، مركز دبي للتحكيم الدولي (الإمارات)، ومركز أبو ضبي للتحكيم (الإمارات)، مركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي (البحرين)، مركز البحرين للتحكيم الدولي (البحرين) ، مركز تحكيم تونس (تونس) ، ومركز التحكيم اللبناني (لبنان) ، ومركز التوفيق والتحكيم اليمني (اليمن) .

- ذكرت هذه المراكز التي تنتمي إلى الدول العربية في مرجع: يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 288.

496 - من بين هذه المنظمات نجد غرفة تحكيم القطن في " الهافر" وغرفة التحكيم التابعة لجمعية لفربول للقطن ، وغرفة تحكيم البن في أنفوس وغرفة التحكيم التابعة لجمعية لندن لتجارة القمح .

- والجدير بالذكر أن أغلب هذه الهيئات وطنية النشأة ولكن نشاطها يتعاظم بالنسبة لمعاملات التجارة الدولية ومن ثمة تأخذ طابع التحكيم التجاري الدولي.

- كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 111.

يعتبر التحكيم الذي يجرى لدى الهيئات المهنية المتخصصة والذي تديره التجمعات المهنية في جانب من جوانب العلاقات التجارية هو أكثر فعالية مع التحكيم الذي يتم لدى هيئات غير متخصصة ، فهو القادر على خلق وتطوير قواعد التجارة الدولية باعتباره ينظر في نزاعات مترتبة من علاقات تخص تجارة معينة بذاتها .

من جهة أخرى، يمكن أن يكون هذا النوع من التحكيم - التحكيم المتخصص - مجاني يقدم خدمات للمتعاملين في هذا النوع من النشاط والمتمثلة في النظر في النزاعات دون مقابل، وهذا بدون شك يساهم في تطوير وتنمية المبادلات التجارية على المستوى الدولي (497).

الفرع الثاني

دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

رغم حداثة مصطلح التحكيم التجاري الدولي ، إلا أنه قد إرتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهر بإزدهار هذه التجارة وأفل نجمه بأفولها حيث أصبحت هذه التجارة هي المرتع الخصيب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي (498).

تظهر الأسباب التي أدت إلى تزايد اللجوء إلى التحكيم في المزايا المرتبطة به والتي تظهر في جوانب متعددة أبرزها ، أنه عبارة عن قضاء اتفاقي يقوم على إرادة الأطراف في نواحي كثيرة جعلت منه ذات وظائف متعددة بجانب الوظيفة الأساسية المتمثلة في تسوية النزاعات ؛ فهو كوسيلة لتطوير وتنمية التجارة الدولية نتيجة لما توصلت إليه الأحكام التحكيمية التي أصبحت كقواعد تطبق على ممارسات التجارة الدولية. إضافة إلى ذلك ، فإن عرض النزاع على قضاء التحكيم يعني تجنب مختلف المساوئ التي تكتنف القضاء الوطني والتي تظهر في نواحي مختلفة ، أبرزها قيامه على إجراءات معقدة تسعى إلى تحقيق عدالة مقيدة تستغرق وقتا معتبرا ليس في مصلحة

497 - DAVID René, op. cit, p 59.

498 - أبو زيد رضوان ، « الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي » ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الأولى، العدد الثاني ، 1977 ، ص 16.

المتقاضين ، خاصة لو تعلق النزاع بمصالح تجارية التي تتطلب السرعة في إصدار الأحكام لتسهيل عملية مواصلة إبرام الصفقات التجارية.

تطرح الصعوبات السالفة الذكر بشدة لو كان الأمر يخص المعاملات التجارية الدولية ، فمن غير المنطقي إخضاع الطرف الأجنبي لقضاء داخلي ونلزمه باتباع إجراءات التقاضي في تلك الدولة ليتم الفصل في موضوع النزاع ليتبين ما له من حقوق وما عليه من التزامات في شأن صفقة يتطلب الأمر الفصل فيها في أسرع وقت ممكن مع احاطتها بسرية تامة وهذا ما لا يمكن للقضاء الوطني تحقيقه .

بتزايد النزاعات التي تعرض على المحاكم الوطنية التي لها الولاية العامة للفصل في النزاعات ، سواء كانت وطنية في كل عناصرها أو مشتملة على عنصر أجنبي ، جعلت القضاء الوطني يتأخر في الفصل في النزاعات لكثرة القضايا التي ترفع أمام المحاكم والتي تشكل عبئا كبيرا على هذا القضاء ويتطلب الأمر وقتا معتبرا للفصل فيها؛ ومن هنا يمكن أن تضرر مصالح الأطراف على وجه عام .

في إطار التزايد المضطرد لحجم القضايا أمام القضاء وكثرة الطعون التي رسمها القانون من أجل حماية هذه الحقوق ، ترك الإنطباع لدى المواطن بصفة عامة والمتقاضي بصفة خاصة ببطء في سير العدالة لا يوجد لها مبرر وهو ما يتنافى مع إحدى ركائز المحاكمة العادلة التي تتمثل في الآجال المعقولة للفصل في النزاعات (499).

كما يعد التقاضي أمام المحاكم الوطنية مكلف جدا من الناحية المادية حالة إجراء محاكمة في دولة أجنبية أين يتطلب الأمر توكيل محامي وتحمل نفقات تعيين خبراء لمعرفة قوانين تلك الدولة إضافة إلى صعوبات الناجمة عن البحث مضمون القوانين الواجبة التطبيق المترتبة من أعمال المنهج القائم على قاعدة الإسناد.

من هذه المساوئ تظهر مزايا التحكيم الدولي بصفة جلية ، فهو يذلل الصعاب التي يقوم عليها القضاء الوطني بداية من سرعة الفصل في المنازعات في آجال جد

499 - ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2009 ، ص 441 .

معقولة والتي تتراوح بين 60- 90 يوما وهي فترة قصيرة جدا إذا ما قورنت بالأجال التي يتطلبها قضاء الدولة. كما يتميز قضاء التحكيم بالاقتصاد في النفقات إذا ما قورنت بنفقات التقاضي أمام القضاء الوطني الناتجة عن تعيين خبير وتوكيل المحامين ، لأن الأطراف - في إطار التحكيم التجاري - بإمكانهم تعيين خبير واحد لحل النزاع وفقا لإجراءات قد يرسمونها بأنفسهم إذا ما أرادوا ذلك ، وقد يعفيهم هذا توكيل محامي نيابة عنهم كونهم يتولون هذه المهمة بأنفسهم . كما يمكن أن يكون المحكم في حد ذاته صاحب خبرة في المجال الذي عين فيه، ومن ثم يستغنون عن تعيين خبير آخر (500).

كما يحافظ التحكيم على العلاقات الحسنة بين المتنازعين كونه يعبر عن المشاعر الطيبة التي يكنُّها كل طرف للآخر ،عكس اللجوء إلى القضاء فهو يعبر عن الكراهية التي يحملها كل طرف للآخر ؛ لذا نجد الأطراف حين يلجؤون إلى القضاء ينظرون إلى الوراء ، بينما ينظرون إلى الأمام في حالة اللجوء التحكيم (501) .

من هذه النظرة المستقبلية المتفائلة ، ظهرت الرغبة لدى الدول في قبول التحكيم وإعتماده كنظام بديل لحل نزاعات التجارة الدولية ليس فقط بين الأشخاص القانون الخاص ، وإنما يشمل حتى العقود التي تبرمها الأشخاص العامة تلبية لضرورتها التجارية المرتبطة مع أطراف أجنبية لغرض تحقيق تنمية اقتصادية تجعل الاقتصاد الوطني يتماشى مع المستويات التي تتواجد عليه إقتصاد الدول المتقدمة .

تسعى الدول في ظل الوضع الاقتصادي الحالي، وعلى اختلاف توجهاتها السياسية والإقتصادية إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة بها، ويتحقق ذلك عن طريق إبرام العديد من العقود مع المستثمرين والمشروعات الأجنبية ، كذلك المتعلقة بنقل التكنولوجيا وتراخيص إستغلال الثروات الطبيعية والتقيب عن المحروقات وشق

500 - علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري ، دار الثقافة ، لبنان ، 2005 ، ص 58 - 59 .
إضافة إلى هذا ، نجد المحكم يستعين بخبرته الشخصية وما إستقرت عليه المعاملات التجارية ذات الطابع العالمي، وذلك عكس القاضي الوطني الذي يتقيد بتحليل النصوص القانونية لتطبيقها . في هذا الخصوص راجع:
-REDFERN Aland, HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, SWEET & MAXWELL, London, 1991.p 58.

501 - محمد وليد العبادي ، مرجع سابق ، ص 359.

الطرق وإمّياز المرافق العامة وغيرها. عادة ما تواجه هذه التعاقدات والاستثمارات صعوبات جمة تحول دون إتمامها وإنجازها.

تظهر هذه الصعوبات في كيفية تسوية النزاعات التي قد تثور بين الدولة أو أحد فروعها وبين الطرف الأجنبي ، حيث يخشى هذا الأخير إهدار حقوقه لعدم وجود ضمانات كافية تحمي حقوقه وإستثماراته بهذه الدولة وهذا ما تسهر عليه الدول المضيفة الإستثمار من توفيره ، فهي لا تتردد في توفير ضمانات التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض النزاعات بينها وبين الطرف الأجنبي، وغير خفي أن هذا الأخير - المستثمر الأجنبي- لا يجازف باستثماراته إذا لم يكن متاحا له وضع شرط التحكيم، أو إبرام إتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات في المستقبل، لذلك يلاحظ إتجاه معظم قوانين الإستثمار الخاصة بالدول نحو الاعتراف بالتحكيم وتبنيه كوسيلة لفض النزاعات مع المستثمرين⁽⁵⁰²⁾، وذلك لبث الطمأنينة في أنفسهم وتشجيعهم على استثمار أموالهم، وهو الأمر الذي لن يتحقق فيما لو عرض النزاع على القضاء الوطني⁽⁵⁰³⁾.

502 - أخذ المشرع الجزائري في قانون الاستثمار بإمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 24 من قانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار والتي تنص : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر ، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا ، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصلحة والتحكيم ، أو في حالة وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص " .

503 - عرفت الجزائر تطورات عميقة بشأن التحكيم التجاري الدولي تعكس التطورات السياسية والاقتصادية التي مرّت منها الدولة والتي تتخللها تناقضات تعكس موقفها المتذبذب . فالاعتبارات السياسية توجي إلى رفض الدولة للتحكيم كونه يجسد مصالح الدول الرأسمالية، لكن الواقع الاقتصادي يلزم الدولة بقبول اللجوء إلى التحكيم لتحقيق تنمية اقتصادية وتكون بدايتها من استغلال الثروات الباطنية كالبتروول.

- من مظاهر رفض للتحكيم هو عدم وجود قوانين تنظمه ، حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966 لم ينظم التحكيم الدولي ، فهو لم يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ؛ وأكثر من ذلك ، فقد منع الدولة وأشخاصها الإعتباريين من اللجوء إلى التحكيم وفقا لما نصت عليه المادة 3/442 من الأمر السالف الذكر . إضافة إلى ذلك نجد الجزائر لم تصادق على بعض الإتفاقيات الدولية حول التحكيم إلا مؤخرا مع إبراز بعض التحفظات كما هو الشأن بالنسبة لإنظام الجزائر إلى إتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها

- عيادي فريدة ، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن عقد التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، جامعة الجزائر ، 2001، ص 5 وما يليها . =

= أما الواقع الاقتصادي للدولة يبين قبول الدولة للجوء إلى التحكيم وكان في البداية مفروض عليها نتيجة للوضعية الاقتصادية للجزائر آنذاك ، فكانت بمثابة الطرف الضعيف باعتبارها حديثة العهد بالاستقلال ومن ثمة تجد نفسها مرغمة للجوء إلى التحكيم مع الشركات الأجنبية لإستغلال الثروة البترولية.

حاجة الجزائر إلى خدمات الشركات الأجنبية هو الذي يفسر تذبذب موقف المشرع من اللجوء إلى التحكيم ويظهر ذلك في قانون الصفقات العمومية الذي عرف تغيرات عديدة تتماشى مع الظروف المستجدة ، حيث مكّن الطرف الوطني من اللجوء إلى التحكيم الدولي وذلك في الحالات التي يكون في مركز ضعف ، أما عندما يكون في مركز قوة فالمؤسسات الجزائرية دائما تفرض تطبيق القانون الجزائري .

بشأن هذه الحالة الأخيرة راجع:

- معاشو عمار ، مرجع سابق ، ص328.

إزاء هذا الوضع الذي عرفه التحكيم التجاري في الجزائر، جاءت مرحلة الانفتاح على التحكيم تماشيا مع التطورات التي عرفتها الدولة على الصعيد السياسي والاقتصادي والتي تسعى إلى تحرير الاقتصاد من هيمنة الدولة لتجاوز الأزمات التي مرت منها . يعني الانفتاح الاقتصادي قبول اللجوء إلى التحكيم الدولي باعتباره أحد الوسائل الفعالة لتطوير الاقتصاد ؛ في هذا الإطار قامت الجزائر بإبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف بشأن التحكيم. كما رفعت التناقض بصفة صريحة بعد صدور المرسوم التشريعي 09/93 المعدل للأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، حيث عدلت المادة 442 من هذا القانون وأصبح يسمح للدولة وللأشخاص الاعتباريين التابعين لها من اللجوء إلى التحكيم التجاري في علاقاتها الاقتصادية مع الدول الأخرى .

إذا كان التعديل الذي جاء به المرسوم السابق الذكر يقتصر على تعديل المادة 442 المرتبطة بالتحكيم، إلا أنه جعل الجزائر من الدول التي تبنت تحكيما أكثر ليبرالية ويظهر ذلك من توسيع سلطات الأطراف خاصة من حيث تحديد القانون واجب التطبيق.

بما أن هذا التعديل جاء على شكل " مكرر " أصبح محل إنقناد من قبل الأستاذ موحد إسعاد الذي يرى أنه من الأجدر أن يصدر قانون مستقل يخص التحكيم الدولي نتيجة لأهميته عوضا أن يعتمد على صياغة نصوص كانت موجودة سابقا (عيادي فريدة ، مرجع السابق ، ص 13). قد تحققت نظرة الأستاذ موحد إسعاد وذلك عندما قام المشرع الجزائري بإصدار قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تضمن نصوص جديدة تنظم التحكيم الدولي في الباب الثاني من الكتاب الخامس تحت عنوان : في الطرق البديلة لحل النزاعات . في هذا التقنين كرس المشرع التحكيم التجاري الدولية بكيفية تتماشى مع المفاهيم الحديثة للتحكيم.

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم

التجاري الدولي

يعتبر قضاء التحكيم القضاء الأصيل لإعمال إرادة الأطراف على نحو واسع ويظهر ذلك عند تحديد القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي سواء كان ذلك على إجراءات الدعوى (الفرع الأول) أو على موضوع النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد القانون واجب التطبيق

على الإجراءات

تظهر تطبيقات الإرادة في التحكيم التجاري الدولي عند تحديد القانون واجب التطبيق وذلك عندما مكنت القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي الأطراف من اختيار القانون الذي تتبعه هيئة التحكيم للفصل في النزاع (أولاً). كما بينت هذه التشريعات القانون الإجرائي واجب التطبيق في حالة عدم إتفاق الأطراف في تحديد هذا القانون (ثانياً).

أولاً: تولي إرادة الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق

تخضع إجراءات التقاضي حسب الأصل للقانون الذي يتولى الأطراف اختياره والذي أصبح - هذا الإختيار - كعقيدة مكرسة في الأنظمة الحديثة للتحكيم التجاري الدولي⁽⁵⁰⁴⁾، وهذا بعدما أن أخذ به كل من الفقه والاتفاقيات والمواثيق الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة والتشريعات الوطنية⁽⁵⁰⁵⁾ بما فيها التشريع الجزائري.

504 -HORMANS Guy, « la loi Belge du 19 mai 1988sur l'arbitrage », Revue de l'arbitrage, N°3.1999,p510 .

505 - جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 23.

يظهر موقف المشرع الجزائري فيما تنص عليه المادة 1043 /1 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن : " يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستادا على نظام التحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم " (506) . ويقابل هذا النص المادة 1/25 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 والتي تنص: "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها " . نفس الموقف أخذ به المشرع الفرنسي ويظهر ذلك في نص المادة 1/1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية والتي تنص على أن:

« *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale* » (507) .

يتبين من خلال النصوص السابقة كيفية تحديد الطرق التي تبين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والمتمثلة فيما يلي :

1 - تولي الأطراف بأنفسهم تنظيم قواعد الإجراءات : مكنت مختلف القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي الأطراف من التنظيم المباشر للقواعد التي تنظم الاجراءات مباشرة دون الإستناد إلى أي قانون معين وهذا ما يؤدي إلى تحرير التحكيم من الخضوع لأي قانون وطني، ومن هنا يصف جانب من الفقه هذا التحكيم بأنه تحكيم حر أو تحكيم بلا قانون « *L'arbitrage sans loi* » أو تحكيم دولي محض *L'arbitrage purement international* » (508) .

506 - تأثر المشرع الجزائري بالنص المادة 1/19 من القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والتي تنص : "مع مراعاة أحكام هذا القانون ، يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم " .

507 - La loi française de l'arbitrage, <http://www.legifrance.gouv.fr>

508 - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 32.

أخذ المشرع الجزائري بهذه الطريقة وذلك في نص 1043 والتي تنص : " يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة..... " .

الحرية التي يتمتع بها الأطراف في هذا الشأن تصل إلى حد إنشاء أو خلق قواعد من قبل إرادة الأطراف أو عن طريق إقتباس هذه القواعد من لوائح وأنظمة التحكيم لتصبح قواعد جديدة مستقلة عن هذه الاخيرة والمثال على هذه الحالة هو ما نصت عليه المادة (30) من العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للبتترول سنة 1933 ، حيث أشارت المادة السالفة الذكر إلى تطبيق القواعد التي إتفقا عليها الأطراف (509) .

إذا كان التنظيم المباشر للقواعد واجبة التطبيق على الإجراءات والذي يزداد نطاقه في تحكيم الحر Ad hoc ؛ إلا أن الأطراف قد يشيرون إلى الأسس الإجرائية العامة كالإشارة إلى مكان التحكيم وهيئة التحكيم ومدة التحكيم تاركين بقية التفاصيل للقوانين الوطنية الذي يختارونه أو يعهدون ذلك إلى هيئة التحكيم . يبقى هذا التنظيم المباشر للإجراءات من الحالات النادرة جدا والسبب في ذلك يرجع إلى عدم توقع الخصوم لكافة المسائل التفصيلية الاجرائية الناتجة عن نقص الخبرة القانونية اللازمة لتخيير الإجراءات المناسبة ، أو أن هذا التنظيم قد يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ (510).

2 - قانون الإراحة هو قانون وطني : يمكن أن يكون القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو قانون وطني لدولة معينة إذا ما كان محل إختيار من قبل الأطراف. يستوي الأمر في هذه الحالة أن يكون القانون المختار هو قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم أو قانون دولة أخرى وذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي.

يمكن اختيار قانون دولة أجنبية على الإجراءات إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر لأن المشرع لم ينص على أن يكون قانون الإجراءات الجزائري هو واجب

509- صبري أحمد محسن الذيابات ، إجراءات التحكيم التجاري الدولي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ،

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004 ، ص 38.

510- نفس المرجع ، ص 38.

التطبيق في مثل هذه الحالة ، فتدويل هذه القواعد لا يُخل بالنظام العام الإجرائي في الجزائر (511).

أما بالنسبة للمشرع المصري، فإن الظاهر من مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي توجي إلى أن المشرع إعتق مبدأ خضوع الإجراءات لقانون البلد الذي يجرى فيه التقاضي ، سواء تعلق الأمر بقضاء الدولة أو بقضاء التحكيم (512) ، ويظهر في بعض المواد التي جاء بها هذا القانون بداية من المادة الأولى التي تقضي بسريان أحكامه : " على كل تحكيم...أيا كانت طبيعته العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان يدور التحكيم في مصر...". أما المادة 25 من نفس القانون أخذت بحرية اختيار الإجراءات ولكنها لم تشر إلى إمكانية إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في قانون وطني لأحد الدول . من ناحية أخرى ، نصت المادة 28 من نفس القانون على أن: "لطرفي النزاع الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو في خارجها...". فحرية الأطراف في إختيار مكان التحكيم على هذا النحو تعني بطريق غير مباشر حريتهما في إختيار القانون الذي يخضع التحكيم لقواعده الإجرائية (513).

في هذا الإطار يقول الفقه المصري المؤيد للاتجاه السابق بأنه : وفقا للنزعة التحريرية لقانون التحكيم المصري ، فإنه يمكن للأطراف إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السارية في قانون أجنبي معين بالرغم من إجراء التحكيم في مصر (514).

511 - إلياس عجابي ، «_النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية» ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد السابع ، ، جامعة بسكرة المرجع السابق ، 194 .

ما يفيد صحة الاتجاه السابق هو ما ورد في نص المادة 1043 السابقة الذكر، حيث ورد الفقرة الأولى على أن: "...كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم". فيمكن أن يكون هذا القانون هو قانون وطني أو قانون أجنبي إذا ما كان التحكيم يجري في الجزائر.

512 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، 224 .

513 - نفس المرجع ، ص 224.

- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 25.

514 - نفس المرجع ، ص 26.

3 - قانون الإراحة هو لائحة مركز التحكيم: في حالة إسناد التحكيم لمركز من مراكز التحكيم الدائمة يعني إخضاع إجراءات التحكيم للوائح هذا المركز بصفة ضمنية. فعندما يقوم الأطراف بإختيار إحدى المؤسسات التحكيمية ، يعني ذلك إختيار لوائح هذه المؤسسة ل يتم تطبيقها عل إجراءات التحكيم بكيفية غير مباشرة (515) .

والتساؤل الذي يطرح في هذه الحالة يتمثل فيما إذا كان إختيار الأطراف لمركز من مراكز التحكيم الدائمة يعني تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لائحة هذه المؤسسة التحكيمية بكيفية إلزامية ، أو أن للأطراف إمكانية مخالفة مثل هذه القواعد؟ .

لم تتخذ هيئات التحكيم نفس الموقف بشأن هذه المسألة ، فهناك بعض المراكز مكنت الأطراف من مخالفة القواعد الإجرائية الواردة في اللائحة وذلك في حالة وجود إتفاق بين الأطراف يقضي بتطبيق قواعد إجرائية غير تلك التي تنتمي إلى الهيئة التحكيمية التي عرض عليها النزاع بالرغم من وجود قواعد إجرائية تابعة لهذه الهيئة⁽⁵¹⁶⁾ . من بين المراكز التي أخذت بهذا الاتجاه، هو ما ورد في نص المادة 3/2 من أحكام لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق و التحكيم التجاري لسنة 1993، فأحكام هذه اللائحة مفسرة ومكاملة لاشتراطات الخصوم فلا تسري إلا في حالة عدم وجود إتفاق يخالف المبادئ والأحكام الواردة فيها (517) .

وعلى خلاف هذه الحالة ، هناك بعض مراكز التحكيم تفرض لوائح التحكيم بشأن الإجراءات على نحو إلزامي ولها الأولوية على القواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف ، فهذه الأخيرة - القواعد التي إتفقا عليه الأطراف - لها دور إحتياطي يمكن الإعتماد بها حالة وجود نقص في القواعد الإجرائية المفروضة من قبل هذه الهيئات . والمثال على ذلك ما ذهبت إليه المادة 1/15 من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية التي تنص على أن القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات أمام

515 - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 258.

516 - نفس المرجع سابق، ص 258.

517 - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 29.

المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام ، وفي حالة وجود نقص في هذه القواعد فيتم الرجوع في هذه الحالة إلى ما إتفقا عليه الأطراف (518) .

إذا كان من الناحية القانونية يمكن الخروج من القواعد الاجرائية التي وردت في بعض لوائح التحكيم وفقا لما بيناه سابقا ، إلا أن الواقع العملي يبين تفضيل الأطراف الخضوع لإجراءات المؤسسة التحكيمية التي وقع عليها الاختيار (519).

ومهما يكن ، فإن إختيار إحدى هيئات التحكيم من قبل الأطراف وتطبيق القواعد الاجرائية التي تنتمي إليها بصفة إلزامية ، فهذا لا يمس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القواعد الإجرائية ، لأن اللجوء إلى هذه الهيئات يعني قبول الأطراف ضمنا اختيار اللوائح التي تتضمنها والتي تساعد الأطراف في تجنب الكثير من المتاعب وكذا التقليل - إن لم نقل الإستبعاد - من الحالات من المؤدية إلى بطلان الأحكام التحكيمية في حالة مخالفتها للقواعد الجوهرية لإجراءات التحكيم إذا ما تم تطبيقها على نحو صحيح .

في الأخير نقول أن إرادة الأطراف لها دور فعال في تحديد القانون واجب التطبيق على الاجراءات وذلك على النحو الذي سمحت به مختلف التشريعات الوطنية كما فعل المشرع الجزائري من خلال المادة 1043 من ق. ا. م. ا السابقة الذكر الذي خيّر الأطراف بين الأمور الثلاثة المتمثلة في : تولى بأنفسهم تنظيم مثل هذه الإجراءات أو اختيار أحد القوانين الوطنية وفي الأخير اختيار القواعد النافذة في أحد مراكز التحكيم (520).

518 - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 29.

519 - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 258.

هذا مع الإشارة أن هناك بعض مؤسسات تحكيمية لها قواعد للتحكيم الخاصة ، كما هو الشأن بالنسبة للغرفة التجارية الدولية في باريس CCI . من جهة أخرى ، هناك مؤسسات أخرى ليس لها مثل هذه القواعد وإنما تبنت قواعد تحكيمية معروفة تطبقها في إجراءات التحكيم كما هو الشأن بالنسبة للمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة الذي يطبق على إجراءات التحكيم قواعد الأونيسترال (UNICITRAL) .

520 - هذه الحالة الأخيرة نص عليها المشرع كذلك في نص المادة 1043 والتي تنص " ..أو استنادا على نظام

التحكيم ... " .

ثانيا : القانون واجب التطبيق على الاجراءات حالة عدم وجود الإختيار

هناك حالات لا يتم فيها الاشارة إلى القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف في اتفاقية التحكيم بشأن النزاع القائم بينهما أو المحتمل الوقوع مستقبلا، إما لنسيان تلك المسائل اعتقادا منهم أنها من المسائل القضائية أو اختلفوا حولها أو تعذر عليهم الاتفاق بشأنها، أو تم التصدي للمسائل الاجرائية ولكن على نحو ناقص، كأن يتم تنظيم المسائل ذات أهمية خاصة ويلتزمان الصمت تجاه بعض المسائل الأخرى.

إذا كنا أمام إحدى الحالات السابقة الذكر، تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون واجب التطبيق وفقا للحالات التي تنص عليه مختلف التشريعات الوطنية ولوائح مراكز التحكيم. في هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج بأن: " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ، عند الحاجة مباشرة أو إستادا إلى قانون أو نظام تحكيم " . كما ورد في المادة 25 من قانون التحكيم المصري على أن: " فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " (521) .

يتبين من مختلف النصوص السالفة الذكر أن لهيئة التحكيم سلطة تعين هذا القانون وبطرق مختلفة ، فقد يتم الاعتماد على قوانين التحكيم ذاتها التي أعطت المهمة لهيئة التحكيم تولي هذه المهمة؛ هذا مع الاشارة إلى أن هناك إختلاف بين هذه التشريعات في كيفية تولي هيئة التحكيم تحديد هذا القانون. فالمشرع المصري في نص المادة 2/25 حوّل لهيئة التحكيم تحديد هذا القانون دون أن يبين كيف يتم التوصل إلى إليه، وهذا خلاف المشرع الجزائري الذي بين في المادة 2/1043 كيفية تحديده ، وهو -

521 - تنص الفقرة الثانية من المادة 1509 من قانون اجراءات المدنية الفرنسي ما يلي:

« Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ».

وفقا للمادة السالفة الذكر - أن تتولى هيئة التحكيم التنظيم المباشر لهذه الاجراءات أو إستادا إلى قانون أو نظام تحكيم (522) .

إذا كان للأطراف إمكانية إختيار القواعد واجبة التطبيق على الاجراءات في إتفاقية التحكيم ، فمثل هذه الإمكانية الممنوحة لهم ، منحها المشرع كذلك لهيئة التحكيم ويتسع نطاق هذا الاختيار في حالة التحكيم الحر (Ad - hoc) (523) . من الأمثلة على هذه الحالة ما ورد في إتفاقية التحكيم بين الشركة العربية الأمريكية للزيوت والتي تعرف باسم " أرامكو " ARAMCO وبين العربية السعودية ، حيث نصت المادة الرابعة منها على أن محكمة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تحددها . نفس الشيء تم بين الحكومة الليبية وبين شركتي Texaco Calasiatic للبترول (524) .

من بين القوانين التي لقيت تأييدا واسعا لتكون واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة غياب الإختيار هو قانون مكان التحكيم وذلك وفقا للإتجاه الراجح في الفقه الذي جعل من هذا القانون يحتل المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف . كما أخضعت الدول الأنجلو أمريكية إجراءات التحكيم إلى قانون مقر التحكيم بإعتبار صاحب ولاية إقليمية تشمل كافة التحكيم التي تقع على الإقليم الوطني (525) .

ما يبين أهمية تطبيق قانون مكان التحكيم كذلك هو ما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية وذلك في حالة تنفيذ الأحكام في دولة أجنبية

522 - ما يمكن إستخلاصه من نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو أن السلطات الممنوحة للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في إتفاقية التحكيم هي نفسها الممنوحة لهيئة التحكيم حالة غياب اتفاق الأطراف . هذا ما يبين أن هناك تقارب بين الفقرة 1 والفقرة 2 من المادة السالفة الذكر. وتظهر هذه الكيفيات في : - التنظيم المباشر ، - أو استناد إلى قانون ، - أو نظام التحكيم .

523 - يمكن أن تستقي هذه الإجراءات من مصادر مختلفة ولكن مع مراعاة حقوق و ضمانات الدفاع ولا تخل بالمساواة والعدالة بين الخصوم .

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 101.

524 - نفس المرجع السابق، ص 103.

525 - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، 42.

- الإتجاه المؤيد لتطبيق قانون مقر التحكيم على الإجراءات يتمشى مع اتجاه التشريعات الوطنية التي تخضع لإجراءات التقاضي لقانون القاضي حالة عرض النزاع على المحاكم الوطنية .

منظمة للمعاهدة ، فيكون من الأفضل تطبيق قانون محل التحكيم ضمنا لتنفيذ الحكم الصادر فيها كون المادة 1/5 من الاتفاقية تقضي بتنفيذ الحكم إلا إذا كانت الاجراءات التي اتبعت من قبل هيئة التحكيم مخالفة لإرادة الأطراف أو مخالفة لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم⁽⁵²⁶⁾ .

بصفة عامة ، تظهر مزايا تطبيق قانون مقر التحكيم في تدخل المحاكم الوطنية التي يجرى التحكيم على إقليمها بتقديم مساعدة عملية للتحكيم كتلك المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين أو تدخلها لإتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وما شابه ذلك من الحالات المؤدية إلى تدخل المحاكم الوطنية .

بما أن التشريعات الوطنية بما فيه التشريع الجزائري لم تفضل قانونا على آخر ليكون واجب التطبيق حالة عدم وجود الإختيار ، فإن لهيئة التحكيم سلطة اختيار مثل هذا القانون ، فالمعيار المعتمد في هذه الحالة هو معيار شخصي يختلف نطاقه حسب اختلاف الأسلوب الذي تلجأ إليه في سبيل تحديد القانون واجب التطبيق .

فإذا تصدت هيئة التحكيم إلى تنظيم الإجراءات تنظيما مباشرا ، تكون لها الحرية الكاملة في وضع هذه القواعد دون أن يحد من سلطتها سوى قيد النظام العام . أما إذا تولت إختيار قانون إجرائي تابع لدولة معينة ، فيتعين عليها اختيار نظام إجرائي له صلة بالنزاع المطروح عليها حتى لا يخل بتوقعات الأطراف المشروعة ، كنظام مكان التحكيم أو نظام مكان الذي ينفذ فيه حكم التحكيم أو النظام الذي تكون أحكامه أكثر استجابة لطبيعة النزاع⁽⁵²⁷⁾ .

يختلف الأمر لو كان التحكيم يجرى أمام هيئات التحكيم دائمة ولم يتم إختيار القانون واجب التطبيق ، فيتم تطبيق في هذه الحالة القواعد الاجرائية المقررة في لائحة التحكيم ويستوي في هذه الحالة بين التحكيم الإختياري والتحكيم الإلزامي .

526 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 228 .

527 - نفس المرجع ، ص 128 - 129 .

فالجوء إلى هذا النوع من التحكيم يعني خضوع إجراءات سير المنازعة وفقا للوائح مراكز التحكيم . فتضم كل محكمة أو مركز سكرتارية تشرف على إجراءات سير المنازعة وهي بمثابة حلقة الاتصال بين الخصوم والمحكمين وكما تتولى عملية حفظ الوثائق والمستندات وتسليم المذكرات وتوجيه أطراف الخصومة في مختلف مراحل سير النزاع (528) .

الفرع الثاني

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

تظهر أهمية التحكيم بالنسبة للعلاقات الاقتصادية الدولية في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث تجد إرادة الأطراف مجال واسع لاختيار القانون المختص ويظهر فيما إتجهت إليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة التي مكنت الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق (أولاً) . في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة وتحدد بنفسها القانون واجب التطبيق (ثانياً) .

أولاً : تولى الأطراف إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم المبادئ المستقرة في كل من الفقه والتشريعات الوطنية وكذا في اطار الاتفاقيات الدولية وذلك على النحو الذي بيناه في الدراسة السابقة(529) .

528 - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 113.

529 - إختيار القانون واجب التطبيق أمام المحكم الدولي يكون وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وليس وفقاً لمبدأ قانون الإرادة ، فالمبدأ الأول هو مبدأ فلسفي ، في حين أن الثاني هو مبدأ وضعي يمثل في قاعدة التنازع ، ولكن الأصل إعمال مبدأ قانون الإرادة .

- منير عبد المجيد ، « التحكيم التجاري الدولي الخاضع لقواعد الأمم المتحدة في إطار معاهدة نيويورك » ، ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجاري الدولي بالمنطقة بدلاً من الإلتجاء للتحكيم في دول الغرب المنعقدة خلال فترة : 19 إلى 21 أكتوبر 1991 ، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية ، 1991 ، ص 169.

فالتحكيم التجاري الدولي يستمد وجوده من إرادة الأطراف، أي من إتفاقية التحكيم التي تقضي بعرض النزاع على هذا النوع من القضاء ، ومن ثمة تجد الإرادة مجال واسع في إختيار القانون واجب التطبيق ؛ فالمحكم لا يتقيد بالاعتبارات التي يتقيد بها القاضي الخاضع لسلطة المشرع ، وإنما يتقيد بإرادة الأطراف كونه إستمد إختصاصه من هذه الإرادة .

إتجهت مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وكذا الاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم إلى تكريس حق الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي هو عبارة عن قانون وطني أو قواعد التجارة الدولية .

1 - إختيار قانون وطني: يمكن أن تتجه إرادة الأطراف إلى إختيار قانون وطني ليكون واجب التطبيق على موضوع النزاع ولها مجال واسع في الإختيار باستثناء قيد النظام العام⁽⁵³⁰⁾ ويستوي الأمر أن يكون هذا القانون المختار هو قانون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين وحتى بالمحكمين، كأن يكون مثلاً هو قانون مكان إجراء التحكيم أو قانون مكان تنفيذ حكم التحكيم، أو هو قانون جنسية أحد الأطراف أو جنسية أحد المحكّمين. كما يمكن أن يكون منعدم الصلة مع الحالات السابقة الذكر فليس هناك ما يقيد الإرادة لإختيار القانون الأكثر إتصالاً بالنزاع⁽⁵³¹⁾. فالمحكم يذعن لإرادة الأطراف وليس لإرادة المشرع، فسلطان الإرادة هو أساس وجود التحكيم ويمتد لإختيار أي نظام قانوني يرى فيه الأطراف أكثر إستجابة لمصالحهم كما لو كان هذا القانون ولد في بيئة متحضرة يتلاءم مع طبيعة العقود التجارية ذات الطابع الدولي.

530 - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 238.

- بينت الإحصائيات التي تمت خلال سنوات 1990 و 1996 بشأن بإختيار القانون واجب التطبيق في القضايا التي تشمل طرفاً عربياً واحداً على الأقل ، أنه تم إختيار القانون واجب التطبيق في 157 قضية ولم يكن مذكوراً في 97 قضية . تم تطبيق القوانين العربية على 78 قضية والقوانين الأوروبية على 64 قضية .
- بجاوي محمد ، « العالم العربي ، في تحكيم غرفة التجارة الدولية »، مجلة المحامون ، الأعداد الرابع والخامس والسادس ، ، السنة 75، 1992 ، ص387.

531 - نجم رياض نجم الربضى ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 2003 ، ص 159 .

اختيار قانون دولة معينة يعني رغبة الأطراف في تطبيق هذا القانون على منازعاتهم بكافة مكوناته من تشريعات ولوائح ومراسيم وعرف وقضاء ، ويطبق - هذا القانون - وفقا للتدرج الذي يقره هذا القانون (532) .

تعتبر امكانية إختيار أحد القوانين الوطنية أمام هيئة التحكيم من أهم المبادئ المستقرة في مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، وتعتبر الجزائر من الدول العربية التي سايرت مختلف التطورات الحاصلة في مجال التحكيم التجاري ويظهر ذلك في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف....." . ويقابل هذا النص المادة 1/39 من القانون التحكيم المصري لسنة 1994 والتي تنص على أن: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان....." . وفي القانون الفرنسي نجد المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص:

- « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies* ».

اختيار القوانين الوطنية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، يعني تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون اللجوء إلى قواعد الإسناد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم التجاري الدولي و هذا ما نص عليه صراحة المشرع المصري في نص المادة 1/39 والذي تأثر بنص المادة 1/28 القانون النموذجي الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

لم يستبعد المشرع الجزائري أعمال قواعد التنازع في القانون المختار ، ولكن هذا لا يعني أنه أخذ بالإحالة كونها تتعارض مع حرية إختيار القانون واجب التطبيق تماشيا مع ما هو مستقر عليه في ممارسات التحكيم التجاري الدولي.

2 - إختيار قواعد التجارة الدولية: يمكن لأطراف النزاع اختيار قواعد التجارة الدولية التي لا تنتمي لأي نظام قانوني معين لتفادي مساوئ تطبيق القوانين الوطنية التي

وضعت لتنظيم على العلاقات الداخلية التي هي مجرد إنعكاس للبيئة الداخلية التي صدرت فيها، فهي تُعبر عن الحالة الاجتماعية والإقتصادية لهذا البلد دون أن تكون متجانسة مع المعاملات التجارية العابرة للحدود ؛ ومن هذا القصور ظهرت أهمية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي من خلاله يتم تطبيق قواعد ذات مضمون عالمي تخص مصالح التجارة الدولية والذي له نصيب معتبر في تكوين و بروز مثل هذه القواعد.

سمحت مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ولوائح مراكز التحكيم والإتفاقية الدولية الأطراف من اختيار قواعد التجارة الدولية أمام المحكم ويظهر ذلك من إستخدام مصطلح القانون بالمعنى العام « le droit » أو القواعد القانونية « les règles de droit » التي يختارها الأطراف ولم تستخدم مصطلح القانون بالمعنى الخاص « La Loi » (533) .

توحي مثل هذه الصياغة إلى استبعاد الاختصاص الحصري للقوانين الوطنية من حيث التطبيق لوجود مثل هذه القواعد ذات الطابع العالمي التي تتنافس القوانين الداخلية (534) ، كما تُمكن هذه الصياغة « les règles de droit » إختيار - حسب بعض الفقه - الأطراف حتى لقواعد القانون الدولي العام بجانب القواعد العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية كما سبقت الإشارة (535) . هذا على خلاف قاعدة التنازع التي تعطي الإختصاص لقانون وطني داخلي كونها تستعمل مصطلح " قانون " بمفهومه الضيق والذي ينفي كل احتمالات تطبيق قواعد التجارة الدولية ، إضافة إلى ذلك اشترط بعض التشريعات لوجود صلة بين هذا القانون والعقد (536) .

533 - المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، وكذا المادة 1050 من قانون إ . م . إ . ج . كما إستعمل

هذه الصياغة القانون النموذجي الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (م 1/28).

534- LENA Gannagé, « Le contrat sans loi en droit international privé », Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (Décembre 2007), <http://www.ejcl.org.p8>

535 - نرمين محمد محمود صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص115.

536- منح الإختصاص للقضاء الوطني للنظر في النزاع يستبعد إمكانية تدويل العقد ، أي دون إمكان إخضاعه لقواعد غير وطنية مثل قواعد التجارة الدولية . =

يرجع أساس تطبيق قواعد التجارة الدولية أمام المحكم إلى كون هذا الأخير ليس له قانون القاضي ومن ثمة لا يتقيد بقاعدة الاسناد الموجودة في هذا القانون التي تربط النزاع بقانون دولة معينة؛ فكل القوانين بالنسبة إليه متساوية بما فيه قانون مقر التحكيم. يستوي الأمر في هذا الخصوص بين التحكيم الحر والتحكيم المنظم الذي يجرى لدى المؤسسات التحكيمية التي لها لوائح يجرى التحكيم وفقها ، فهذه الأخيرة لا يمكن أن تتحول إلى قانون القاضي لأنها لا تخص المحكم وإنما تخص هيئة التحكيم باعتبارها كشخص معنوي.

فتطبيق قواعد التجارة الدولية وكفالة احترامها لا يرجع لسلطة الدولة، أو لسلطان كيان آخر يمثل مجتمع الدول لافتقاد هذا المجتمع لمثل هذا الكيان ، وإنما يرجع لحاجات المعاملات الدولية وإرادة أطرافها أنفسهم وسلطان هيئات التحكيم التي تقوم على هذه الإرادة للفصل في النزاعات الناشئة عنها (537). فمجرد اختيار الأطراف للتحكيم يعني الرغبة في الافلات من أي قانون وطني وتطبيق قواعد التجارة الدولية (538). فقضاء التحكيم هو القضاء الذي بإمكانه تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الوطنية الموضوعة أساسا لعمليات التجارة الداخلية التي تختلف بطبيعتها عن عقود التجارة الدولية .

علاقة التحكيم التجاري الدولي مع قواعد التجارة الدولية هي علاقة جد قديمة يرجع تاريخها إلى عدالة المعارض والأسواق في القرون الوسطى ، وبتطور المعاملات التجارية نتيجة التطور الحاصل في المجتمعات البشرية أدى إلى تطور التحكيم وزادت أهميته في الوقت الراهن ؛ هذا ما يفسر أن قضاء التحكيم هو القضاء العادي لتطبيق قواعد التجارة الدولية وتطويرها . فلا يستجيب هذا القضاء - التحكيم - لانشغالات الأطراف إلا بتطبيقه لقواعد أكثر رحابة وانفتاحا عن تلك التي تضعها التشريعات الداخلية التي تتميز بالإنغلاق و الإنطواء على الإعتبارات الداخلية ، فلا تستطيع أن

= هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 167 الهامش رقم 26.

537 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 256 .

538 - محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولية " دراسة تاريخية " رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2007، ص407.

تعطي تصورا كاملا أو حلولا مقبولة تتماشى مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية⁽⁵³⁹⁾.

أدركت الدول بمختلف توجهاتها السياسية والاقتصادية بأهمية قضاء التحكيم في تسوية نزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية ليصبح كوسيلة بديلة لحل هذه النزاعات. في هذا الخصوص مكنت أطراف النزاع من عرض نزاعاتهم على قضاء التحكيم وتمكينهم من اختيار قواعد التجارة الدولية مع ضمان تنفيذ مثل هذه الأحكام على التراب الوطني.

ولهذا يعتبر التحكيم كوسيلة تمنحها المجموعة الدولية للتجارة بغية تطبيق قانون مادي دولي خاص بتنظيم العلاقات التجارية الدولية⁽⁵⁴⁰⁾.

ثانيا : تولي هيئة التحكيم تحديد القانون واجب التطبيق حالة عدم وجود الاختيار

في حالة عدم تولي الأطراف إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى هيئة التحكيم البحث - وفقا للحالات الغالبة - عن هذا القانون استنادا إلى مؤشرات موضوعية وترجيحها على المؤشرات الشخصية وذلك على خلاف حالة البحث عن قانون الإرادة الضمنية حالة عرض النزاع على القضاء الوطني كما سبقت الإشارة⁽⁵⁴¹⁾.

1- إختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة: يمكن لهيئة التحكيم إختيار قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على النزاع بكيفية مباشرة (أ)، أو يكون عن طريق إختيار قاعدة التنازع الملائمة لتحديد إحدى القوانين الوطنية واجبة التطبيق (ب).

أ - التحديد المباشر : تتولى هيئة التحكيم إختيار أحد القوانين الوطنية لتكون قواعدها الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع ؛ في هذا الاطار قيدت بعض التشريعات

539 - أبو زيد رضوان، الأسس العلمية في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص167.

540 - علي كاضم الر فيعي ، « سلطات المحكم التجاري الدولي »، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 25 ، الإصدار

1 ، جامعة بغداد ، ص 79.

541 - GOLDMAN (B), Arbitrage international de droit privé, A.W.SIJHOFF, LEDE, Pays- Bas, 1964, p 473.

المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي هيئة التحكيم بإختيار أحد القوانين الوطنية الداخلية التي لها علاقة بالنزاع (542) . في هذا الخصوص تنص المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري على ما يلي:

" وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى في أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع " .

يبين النص السابق أن المشرع المصري استعمل على نحو صريح عبارة " قواعد القانون" التي وردت في الفقرة الأولى التي تخص حالة تولي الأطراف بأنفسهم تحديد قواعد القانون واجبة التطبيق وهذا ما يعتبر في حد ذاته تقييد لسلطة هيئة التحكيم في البحث عن القانون واجب التطبيق ، كما يضيف إلى هذا القيد قيد آخر وهو أن يكون هذا القانون له صلة بالعقد .

كما يمكن أن تجد القوانين الداخلية مجال لتطبيقها من قبل هيئة التحكيم حالة عدم وجود اختيار القانون المختص بطريقة غير ملزمة وهذا بالنسبة للتشريعات التي سوت بين القوانين الداخلية وقواعد التجارة الدولية كونها استبقت على تعبير " قواعد القانون " حالة تولي الأطراف بأنفسهم اختيار القانون المختص . في هذا الإطار يعتبر التشريع الجزائري واللبناني من بين التشريعات العربية التي اخذت بهذا الإتجاه (543) ، حيث تنص المادة 2/1050 من قانون الإجراءات المدنية على أن: " وفي حالة غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة " . يقابل هذه المادة في التشريع الفرنسي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي المادة 1511 والتي تنص:

« *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* ».

542 - هذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون المصري والقانون الأردني ، والعماني ، والبحرين ، والتونسي .

راجع في هذا الشأن :

- NADJJAR Nathalie, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J, Paris, 2004, p331.

543 -Ibid , p 331.

فاستعمال مصطلح " *conformément à celles* " يعني ما ورد في الفقرة وهي *règles de droit* أي قواعد القانون. فهذا ما يبين امكانية إختيار هيئة التحكيم للقانون الوطني بكيفية غير الزامية إذا ما كان هو الملائم لحكم النزاع .

في كل الحالات التي يتم فيها تطبيق القوانين الداخلية التي عينتها هيئة التحكيم يجب أن يكون بمراعاة ما إستقرت عليه الأعراف التجارية إذا كانت هي الملائمة ، ويتم تقدير الملائمة بالنظر إلى طبيعة النزاع وبالخصوص إلى طبيعة العقد وموضوعه لاستخلاص مؤشرات من خلالها يتم تركيز العقد في أحد الأنظمة القانونية (544) ؛ وأكثر من ذلك ، هناك حالات أخرى تجد قواعد التجارة مجال تطبيقها عند تطبيق القوانين الوطنية وذلك لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الداخلية أو أنها لا تتلاءم مع طبيعة النزاع أو لغرض إستبعاد القوانين الوطنية في الحالات التي يقدر المحكم أنها تتعارض مع فكرة النظام العام بمفهومه الدولي ، كل هذا يكون عن طرق الرجوع إلى العادات والأعراف الدولية (545).

ب- تطبيق المحكم لقانون وطني من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين: يبقى دور قاعدة التنازع قائماً في مجال التحكيم التجاري الدولي عندما لا يتم إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (546) . فللمحكم حرية اختيار القانون الذي يتم اعمال قواعد التنازع التي تنتمي إليه، فالحرية الممنوحة له هي حرية وظيفية يستخدمها في البحث عن القانون الأنسب أو الأكثر ارتباطاً بالنزاع (547) .

بينت بعض الاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم كيفية التوصل إلى القانون واجب التطبيق حالة عدم وجود إختياره ، حيث يتم اعمال في هذه قاعدة الاسناد الملائمة لتحديد هذا القانون؛ وهذا ما تنص عليه المادة السابعة فقرة أولى من الاتفاقية الأوروبية

544 - TERKI Nour-Eddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U , 1999, p112.

545 - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 184-185.

546 - تظهر أهمية إعمال قاعدة الإسناد من المحكم في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة لحالة استبعاد القانون المختار إذا ما كان يتعارض مع مقتضيات النظام العام أو ثبتت حالة الغش نحو القانون بالإضافة إلى الحالة التي لم يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق من قبل المتعاقدين وذلك على النحو الذي بيناه في المتن.

547 - كل هذه التفاصيل مشار إليها في مرجع: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 150 وما يليها.

بشان التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي تنص على أن : " يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة " . كما تنص المادة 2/28 من القانون النموذجي الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على أن: " إذا لم يعين الطرفان أية قواعد ، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى هيئة التحكيم أنها واجبة التطبيق " .

2- اختيار هيئة التحكيم لقواعد التجارة الدولية: بالمقابل ذهب بعض التشريعات الوطنية ولوائح مراكز التحكيم إلى فسخ المجال لتطبيق قواعد التجارة الدولية حالة عدم وجود الإختيار من قبل الأطراف إذا ما تبين لهيئة التحكيم أنها أكثر ملاءمة لحكم النزاع وذلك دون الرجوع إلى القوانين الداخلية⁽⁵⁴⁸⁾. في هذه الحالة تجد قواعد التجارة الدولية مجال تطبيقها إضافة إلى الحالات التي يتم إختيارها من قبل الأطراف وإن كان تطبيقها في الحالة الأخيرة تردّ عليه بعض القيود مقارنة مع الحالة التي يتولى الأطراف إختيارها الذي لا يخضع لأي قيد ما عدا اعتبارات النظام العام الدولي حفاظا على ضمان تنفيذ هذه الأحكام من قبل المحاكم الوطنية⁽⁵⁴⁹⁾ .

يتبين من كل ما سبق أن التحكيم التجاري غير خاضع للقوانين الداخلية على نحو ملزم كما لو عرض النزاع على القضاء الداخلي. فطبيعته توحى إلى أنه متحرر من كل القوانين الداخلية إلا في الحالات التي يريد تطبيقها ، فالأصل فيه هو تطبيق قواعد التجارة الدولية ذات المضمون العالمي التي لاقت ترحيبا كبيرا من قبل مجتمع التجار وهذا بالنظر إلى دوره في حل نزاعات التجارة الدولية ؛ في هذا الإطار يصفه البعض بأنه: " إن التحكيم في جوهره شيء آخر غير القانون ؛ ذلك لأن القانون يستهدف تنظيم وأداء الواجب من خلال توكيد حصول الشخص على ما يستحقه ، بينما التحكيم ليس إلا

548 - سبقت الإشارة إلى هذه القوانين التي إستعملت مصطلح قواعد القانون Règles de droit حالة تولى هيئة التحكيم تحديد القانون واجب التطبيق .

549 - في هذا الإطار تنص المادة 1/ 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي : " يتم الإقرار بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، وكان هذا الإقرار غير مخالف للنظام العام الولي " .

وسيلة لإقرار السلام بين الأطراف ورأب الصدع لما نشب بينهم من نزاع ، بهدف تنظيم علاقاتهم في المستقبل " (550).

المطلب الثالث

فرعية العقد الدولي الطليق أمام

التحكيم التجاري الدولي

أدت التطورات الحاصلة في التجارة الدولية إلى ظهور اتجاهات فقهية خلال النصف الثاني من القرن العشرين تدعو من جديد لإحياء فكرة العقد الدولي الطليق والذي سبق لفقهاء المدرسة الشخصية أن قالوا بهذه الفكرة خلال القرن التاسع عشر التي رفضت بصفة كلية خضوع العقد لحكم القانون باعتبار العقد وحده كافي لتنظيم الرابطة العقدية .

هناك من أعاد طرح هذه الفكرة من جديد - فكرة العقد الدولي الطليق- حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم الدولي وذلك بالنظر إلى الأساس الذي يقوم عليه اختيار القانون واجب التطبيق أمام المحكم (الفرع الأول).

فكرة تحرر العقد الدولي من القوانين الداخلية أصبحت من الأفكار التي طرحت بقوة باعتبار قضاء التحكيم يقوم على إرادة الأطراف في مختلف جوانبه بداية من اتفاق التحكيم مروراً باختيار القانون واجب التطبيق على النزاع والتنفيذ الاختياري لأحكامه - حسب الأصل - ، إلا أن هذا لا يعني التحرر من كل القوانين ، وإنما يخضع لحكم قواعد التجارة الدولية ، وهذا ما يبين أن طبيعة هذا التحرر هو نسبي وليس مطلق (الفرع الثاني) .

550- قول الأستاذ DAVID René مشار إليه في مقال الأستاذ:

- أبو زيد رضوان، « قانون التجارة الدولية أو قانون التجاري الدولي، دراسة فكرة lex mercatoria »، مجلة الأمن والقانون ، السنة الأولى ، العدد الأول ، 1993، ص 223.

الفرع الأول

أساس تحرير العقود التجارية الدولية من هيمنة

القوانين لدى قضاء التحكيم

من المؤكد فقها وقانونا أن إرادة الأطراف لها دور أساسي في إختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ونطاق الاختيار يختلف بين حالة عرض النزاع على قضاء الدولة وبين قضاء التحكيم نتيجة اختلاف طبيعة الجهات القضائية ، فالأولى تنتمي لسيادة دولة معينة ، ومن ثم تخضع لتشريع تلك الدولة ، والثانية تستمد سلطتها من ارادة الأطراف ومن ثمة تخضع لهذه الارادة على نحو شبه مطلق .

تختلف طبيعة القاعدة القانونية التي تسمح للأطراف باختيار القانون واجب أمام المحكم عن قواعد التنازع التي تبين هي الأخرى القانون المختص، فإذا كانت وظيفة قاعدة التنازع هو توزيع الاختصاص التشريعي بين قانون القاضي والقوانين الأجنبية⁽⁵⁵¹⁾، فإن المحكم لا يملك قانون داخلي ليكون قانون اختصاصه ومن ثمة لا يخضع لما تمليه قاعدة الاسناد ، فيتوصل إلى القانون المختص من خلال قاعدة مادية تأخذ في اعتبارها خصوصية العلاقة القانونية وهي علاقة تجارية دولية .

اختلاف طبيعة القاعدة التي تُمكن للقاضي من تحديد القانون المختص وبين تلك التي يستند إليها المحكم لتحديد قواعد القانون واجبة التطبيق ، يؤدي هذا إلى اثاره التساؤل التالي: هل اختيار قانون العقد الدولي أمام المحكم مؤسس على قاعدة تنازع القوانين من حيث البناء والوظيفة ؟ . أم أنها قاعدة مادية ذات طبيعة خاصة ؟

ميّز بعض الفقه بين ما يعرف ببناء القاعدة « Structure » وبين وضعها « Position »، فالقاعدة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لديها الهيكل العام لقاعدة الاسناد كونها تقدم حلا غير مباشر لمشكلة التنازع، إلا أنها تعتبر قاعدة مادية لعموميتها

551 - العدالة التي تحققها قاعدة التنازع ليست عدالة مادية كونها لا تسعى إلى الحل العادل للنزاع المطروح على القضاء، وإنما تكفي بالاختيار العادل أو المناسب للقانون واجب التطبيق وفقا لشروط فرضها المشرع. راجع في هذا الشأن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص684.

المطلقة. فالقاعدة التي تبين القانون واجب التطبيق أمام القاضي هي قاعدة اسناد من حيث بناءها « Structure »، ومن ناحية وضعها « Sa position » أي وجهة النظر التي تعبر عنها . فهي تعبر وجهة نظر مرتبطة بالتصورات الخاصة بقانون القاضي الوطني لحل مشكلة تنازع القوانين⁽⁵⁵²⁾ .

إلا أن الوضع يختلف بالنسبة للتحكيم ، فهو لا يعبر عن وجهة نظر من أشخاص النظام الدولي ، فما يمكن أن يقوم به هو استخلاص المبادئ من الممارسات الخاصة بالأنظمة القضائية الوطنية ، وأن يخلق قواعد حقيقية خاصة بكل علاقة دولية وفقا لطبيعتها ، ومن ثمة تتمتع هذه القواعد بالعمومية . وهذا هو الحال بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يمكننا إعتباره ناشئا من قاعدة مادية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي⁽⁵⁵³⁾ .

فالقاعدة التي تقرر للأطراف حق إختيار القانون واجب التطبيق هي قاعدة مادية⁽⁵⁵⁴⁾، كون المحكم لا يتقيد سلفا بقاعدة الإسناد التي تنتمي إلى نظام قانوني معين ، ومن جهة أخرى تنطبق على العقود الدولية الخاضعة للتحكيم التجاري الدولي والتي تسمح بكيفية واسعة للأطراف بإختيار القانون واجب التطبيق . مثل هذه الامكانية لا تتوفر إذا ما كان الاختيار أساسه قاعدة الاسناد في قانون القاضي التي لها مظهر تنازعي وليس مادي لأنها تعبر على وجهة نظر وطنية لحل مشكلة تنازع القوانين⁽⁵⁵⁵⁾ .

فتحرير العقود الدولية من هيمنة القوانين الوطنية أمام قضاء التحكيم لم يعد يستند وفقا للاتجاه الغالب في الفقه إلى مطلق سلطان الإرادة كما سبق وأن قال فقه المدرسة الشخصية في ثوبها التقليدي، وإنما يرجع ذلك إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص لدى قضاء التحكيم تقوم على مبدأ حرية التعاقد كما هو الشأن بالنسبة للقاعدة المادية المماثلة في مجال العقود الداخلية التي تؤكد على أن العقد شريعة المتعاقدين

552 - نزمين محمد محمود صبح ، مرجع سابق ، ص 124 - 125 .

553 - نفس المرجع ، ص 125 .

554 - MOREAU Bertrand, BERNARD Thierry, Droit interne et droit international de l'arbitrage, 2^e éditions , J. DELMAS ET C^{ie} , Paris , 1985, p102.

555 - نزمين محمد محمود صبح ، مرجع سابق ، ص 126 .

والتي تمنح للمتعاقدين قدرة التنظيم الذاتي للعقد في إطار ما يسمح به القانون⁽⁵⁵⁶⁾. في إطار المعاملات الدولية تجد مجال اعمالها أمام المحكم والتي تبيح لإرادة المتعاقدين سلخ العقد الدولي عن القوانين الداخلية وإن ظلت الرابطة العقدية خاضعة لأحكام القانون التجاري العابر للحدود⁽⁵⁵⁷⁾.

فإذا كان قاعدة الإسناد تأخذ من إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، بينما القاعدة المادية تخول للإرادة حرية اختيار القواعد الموضوعية التي تنظم الرابطة العقدية، وهي قواعد تندمج وتصبح جزءاً من الشروط التعاقدية⁽⁵⁵⁸⁾.

بالرغم اعتبار فقه التجارة الدولية القاعدة التي تسمح للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق أمام المحكم هي قاعدة مادية، إلا أن أنهم يعتبرونها من جهة أخرى قاعدة ذات هدف تنازعي تقدم حلاً غير مباشر للنزاع كما هو الشأن بالنسبة لقواعد الإسناد، وذلك من خلال إسناد العقد الدولي إلى النظام القانوني الذي يتضمن الأحكام الموضوعية التي سيتم تطبيقها⁽⁵⁵⁹⁾.

فقد ذهب مجمع القانون الدولي في دورة إنعقاده بمدينة بال «Bâle» إلى القول بأن إختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة ليطبقه المحكم واجب التطبيق أمام المحكم، هو إختيار تنازعي يخضع العقد بمقتضاه للقانون واجب التطبيق، على أن تطبيق هذا القانون لا يمنع المحكم من تطبيق القواعد العرفية المستقرة في الأسواق الدولية⁽⁵⁶⁰⁾.

يمكن تفسير إتجاه السابق الذكر - حسب إعتقادنا - أنه تبنى فكرة الإسناد الموسع للقانون واجب التطبيق؛ فإذا كان القانون واجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع التقليدية هو قانون داخلي دولة معينة، فقاعدة التنازع أمام المحكم تتخطى حدود القوانين

556 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 97.

557 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 157.

558 - نفس المرجع، ص 169.

559 - POMMIER (j- c), Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op . cit, p 256.

560 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 178. كذلك راجع

ما ورد في الهامش رقم 50 من نفس الصفحة.

الوطنية الداخلية لتمكن المحكم بتطبيق قواعد عابرة للحدود خاصة في ظل الآراء الفقهية التي ترى من هذه القواعد بمثابة قواعد قانونية لها خصوصيات القاعدة القانونية .

لا يمكن القول أن القاعدة التي تمكن الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق أما المحكم هي قاعدة اسناد كما هو الشأن لقواعد القانون التي تنتمي إلى قانون القاضي ، فهذا ما رفضه قضاء التحكيم الذي يعتبر أن اختيار القانون واجب التطبيق هو اختيار مادي وليس تنازعي (561) .

الفرع الثاني

طبيعة أساس تحرير عقود التجارة

الدولية من حكم القانون

يقوم الاتجاه الذي يسعى إلى تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القانون الوطني على إبراز سلطان الإرادة والاعتداد به ليكن من أهم الركائز التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي ويؤدي إلى وجود عقد بلا قانون .

حاول أنصار النظرية الشخصية إخراج العقود الدولية من هيمنة القانون لتكون في الأخير حرة طليقة دون قانون يحكمها، فالإرادة وحدها كافية أن تضع شروط العقد تتسم بالكفاية الذاتية ليست في حاجة إلى قانون يحكمها ، فالعقد الدولي الطليق هو العقد المنبث الصلة بأي نظام قانوني وطني، حيث يقوم أطراف العلاقة العقدية بوضع كافة الشروط والتفاصيل اللازمة لهذا التعاقد، أي أن العقد يتمتع باكتفاء ذاتي يمكن أن يخلق قانون خاص به (562)؛ فالمحكم يستغني عن القوانين ويكتفي بالعقد ذاته ، حيث يتسع مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليصبح المقصود منها ليس فحسب تنظيم العلاقة بين المتعاقدين بل أيضا تأسيس هذه العلاقة واضفاء الصفة القانونية عليها (563)

561 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 179

562 - عمرو محمد إبراهيم خليفة، مرجع سابق، 165.

563 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 95-96.

في حالة إذا ما تم إختيار قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق أو لمواجهة الحالات التي سكتوا عنها فإن هذا القانون لا يطبق بوصفه كقانون بل يطبق بوصفه كشروط تعاقدية مكملة. من هنا يظل العقد طليقا خارج سيطرة القانون يتمتع بتنظيم ذاتي يرجع أساسه إلى إرادة الأطراف .

فإذا كان مثل هذا الاتجاه المتشعب بروح الفلسفة الليبرالية يتعذر تجسيده حالة عرض النزاع على القضاء الوطني، فيبقى ممكنا حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم كون المحكم يستمد إختصاصه من اتفاق التحكيم ويذعن لإرادة الأطراف في مختلف جوانبه بما فيه تحديد القانون واجب التطبيق .

إلى جانب هذا الإتجاه المتشدد في اعمال مبدأ سلطان الإرادة ، ظهر اتجاه آخر مناصر لنظرية العقد الدولي الطليق ولكن على نحو أقل تشددا عن سابقه ، فهو يرى أن العقد الدولي متحرر من كل القوانين الداخلية التي لا تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الدولية ، ولكنه يكون خاضعا لقواعد التجارة الدولية التي نشأت في بيئة تتلاءم مع طبيعة هذه المعاملات⁽⁵⁶⁴⁾.

فنظرية العقد الدولي الطليق وفقا للاتجاهين السابقين هو ذلك العقد الذي يخرج من حكم القواعد القانونية التي تنتمي إلى دولة معينة. فهو طليقا وفقا للنظرية الشخصية في ثوبها التقليدي كونه يستمد تنظيمه من إرادة الأطراف ويكون منبث الصلة بأي نظام قانوني، إرادة الأطراف تتولى بنفسها وضع كافة الشروط والتفاصيل اللازمة لهذا التعاقد ويتسم بالاكتماء الذاتي فيخلق قانون خاص به.

أما الفقه الحديث المناصر لفكرة العقد الدولي الطليق، فيرى أن العقد الطليق وفقا للمفهوم الحديث في قضاء المحكمين هو العقد المتحرر من الخضوع لأي قانون وطني،

564 - SABOURIN Frédérique, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », Revue Québécoise de droit international, 2006, p 37. <http://www.sqdi.org/wp-content/uploads>

خضوع عقود التجارة الدولية لقواعد التجارة الدولية - خاصة في ظل الإتجاه الذي يرى أن هذه القواعد تشكل نظاما قانونيا قائمة بذاته - تميزه عن التحكيم بالصلح الذي لا ينقيد فيه المحكم بقانون معين .
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 176.

دون أن يعني ذلك تحرر العقد تماما من سلطان القانون بصفة عامة ، إذ يبقى العقد الدولي الطليق خاضعا لقواعد التجارة الدولية Lex mercatoria (565) .

تحرر العقد الدولي من حكم القوانين الوطنية أمام قضاء التحكيم يضفي على هذا القضاء خصوصيات جعلت منه قضاء يختلف عن القضاء الوطني لذلك يُستبعد ما يقوم عليه منهج تنازع القوانين وما يترتب عليه من نتائج كتلك المتعلقة بضرورة إختيار قانون له صلة بالعقد ومشكلة الإحالة إن وجدت ، وإستبعاد إمكانية إختيار قواعد التجارة الدولية أما القاضي الوطني .

ليس لهذه المسائل لها وجود أمام المحكم وذلك تماشيا مع طبيعة عقود التجارة الدولية، فيمكن إختيار قانون منبت الصلة مع العقد، وتكون القواعد الموضوعية في هذا القانون واجبة التطبيق (566). ويمكن كذلك إختيار قواعد التجارة الدولية باعتبارها تعبر عن الإرادة الجماعية لمجتمع التجار.

يتبين من كل ما سبق أن نظرية العقد الدولي الطليق وفقا لما قال به أنصار النظرية الشخصية هو وهم وخيال ، فالإرادة التعاقدية لا يمكن لها الإحاطة بكل عناصر النزاع بما فيها المسائل التي تثار في المستقبل. إضافة إلى ذلك، قد تتدخل فكرة النظام العام لتحديد من اطلاق حرية الأطراف و هي القواعد الآمرة خاصة تلك التي تنتمي إلى الدولة التي سينفذ فيها الحكم. كما تظهر الحاجة في الكثير من الحالات إلى الرجوع إلى اعمال قواعد الإسناد الوطنية، كما الشأن بالنسبة للأهلية أو في الحالات التي لا يوجد فيها إختيار القانون واجب التطبيق كما سبقت الإشارة .

هناك حالات أخرى يضطر فيها المحكم لتطبيق قواعد القانون الداخلي ذات الطبيعة الآمرة والتي تعرف بقواعد ذات التطبيق الضروي رعاية للمصلحة العامة وذلك وفقا ما سنبينه في الفصل الموالي.

565 - SABOURIN Frédérique, op.cit, p 37.

566 - في هذا الإطار نصت المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أن: "...، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك". ويقابل هذا النص المادة 1/28 من القانون النموذجي الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

في الختام نقول أن فكرة العقد الدولي الطليق المتحرر بصفة كلية من حكم القانون هي فكرة مبالغ فيها يستحيل الأخذ بها في الواقع العملي ، فلا يمكن أن يوجد عقد بلا قانون ، فلا يمكن أن يولد أو يحيا في فراغ قانوني (567) . فأبي عقد يجب أن يستند في وجوده لقانون معين ينظمه(568).

والنتيجة هي أن طبيعة تحرر العقد الدولي من القوانين الوطنية هو تحرر نسبي يكون بالقدر الذي يسمح بتنمية هذه العلاقات التجارية الدولية التي تتخطى حدود الدولة الواحدة وذلك عن طريق تفعيل دور الإرادة في هذا الجانب تماشيا مع مصالح أطراف العلاقة العقدية .

والقول إن إرادة الأطراف متحررة من كل القيود خاصة في ظل التطورات الحالية لقواعد التجارة الدولية ، فإن هذا القول سابق لأوانه لأن هناك من الفقه من يرفض الحديث عن هذه القواعد كما هو الشأن بالنسبة للفقير MAYER Pierre الذي يرى أن هذه القواعد مصيرها الزوال كونها لم تلق القبول المزعوم من قبل الأطراف الناشطين في مجال التجارة الدولية(569) ، فينحصر مجال تطبيقها في الأحوال التي لا يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف(570).

تُبين الممارسات العملية أن أطراف العقد الدولي يرفضون تطبيق هذه القواعد هذا حسب ما يؤكد الفقيه MAYER Pierre وذلك عندما قال أنني لم أرى عقد تم فيه اختيار هذه القواعد باستثناء العقود التي تكون فيها الدولة طرفا فيها وهذا راجع لاعتبارين ؛ الأول هو أن هذه القواعد قليلة لا تغطي كل جوانب المعاملات الدولية ،

567 - عمرو محمد إبراهيم خليفة، مرجع سابق، ص168.

568 - إذا كانت هناك إمكانية وجود العقد الدولي بدون قانون، فإن هذه الفرضية محل جدال لأن العقد لا يمكن أن يستغني عن القانون الوطني وهذا لما قاله البعض أنه لا يمكن تصور عقد بلا قاضي ولا بقانون يحكمه.
GHESTIN Jaque, « La notion de contrat », Revue française de théorie juridique, P.U.F, 1990, p 8.

569 - أدرك الفقيه MAYER Pierre شدة الانتقادات التي وجهها لهذ القواعد ويقول في هذا الشأن :
« Je vais en parler uniquement sous l'angle qui me paraît être celui de actualité, c'est - a - dire - **mais ceci est très subjectif est j'espère ne choquer personne** - celui de son déclin et probablement de sa disparition prochaine ».

- MAYER Pierre, « Actualité du contrat international », Petite affiches, 05 mai 2000, P55.
570 - Ibid.

والاعتبار الثاني هو أن لهذه القواعد لها مفاهيم عامة غير واضحة كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ حسن النية والتي تمس توقع الحلول التي يمكن أن يتبناها الأطراف . مثل هذه العراقيل أدركها حتى الفقهاء المؤيدين لهذه القواعد كما هو الشأن للفقهاء Goldman الذي قال في هذا الخصوص أن هذه القواعد سيتم اثرها من خلال تطبيقها المستمر من قبل قضاء التحكيم (571).

ويضيف الفقيه Mayer Pierre ويقول أن قواعد التجارة الدولية تزامنها كل من الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية وأبرز مثال على ذلك اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع ، ومبادئ معهد Unidroit التي ساهم فقهاء وخبراء التجارة الدولية في اعداد قواعد موحدة للمبادلات التجارية (572).

والقول أن إرادة الأطراف مطلقة في اطار عقود التجارة الدولية ، يعني أن للأطراف إمكانية إختيار ما يحلوا لهم من القواعد لتطبيق على العقد ، فيمكن على سبيل المثال إختيار تطبيق أحكام معاهدة فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع إذا ما أراد الأطراف ذلك ؛ لكن هذا ليس هو الغالب في كل الأحوال ، فهناك بعض الاتفاقيات تطبق أحكامها على نحو مباشر لا يمكن للأطراف إستبعاد أحكامها كما هو الشأن جنيف لسنة 1956 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع برا (Par route) والتي تعرف (CMR) ، وأكد القضاء الفرنسي على هذا الطابع الإلزامي لأحكام هذه الاتفاقية في حكم صدر منها سنة 2009 ومضمونه كما يلي :

« la CMR est un texte d'ordre public qui exclut l'application du droit national sauf sur les points où elle s'y réfère ou sur ceux qu'elle ne règle pas ; que le juge doit l'appliquer d'office et les parties ne peuvent y déroger les qu'elle prévoit » (573) .

571 - MAYER Pierre, « Actualité du contrat international », Petite affiches, 05 mai 2000, p55.

572 - Ibid .

573 - RACINE Jean - Baptiste, « Le Caractère d'ordre public de la convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route dite (CMR) », Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2010, p 715.

وقد سبق أن أصدرت نفس المحكمة سنة 1993 حكما يبين الطابع الإلزامي لهذه الإتفاقية ومضمونه كما يلي :
« S'agissant d'un droit transport international de marchandises par route entre le Portugal et la France, les dispositions de la CMR devaient impérativement recevoir application » . =

مهما كثرت الاتجاهات التي تسعى إلى تحرير عقود التجارة الدولية من حكم القانون ، إلا أن الضرورة تبين إسناد العقد لحكم القانون حتى لا يتم انتهاك أحكام القواعد القانونية التي يسعى منها المشرع إلى حماية مصالح متنوعة سواء كانت تخص مصلحة خاصة أو عامة . فلا يتم مثلا إخضاع الأهلية للقانون الذي يتولى الأطراف تحديده ، كما تم إخضاع العقارات لقانون مكان تواجدها . كما تولت التشريعات وضع قوانين ذات علاقة مع المعاملات الدولية تفرض نفسها من حيث التطبيق كما الشأن بالنسبة للقوانين المتعلقة بالقرض والمنافسة والقانون الضريبي (574).

= RACINE Jean - Baptiste, « Le Caractère d'ordre public de la convention de Genève du 19 mai 1956 relatif au contrat de transport international de marchandises par route dite (CMR) », op.cit.

574 - راجع في هذا الخصوص :

- LEVEL Patrice , « Le contrat dit sans loi » , in, Travaux du comité français de droit international privé , vingt - cinquième à vingt - septième années (1964-1966), DALLOZ , 1967, p 218-219.

الفصل الثاني
منهج القواعد ذات
التطبيق الضروري

في ضل التطورات الفقهية والتشريعية التي تسعى إلى تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الداخلية تماشياً مع إرادة أطراف العلاقة العقدية التي تسعى لاختيار قواعد قانونية تتماشى مع مصالح الأطراف. فمثل هذا الإختيار ليس حراً طليقاً مجرد من الاعتبارات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية التي تستوجب حمايتها والمرتبطة بالمصلحة العامة للدولة أو بالمصالح الخاصة للأفراد. فكل القواعد القانونية المرتبطة بالاعتبارات السابقة تكون قد بلغت درجة معينة من الإلزامية يتعين اخراجها من سلطان الإرادة لتتطبق على نحو مباشر كلما تعلق الأمر بمجال سريانها.

تعرف القواعد السابقة بالقواعد ذات التطبيق الضروي والتي فرضت وجودها مع تبني الدول للسياسة التدخلية في الحياة الإقتصادية والإجتماعية للدولة وتطبق على نحو أمر ترفض أي مزاحمة من قبل القوانين الأخرى من حيث التطبيق نتيجة لطابعها الخاص .

سنتولى في إطار هذا الفصل اظهار ماهية القواعد القانونية ذات التطبيق الضروي (المبحث الأول)، كما نشير إلى المعايير التي تكشف عن وجود هذه القواعد (المبحث الثاني). في الأخير نشير إلى كيفية إعمالها سواء من طرف القاضي الوطني أو من طرف المحكم الدولي (المبحث الثالث).

المبحث الأول

ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري

لتحديد ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري يتعين علينا في بداية الأمر التطرق إلى تحديد مفهوم هذه القواعد باعتبارها كقواعد لها تأثير على تطبيق قانون العقد الدولي (المطلب الأول) ؛ بما أن قواعد ذات التطبيق الضروري تندرج ضمن المنهج المباشر المنافس للمنهج التنازعي ، فإننا سنبين العلاقة التي تجمع بين هذا المنهج الأخير ومنهج قاعدة الإسناد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

لإظهار مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري التي زاد نطاقها في إطار تدخل الدولة لحماية بعض المصالح الجديرة بالحماية بقواعد آمرة لا يمكن تجاهل أحكامها ، يكون عن طريق التطرق إلى اظهار المقصود بهذه القواعد (الفرع الأول) ، بعد ذلك نبين الفرق الموجود بين هذه القواعد والنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية الذي يسعى هو الآخر إلى استبعاد تطبيق القانون المختص إذا ما كان يخالف ما تمليه القواعد الآمرة في قانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري

بالنظر إلى أهمية القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية ما يعتبره المشرع جدير بالحماية في المحيط الداخلي لأي دولة والتي لا يمكن أن تكون محل الإتفاق من قبل الأطراف على مخالفة أحكامها لطابعها الآمر ، كان ذلك محل اهتمام الفقه بهذه القواعد وبعض التشريعات والأحكام القضائية وذلك عن طريق وضع تعاريف وأبرزها:

عرفها البعض بأنها: " مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، من ثمة يتعين تطبيقها تطبيقا مباشرا دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص ودونما عوز إلى اعمال قواعد الإسناد "(575) . أو هي: " قواعد داخلية يبلغ طابعها الأمر حدا يقتضي اعمالها على المسائل التي تدخل في اطار سريانها المكاني ولو كانت العلاقة المطروحة تتسم بطابعها الدولي ، وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق في شأنها بمقتضى منهج تتنازع القوانين والذي إقتصر اعماله على كافة جوانب العلاقة عدا ما كان منها داخلا في مجال تطبيق قواعد البوليس " (576) . كما عرفها الفقيه الفرنسي Francescakis بأنها :

« *Lois dans l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* » (577) .

كما يعرفها البعض كذلك بأنها عبارة عن: " حكم أمر يستوجب تطبيقه على علاقة دولية أيا كان القانون الذي يحكمها ". أو بمعنى آخر هي القواعد المتعلقة بالنظام العام ، لكنها متعلقة بنظام عام يبلغ من القوة بحيث أنه يجب تطبيقها حتى لو لم يكن النظام القانوني الذي تنتسب إليه مختصا من حيث المبدأ ، ولم يتم تحديده من خلال قاعدة الاسناد ، فالإزاميتها تستتبع اختصاصها " (578) .

كما عرفت محكمة العدل للإتحاد الأوروبي Cour de justice des Communautés européennes هذه القواعد في أحد أحكامها الصادرة في 1999 /11/23 والذي يعكس مفهوم هذه القواعد في إطار الإتحاد الأوروبي والذي ورد على النحو التالي:

« *Constitue, au sens du droit communautaire, une loi de police la disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de*

575 - نقلا عن : عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق ، ص 171 .

576 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 776.

577 - هذا التعريف مشار إليه في مرجع:

- MONEGER Françoise, op.cit, p 69.

578 - نقلا عن : نزمين محمد محمود صبح ، مرجع سابق ، ص 238.

l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci» ⁽⁵⁷⁹⁾ .

كما عرفت إتفاقية روما لسنة 2008 المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة التاسعة بأنها :

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »

فمن خلال ما سبق نقول، أن القواعد ذات التطبيق الضروي هي مجموعة من القواعد الموضوعية التي يحتويها نظام قانوني لدولة معينة بلغت درجة معينة من الإلزامية تفرض نفسها من حيث التطبيق بغض النظر إذا ما كانت العلاقة القانونية وطنية بكل عناصرها أو هي مشتملة على عنصر أجنبي نتيجة ارتباطها بمصالح نظمها المشرع على نحو أمر يقيد إرادة الأطراف في مخالفة أحكامها ويستوي الأمر لو كان النزاع وطني أو يشتمل على عنصر أجنبي حتى لو كان يخضع لقانون الإرادة .

تُحدد هذه القواعد مجال إنطباقها فتتزل أحكامها الموضوعية على المسائل التي تقع في مجال تطبيقها ومن غير حاجة لإعمال قواعد الإسناد التي تبين القانون واجب التطبيق ؛ أكثر من ذلك ، قد يؤدي اعمال القواعد ذات التطبيق الضروي إلى تعطيل اعمال القواعد الإسناد ، فالأولوية في التطبيق تكون للقواعد الآمرة في المحيط الداخلي التي ترفض أي مزاحمة من القواعد القانونية الأخرى كونها تسعى إلى حماية مصالح جديرة بالحماية كتلك المتعلقة بحماية مصالح الطرف الضعيف في العقد أو حماية الاقتصاد الوطني.

إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروي تنتمي إلى المنهج المباشر كما هو الشأن بالنسبة لقواعد التجارة الدولية الذي يقدم حلولاً موضوعية مباشرة دون المرور

579 - https://fr.wikipedia.org/wiki/Article_3_du_code_civil_français.

من آلية تنازع القوانين ، إلا أن الاختلاف يبقى قائماً بين هذه القواعد ويظهر من خلال المصالح التي هي محل الحماية ؛ فتسعى قواعد التجارة الدولية إلى حماية مصالح التجارة الدولية على نحو عام وذلك عن طريق تحرير هذه العقود من هيمنة القوانين الداخلية ؛ فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقواعد ذات التطبيق الضروي التي تسعى إلى حماية مصالح إقتصادية واجتماعية لدولة معينة على نحو أمر ومن ثمة لا تبالي بالقانون واجب التطبيق سواء كان قانون تابع لدولة أجنبية أو متمثلة في قواعد التجارة الدولية .

تؤدي عملية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي إلى عدم الإهتمام بالعنصر الأجنبي أو الطبيعة الدولية للمسألة محل النزاع، فهي قواعد تسري على كافة الروابط والعلاقات التي تدخل في مجال سريانها بغض النظر عن طبيعتها تجسيدا للأهداف التي تسعى إلى تحقيقها والتي تظهر في السياسة التشريعية لكل دولة في المجال الإقتصادي والاجتماعي ، وهي مصالح وطنية يجب أن يكون لها الأولوية على المصالح الدولية بما فيها مصالح التجارة الدولية .

أجمع الفقه على أن القواعد الموضوعية في القوانين الوطنية ذات الطابع الأمر التي يرى فيها المشرع بأنها ضرورية لحماية المصالح الإقتصادية للدولة وكذا مصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على نحو السالف الذكر، تطبق مباشرة على النزاع بغض النظر عن القانون واجب التطبيق وهذا مع بقاء الاختلاف قائماً بشأن تسمية هذه القواعد التي أطلقها الفقه عليها (أولاً) . كما تقتضي الضرورة إجراء مقارنة بين القواعد محل الدراسة - القواعد ذات التطبيق الضروي - وبين القواعد التي يريد المشرع توسيع نطاق تطبيقها بالرغم من أنها لم تبلغ درجة الزاميتها مستوى معين لتكون لها الأولوية في التطبيق والتي تعرف بالقواعد ذات التطبيق المباشر (ثانياً).

أولاً : أهم التسميات التي أطلقت على القواعد ذات الطبيعة الأمرة

من التسميات التي أطلقت على مثل هذه القواعد تتمثل فيما يلي:

1: قواعد البوليس والأمن Règle de police et de sûreté: سبق للفقهاء التقليدي أن قال بوجود مجموعة من القواعد تسمى بقواعد البوليس والأمن في وقت سابق على ظهور الأفكار الإشتراكية ذات الطابع التدخلي في الجانب الاقتصادي والاجتماعي ، فمنذ عهد الفقيه "بوييه" Bouhier والفقيه "بولينوا" Boullenois إتجه فقهاء قانون الدولي الخاص إلى اطلاق اصطلاح « Règle de police et de sûreté » والمترجمة باللغة العربية بقواعد البوليس والأمن والتي وتشمل كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني، أي تلك المتعلقة بحماية المصلحة العامة (580).

تولى المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني سنة 1804 والذي يعرف بقانون نابليون على النص على هذه القواعد وذلك في الفقرة الأولى من نص المادة الثالثة والتي تنص على أن قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم (581).

ورد هذا النص بصياغة مرنة تسمح للقاضي بتطبيق القوانين الفرنسية التي تأخذ الوصف السابق حتى لو كان القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي ؛ هذا مع الإشارة إلى أن هذا النص لم يلحقه أي تعديل منذ صدور القانون المدني وذلك بالنظر إلى المرونة التي يتميز بها يدفع بالقضاء إلى الاجتهاد لتحديد القوانين التي تأخذ الوصف السابق لتكون لها الأولوية في التطبيق (582). ويقابل هذا النص في التشريع الجزائري المادة الخامسة من القانون المدني والتي نقلها المشرع من القانون السابق الذكر والتي تنص على أن:

580 -أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 26.

- كلمة البوليس مشتقة من اللغة اليونانية وتعني فن حكم المدينة.

- موحد إسعاد ، مرجع سابق ، ص 132 الهامش رقم (21) .

581 -تنص المادة 1/3 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

- « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » .

582 -https://fr.wikipedia.org/wiki/Article_3_du_code_civil_français. op.cit.

« يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن ».

ويلاحظ أن مصطلح « قواعد البوليس والأمن » الوارد في كلا النصين يهدفان إلى إقامة نظام على إقليم الدولة وتطبق على كل الأشخاص والأشياء وعلى كل الروابط القانونية التي تدخل في نطاق سريانها ولا تمتد خارج الإقليم الوطني التي صدرت فيه (583).

ذهب البعض إلى القول أنه ينبغي الأخذ بتعبير قوانين البوليس lois de police وإسقاط إصطلاح قوانين الأمن lois de sûreté وذلك بالنظر إلى كون المشرع الفرنسي في القانون المدني إستعمل المصطلح الأخير ليعبر مبدأ الإقليمية لتطبيق قوانين البوليس باعتبار الإقليمية هي من خصائص قوانين الأمن، وهذه الأخيرة تخص القواعد المتعلقة بالقانون العام كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الإداري والجنائي والقوانين التي تصنف ضمن القانون العام التي لا ينشأ بشأنها تنازع القوانين.

أما بالنسبة لقوانين البوليس فهي تغطي فقط القانون الخاص التي تتصل بالمصلحة العليا والأسس التي يقوم عليها المجتمع وهذا ما أخذ به الفقه الحديث (584)، وكذا الإتفاقيات الدولية (585).

2: القواعد الفورية التطبيق: أول من إستعمل إصطلاح القواعد الفورية التطبيق Règles d'application immédiate هو الفقيه الفرنسي Francescakis اليوناني الأصل (586) ؛ وذلك عندما دعا بعدم التمسك بمنهج الإسناد كمنهج الوحيد الذي يتم بمقتضاه حل مشكلة تنازع القوانين لوجود منهج آخر يتولى مثل هذه المهمة ولو كانت بكيفية مغايرة لمنهج الإسناد ، فأشار في هذا الإطار إلى وجود قواعد تدعى بالقوانين

583 - أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 69.

584 - أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص 27 - 28.

585- حتى إتفاقية روما لسنة 2008 إستعملت هي الأخرى تعبير (Lois de police) كعنوان لنص المادة التاسعة منها .

586- أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص 28-29.

الفورية التطبيق التي تفرضها ضرورة ضمان التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة (587).

3: القواعد الدولية الأمرة: Les règles internationalement impératives : من الفقهاء الذين أطلقوا التسمية على القواعد التي تطبق بكيفية مباشرة على النزاع إسم القواعد الدولية الأمرة هو الفقيه Neumaye ، وذلك عندما قال أن هناك قواعد تتمتع بقوة الزامية مطلقة لضمان وحماية المجتمع ضد الشروط المجحفة التي يملئها متعاقد على متعاقد آخر في علاقاتهم المتبادلة ، وتطبق هذه القواعد بغض النظر عن ما تقتضي به أحكام القانون واجب التطبيق على العقد، سواء تم تحديد هذا القانون عن طريق اختيار الأطراف أو عن طريق الضوابط الاحتياطية (588).

4 : قواعد النظام العام Lois d'ordre public : هناك اتجاه فقهي آخر أطلق على قوانين البوليس والأمن تسمية قوانين النظام العام ؛ ومن بينهم الفقيه الإيطالي مانشيني Mancini الذي جعل من القواعد المتعلقة بالنظام العام من بين أهم القيود التي ترد على ارادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي . في هذا الاطار يقول هذا الفقيه بأن لكل: " دولة أن ترفض الاعتراف للأجنبي بأي صفة أو أي رخصة يكون من شأنها الاضرار بالقانون العام للدولة التي تستضيفه، بل لها أن تجبره على احترام لوائحها وكافة أحكام قوانين النظام العام والبوليس " (589).

ونفس الاتجاه أخذ به الفقيه فاليري Valery وذلك عندما قال أن قوانين البوليس ليست إلا من قوانين النظام العام الإقليمي ، لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الفرنسي لتحكم كل شخص وكل شيء وكل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها وهي تقتصر على الإقليم (590).

587 - بدران شكيب الرفاعي ، مرجع سابق، ص 271.

588 - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 511 (الهامش رقم 1092).

589 - نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق،

ص33.

590 - نفس المرجع ، ص 33.

بعد استعراض مختلف التسميات التي أطلقها الفقه بشأن القواعد السالفة الذكر التي بلغت درجة معينة من الإلزامية والتي ترفض المزاحة من أي قانون أجنبي إذا ما تعلق الأمر بمجال سريانها ، فإن التسمية الأكثر استعمالاً في الدراسات القانونية وكذا التسمية التي فظّلها بعض فقه تنازع القوانين هي قواعد ذات التطبيق الضروري Règles d'application nécessaire وذلك بالنظر إلى الغموض الذي يعتري التسميات السابقة ؛ فقد يوحي إصطلاح " قوانين البوليس والأمن " إلى عدم تطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي ، إضافة إلى ذلك ، نجد أنصار هذا الإصطلاح لم يتفقوا فيما بينهم نطاق هذه القواعد، فهناك من يقصره ليشمل القانون الخاص والبعض الآخر وسع من نطاقه ليشمل القانون الخاص والقانون العام على حد سواء⁽⁵⁹¹⁾.

أما بالنسبة لإصطلاح " القواعد الفورية التطبيق " ، فإن هذا يوحي إلى تنازع القوانين من حيث الزمان أكثر منه إلى القواعد التي تخرج من مجال تنازع القوانين ، فهذا ما دفع صاحب هذه التسمية وهو الفقيه " فرنسيسكاكيس " إلى توضيح ما قصده من هذه التسمية والتي تجمع بين ما قصده القضاء الفرنسي بقوانين البوليس والأمن وقوانين النظام العام. كما تثير تسمية هذه القواعد بقواعد النظام العام ، فإن هذا يؤدي إلى اختلاط المفاهيم بين هذه القواعد التي تتجاهل قاعدة الإسناد وبين النظام العام الذي يظهر دوره بعد أعمال قاعدة الإسناد إي عند تطبيق القانون الأجنبي وذلك على النحو الذي نبينه في الفرع الموالي.

من مزايا إطلاق إصطلاح " القواعد ذات التطبيق الضروري " هو أن هذه القواعد ضرورية لحماية التضامن الإقتصادي والإجتماعي لدولة القاضي والتي تطبق إذا ما توفرت شروط تطبيقها المتمثلة في العلاقة الموجودة بين هذه القواعد والنزاع وذلك بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقة إذا ما كانت وطنية أو دولية ، فهي ضرورية

591 - أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص 42.

بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع ويترتب منه تقليص تطبيق القوانين الآمرة في المجال الدولي وهذا ما يساعد في تطوير وتنمية العلاقات التجارية الدولية (592).

ثانياً: الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر

من المؤكد أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد التي تطبق مباشرة على النزاع كلما تعلق الأمر بمجال سريانها، ويثير هذا التطبيق المباشر التداخل بين القواعد السابقة الذكر - القواعد ذات التطبيق الضروري - والقواعد التي تعرف بالقواعد ذات التطبيق المباشر وذلك من حيث درجة الزاميتها.

عند الرجوع إلى طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر، يتبين أن القواعد الأولى هي من القواعد ذات التطبيق المباشر ولكن العكس غير صحيح (593)، بمعنى أن القواعد ذات التطبيق المباشر ليست من القواعد ذات التطبيق الضروري، فتطبيقها المباشر دون أعمال منهج التنازع لا يعني أنها بلغت درجة معينة من الإلزامية ومن ثم تتدخل من تلقاء ذاتها لتطبق على النزاع؛ وإنما المشرع الوطني هو الذي أراد توسيع مجال تطبيق بعض القواعد القانونية في قانونه لفرض بعض الالتزامات على مواطنيه أو توفير لهم بعض الحماية والتي يرى فيها أنها في مصلحتهم (594).

من الأمثلة التي جاء بها الفقه لإظهار بعض القواعد القانونية التي تطبق تطبيقاً مباشراً دون أن تندرج ضمن قواعد ذات التطبيق الضروري هو نص المادة 1/16 من القانون البحري الفرنسي الصادر سنة 1966 المتعلق بالنقل البحري، فمن خلالها وسع

592 - أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص 44 وما يليها.

593 - POMMIER Jean- Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op. cit, p 192.

594 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع السابق، ص 823.

المشرع الفرنسي نطاق تطبيق هذا القانون فيما لو تم النقل من و إلى الموانئ الفرنسية كأن يكون ميناء الشحن وميناء التفريغ موجود في فرنسا (595).

بالرغم من اشتراك القواعد السابقة الذكر في خاصية الانطباق المباشر ، إلا أن الفرق يبقى قائما فيما بينها، فيكون تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالنظر إلى الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها الذي يبرر تطبيقها سواء كانت تنتمي إلى قانون القاضي أو لقانون الأجنبي. ويرجع تطبيق القواعد ذات التطبيق إلى كون أن المشرع أراد توسيع نطاق تطبيقها وذلك وفقا ما سنبينه عند التطرق إلى كيفية اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (596).

الفرع الثاني

الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام

العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية

تعتبر فكرة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية كأداة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أصبح مختصا بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، فالمشرع عندما سمح بتطبيق القوانين الأجنبية في دولته لا يعلم مسبقا بمضمون هذه القوانين إذا ما كانت تخالف النظام العام في قانونه ، ومن ثمة فهو لا يعطي توقيعا على بياض لكل تشريعات دول العالم أن تطبق على إقليمه ، وإنما قرر تحفظا المتمثل في

595 - هناك من إعتبر نص المادة 1/16 السالف الذكر هو قاعدة إسناد أحادية الجانب تبين الحالات التي يطبق فيها القانون الفرنسي كونها لا تحتوي على حكما موضوعيا وإنما هي قاعدة غير مباشرة كما هو الشأن بالنسبة لقواعد الإسناد . إلا أن الإتجاه الغالب من الفقه الفرنسي يميل إلى إعتبر قواعد القانون الفرنسي فيما يخص عملية النقل البحري هي من القواعد ذات التطبيق المباشر كون المشرع الفرنسي حدد نطاق تطبيقها المكاني بصفة صريحة وذلك في نص المادة السالفة الذكر. راجع في شأن هذه التفاصيل:

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 822 وما يليها.

596 - هذا مع الإشارة إلى أن هناك من إنتقد إصطلاح القواعد ذات التطبيق المباشر كونه يثير اللبس مع مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان؛ فهناك قوانين تطبق بأثر فوري أو المباشر وقوانين تسري بأثر رجعي. فالمراد بالقواعد ذات المباشر في هذه الدراسة القواعد التي تسري من حيث المكان.

- نفس المرجع السابق، ص832.

إستبعاد هذا القانون إذا ما تبين عند تطبيقه أنه يخالف النظام العام في قانونه . والنظام العام حسب التعريفات التي قدمت له هو مجموعة من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة معينة، وهذه الأسس تخص الجانب الاجتماعي والاقتصادي والسياسي .

كما تعتبر قواعد ذات التطبيق الضروري هي الأخرى من القواعد الداخلية التي تنتمي إلى محيط دولة معينة بلغت درجة من الإلزامية يتم تطبيقها على نحو مباشر تحقيقاً للسياسة التدخلية للدول للمحافظة على ما تعتبره أولى بالحماية سواء كان ذلك ما يخص المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة .

إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري تقوم على فكرة وجود قواعد أمره بلغت درجة معينة من الإلزامية، فإن النظام العام يقوم هو الآخر على وجود قواعد في قانون القاضي بلغت درجة معينة من الإلزامية يقتضي الأمر إحترام ما تمليه من الأوامر. من هنا يظهر نوع من التشابه القائم بين النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري؛ ربما هذا ما أدى بالبعض إلى الاعتماد على معيار النظام العام للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري وهذا على النحو الذي سنبينه لاحقاً.

بالرغم من التقارب القائم بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام ، إلا أن الإختلاف يبقى قائماً فيما بينهما والذي يظهر في عدة نواحي والمتمثلة فيما يلي:

1 - يتجلى دور النظام العام في إستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إذا ما تبين أنه يخالف النظام العام في دولة القاضي، فدوره في هذه الحالة هو حمائي تظهر في مرحلة لاحقة على أعمال قواعد الإسناد وبالضبط عند تطبيق القانون الأجنبي . فإعطاء الإختصاص للقانون الأجنبي يكون بعد أعمال قاعدة الإسناد وفحص مضمون القانون المختص - القانون الأجنبي - وتبين بعد ذلك أنه يخالف النظام العام الوطني ومن ثمة يتم استبعاده، فالحماية اللاحقة في هذه الحالة هي علاج لمساوئ تطبيق قواعد الإسناد مما يجعل تطبيق قانون القاضي يكون بصفة استثنائية⁽⁵⁹⁷⁾.

597 - عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، مرجع سابق ، ص 174.

أما بالنسبة لقواعد ذات التطبيق الضروري فلها كذلك صفة قواعد " النظام العام " وتتدخل بصفة مباشرة دون المرور بمنهج تنازع القوانين، فهذا ما يبرز دورها الوقائي، والوقاية تكون في مرحلة أولية يمنع دخول القواعد التي تعتبر من النظام العام في منازعة بين القوانين الأخرى .

2 - تهدف فكرة النظام العام إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي واحلال القانون الوطني محل القانون المستبعد وذلك لملي الفراغ الناتج من عملية الاستبعاد فيتم تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بصفة استثنائية .هذا خلاف القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق بصفة أصلية كونها ترفض أي مزاحمة من قبل القوانين الأجنبية.

فالدفع بالنظام العام وفقا لمنهج تنازع القوانين يرجع لاعتبارات كامنة في القانون الأجنبي في حد ذاته، بينما آلية تطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري تكمن في القانون الوطني في حد ذاته ويترتب عنه تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى القانون الأجنبي حماية للقواعد الملزمة في هذا القانون ،وهذا على خلاف الدفع بالنظام العام الذي يقتصر اعماله لحماية النظام القانوني الذي ينتمي إليه القاضي.

إذا كانت فكرة الدفع بالنظام العام مستقرة في مختلف التشريعات الوطنية تؤدي إلى استبعاد القانون الذي تتعارض أحكامه مع القانون الوطني وذلك على النحو الذي بيناه سابقا ، فإن النص على تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في بعض التشريعات الداخلية - كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري - لم يرد بالرغم من وجود مثل هذه القواعد وتزايد نطاقها من حين لآخر⁽⁵⁹⁸⁾؛ فهذا لا يعني أن القاضي الوطني لا يطبق مثل هذه القواعد تطبيقا مباشرا ، وإنما يتولى تطبيقها دون المرور من منهج الإسناد. هذا على خلاف بعض الاتفاقيات الدولية التي حرصت على تطبيق مثل هذه القواعد كما هو الشأن بالنسبة لإتفاقية روما I لسنة 2008 الذي بين القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والسابق الذكر.

598- لم يوجد نص خاص في التشريع الجزائري يبين الحالات التي يتم فيها تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بإستثناء ما ورد في نص المادة الخامسة من القانون المدني السابقة الذكر.

في هذا الإطار هناك من يرى أن القاضي الوطني لا يحسن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالرغم من وجود عدد لا يمكن حصره في قانونه ، فقد يلجأ إلى تطبيق فكرة النظام العام والتي تعطي في الأخير الاختصاص لقانونه وهذا الأخير ما هو إلا في حقيقة الأمر هو إعمال لقواعد ذات التطبيق الضروري ، لذلك كان بإمكان القاضي تطبيق مباشرة حكم هذه القواعد دون المرور بمنهج قاعدة الإسناد . فقد إعتبر البعض أن المرور من فكرة النظام العام هو مرور خاطئ لذلك يجب تجنبه واعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري (599).

المطلب الثاني

علاقة منهج القواعد ذات التطبيق

الضروري بمنهج قاعدة الإسناد

يعتبر منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري من المناهج التي تؤدي إلى فض النزاع المعروض على القضاء ، مثل هذه الخاصية المشتركة التي تقرب بين المنهجين ، فإن الاختلاف يبقى قائماً فيما بينهما والذي يظهر في كيفية اعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وكذا كيفية إعمال منهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب (الفرع الأول) ؛ وبين هذا منهج - القواعد ذات التطبيق الضروري - و بين منهج قواعد الإسناد الأحادية الجانب (الفرع الثاني) .

599 - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 519.

للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع راجع : بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) ، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1986، ص 97 وما يليها .

الفرع الأول

منهج تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

و قواعد التنازع المزدوجة الجانب

يقوم منهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب الذي يعرف بالمنهج السافيني على تحليل العلاقة القانونية لإسنادها لأكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع ، فيمكن أن يكون القانون واجب التطبيق هو قانون وطني أو أجنبي على حد سواء . فالتحديد التنازعي للقانون واجب التطبيق على هذا النحو يقوم على مراعاة مصالح العلاقات الخاصة الدولية حتى لا تضرر من حالة تطبيق القانون الوطني تطبيقا إقليميا وتجاهل الطابع الدولي للعلاقة القانونية .

فالتعاون القائم بين مختلف قوانين الدول أصبح من أهم المبادئ المستقرة في التشريعات الحالية وذلك عندما هيمن الفقه السافيني على نظرية تنازع القوانين استجابة للتطورات الحاصلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية وأبرزها المعاملات التجارية الدولية التي أصبحت أكثر من الضروري في وقتنا الحالي؛ لا يتحقق هذا التعاون إلا إذا تم التخلي عن فكرة التطبيق الاقليمي للقوانين التي تضر بمصالح الأطراف والدول على حد سواء كونه يؤدي إلى انكماش والتقليل من عملية المبادلات التجارية الدولية نتيجة إنعدام إمكانية إختيار القانون المختص الذي يتلاءم مع مصالح الأطراف .

من هذه الضرورة تبنت التشريعات الوطنية بمختلف توجهاتها التشريعية إمكانية إختيار القانون المختص والذي يمكن أن يكون هو قانون وطني أو أجنبي .

يتم التوصل للقانون واجب التطبيق وفقا لمنهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب عن طريق تحليل العلاقة القانونية تمهيدا لإعمال ضابط الاسناد الذي يبين القانون واجب التطبيق وذلك بكيفية غير مباشرة كون قاعدة الإسناد هي قاعدة لا تحتوي على الحل الموضوعي للنزاع ، وإنما هذا الأخير يكمن في القانون الذي تبينه قاعدة التنازع في قانون القاضي . فقاعدة التنازع وفقا لما سبق هي البحث عن القانون وليست حكم القانون في حد ذاتها.

أما بالنسبة لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ، فهو لا ينطلق من الاعتبارات التي يقوم منهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب ، فلا يصطفي القانون المختص ، وإنما يثبت الاختصاص للقانون الوطني دون التمييز بين العلاقات الخاصة الوطنية وبين العلاقات الخاصة الدولية ، فكلما دخلت العلاقة في مجال اختصاص هذه القواعد تطبق مباشرة وتفصل في النزاع كونها قواعد تحتوي على الحل الموضوعي وطبيعتها الآمرة ترفض أن يزاحمها أي قانون أجنبي .

فطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يكون على نحو مخالف للمنهج قواعد الإسناد المزدوجة الجانب ، فهو لا ينطلق من تحليل العلاقة القانونية لإسنادها للقانون الملائم ، وإنما يكون عن طريق تحليل القوانين الوطنية المتراحمة لحكم العلاقة القانونية للكشف عن مضمون هذه القوانين لإستخلاص إرادتها في الانطباق ، فإذا ما تبين ذلك ، يتم تطبيق هذا القانون ولو كان يخالف مضمون القانون الذي يكون مختصا وفقا لمنهج السافيني الذي يقوم على إصطفاء أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع وذلك على النحو الذي بيناه في الدراسة السابقة .

الفرع الثاني

منهج تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

و قواعد التنازع الأحادية الجانب

سنتولى إظهار أسلوب تنازع القوانين الأحادي الجانب بإعتباره من بين أساليب فض المنازعات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية (أولا) . بعد ذلك نتعرض لتحديد مدى إنتماء القواعد ذات التطبيق الضروري لهذا الأسلوب في تنازع القوانين (ثانيا).

أولا : المقصود بأسلوب التنازع الأحادي الجانب

ليس دائما قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب ، فلا تبين في كل الحالات متى يكون القانون وطني والقانون الأجنبي مختصين لحكم النزاع المعروض على القضاء ، وإنما تكفي فقط في اظهار الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصا دون التعرض للحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي واجب التطبيق كما هو الشأن بالنسبة للقاعدة

الإسناد السافينية - المزدوجة - التي توزع الاختصاص التشريعي بين القوانين الوطنية بكيفية مجردة ، فيكون القانون الوطني في نفس المرتبة مع القانون الأجنبي من حيث التطبيق .

مثل هذا الحق المقرر للمشرع الوطني، له ما يقابله في دولة أخرى، فيكون للدول الأجنبية نفس الحق المقرر للدولة الوطنية في تحديد الحالات التي يدخل فيها النزاع في نطاق تطبيق قانونها الوطني.

يقوم أسلوب قواعد التنازع الأحادية الجانب على فكرة احترام سيادة الدول عن طريق تحديد الحالات التي يطبق فيها قانونها الوطني دون أن تبين الحالات التي يطبق فيها قانون دولة أخرى، فهي صاحبة الشأن في تحديد متى يكون قانونها مختصا (600) . فإذا كان قانون القاضي يريد الانطباق يتولى القاضي تطبيقه، أما إذا رفض ذلك فليس من مهمة قاعدة الإسناد في قانونه - قانون القاضي - تحديد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وإنما يتعين على القاضي البحث عن القانون الأجنبي الذي يريد الانطباق على النزاع ، فمثل هذا المسلك هو الذي يكفل وحدة الحلول ويحقق الاحترام المتطلب للسيادات (601) .

بعد انهيار الأساس الذي يقوم عليه المنهج الأحادي بعد أن رفض الفقه الحديث أن يكون تنازع القوانين هو تنازع بين السیادات . بعثت هذه الفكرة من جديد تقوم على فكرة حرية الدول في تحديد نطاق تطبيق قوانينها . في هذا السياق يرى الأستاذ الإيطالي كوادري Quadri أن فكرة السيادة لا تصلح أساسا لاختصاص نظام قانوني معين في شأن العلاقات الخاصة الدولية كون هذه الأخيرة تمارس داخل إقليم الدولة ولا تمتد

600 - أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 66.

601 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 778.

هذا على خلاف الأحادية المطلقة التي تقوم على فكرة مؤداها أن في حالة رفض قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص يحكم القاضي في هذه الحالة بعدم الاختصاص.

- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 66.

خارجه وهذا ما يستبعد تفسير امكانية امتداد سلطان القانون إلى الأشخاص المقيمين في الخارج (602).

فعالية القانون وفقا للفقهاء الإيطالي كوادري لا تتحقق إلا بتطبيقه في الحدود التي رسمها له مشرعه، فيتولى القاضي تطبيق القانون الذي يريد الانطباق وهو القانون الذي تخضع العلاقة المطروحة لنطاق سريان أحكامه كما حدده مشرعه صراحة أو ضمنا (603).

من هنا يظهر الفرق بين منهج الأحادي الجانب وبين منهج المزدوج الجانب وذلك من خلال كيفية إعمال كلا المنهجين ؛ فنقطة الانطلاق في المنهج الأول هو القانون ذاته ، فبتوفر الحالات التي تجعل منه واجب التطبيق تدخل العلاقة في نطاق تطبيق هذا القانون. أما منهج قاعدة المزدوجة الجانب فهي تنطلق من العلاقة المعروضة على القاضي والتي تدخل ضمن إحدى الطوائف القانونية والتي تبين القانون واجب التطبيق انطلاقا من ضابط الإسناد الذي يبين القانون المختص.

نتيجة للانتقادات الموجهة للمنهج الأحادي الجانب والتي تظهر خاصة في حالة التنازع الإيجابي أو التنازع السلبي (604) ، دفعت بالفقه المعاصر إلى هجر الفكر الأحادي وتبنيه للفقه السافيني وهو الفقه الذي جعل من قاعدة الاسناد قاعدة مزدوجة الجانب . إلا

602 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص781.

603 - المرجع السابق، ص 781 - 782.

604 - تعرض منهج الأحادي الجانب إلى انتقادات تبين عدم فعاليته من الناحية الواقعية وإن كان هناك ما يبرره من الناحية النظرية وهي الحالة التي يكون فيها قانون واحد يريد الانطباق . بالنسبة للحالات التي تبين قصور هذا المنهج يظهر في الحالات التي يكون فيها أكثر من قانون يريد الانطباق، أو أن كل القوانين ترفض الانطباق. في هذا الإطار ردّ أنصار المنهج الأحادي على هذه الحالات وإن كانت يتخللها القصور في الكثير من الحالات. ففي الفرض الأول المتعلق بالتنازع السلبي ذهبوا إلى القول بتطبيق قانون القاضي باعتباره حلا احتياطيا بالرغم من أنه لا يريد الانطباق . أما في حالات التنازع الإيجابي فقد فضلوا الرجوع إلى قانون القاضي كونه يريد الانطباق. أما بالنسبة للحالة التي لا يوجد فيها قانون القاضي بجوار القوانين الأخرى التي تريد الانطباق، يرى هذا الاتجاه بتطبيق قانون القاضي كذلك. ففي كل هذه الحالات تبين تجاهل حالات تطبيق التي يريد فيها القانون الأجنبي الانطباق . هذا ما دفع بالأستاذ كوادري إلى القول بتطبيق القانون الذي يريد الانطباق على العلاقة المطروحة أكثر احتمالا للتطبيق، أي ذلك القانون الذي لا يقوى الأفراد استبعاد أحكامه.

أنه تم إحياء هذه الفكرة من جديد- المنهج الأحادي - ويظهر فيما ذهب إليه الفقه الحديث الذي دعا إلى اعمال هذا المنهج في مجال القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري.

فإذا كان تطبيق القانون العام يخرج من مجال تنازع القوانين⁽⁶⁰⁵⁾ ، فالدولة لا تهتم إلا بتطبيق قانونها . فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الخاص وهي محل البحث عن القانون واجب التطبيق عليها ، فاعتبار هذه القواعد التي تدخل العلاقة في مجال انطباقها ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري أصبحت تطبق مباشرة على هذه العلاقة وفقا للمنهج الأحادي الجانب إستنادا إلى ارادتها في الانطباق .

ثانيا : مدى إنتهاء القواعد ذات التطبيق الضروري إلى أسلوب التنازع الأحادي الجانب ؟

يرى جانب من الفقه أن القواعد ذات التطبيق الضروري تنتمي إلى أسلوب تنازع القوانين الأحادي الجانب ، والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد تقوم على أساس احترام إرادة القانون في الانطباق على العلاقة المعروضة ، فإذا كان القانون الوطني لديه مثل هذه الإرادة يتم تطبيقه دون الرجوع إلى أسلوب التنازع المزدوج⁽⁶⁰⁶⁾.

605 - لا تثار مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة لقواعد القانون العام، فليس هناك اختيار للقانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون الخاص. إنما الأمر يقتصر فقط على البحث في مدى انطباق قوانينها العامة على المركز المطروح، فالقاضي يبحث عن مدى انطباق قاعدة قانونية التي تنتمي إلى القانون العام في قانونه دون البحث في القواعد التي تنتمي إلى القانون العام في الدولة الأجنبية.

- هشام علي صادق القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 786 وما يليها.
بما أن قواعد القانون العام تهدف إلى وضع تنظيم للدولة وأجهزتها فإنها تعد قواعد أحادية الجانب تقتصر على الدولة وحدها ولا تقبل تدخل دولة أخرى في هذا التنظيم ، كما لا يجوز للدولة تجاوز حدود إقليمها بتطبيق قاعدة منتمية إلى القانون العام خارج إقليمها .

- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 58. كذلك راجع:
- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية للتطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003 ، ص44.

606 - نفس المرجع ، ص 72.

بما أن أسلوب التنازع الأحادي الجانب يقوم على فكرة تحليل القوانين الوطنية لتحديد نطاق تطبيقها ، وكلما تبين أن هذه القاعدة لا تقبل أي مزاحمة من قبل القوانين الأجنبية فيتم تطبيقها مباشرة . يضمن هذا المنهج تطبيق القواعد التي تدخل ضمن قواعد ذات التطبيق الضروري سواء كانت تلك التي تنتمي إلى قانون القاضي أو تنتمي إلى القانون الأجنبي، فالعبرة في هذه الحالة هو التحقق من إرادة هذه القواعد إذا ما كانت تريد الانطباق.

إذا كان القاضي الوطني ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الوطني في قانونه، يكون كذلك ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد تنتمي إلى أسلوب القواعد الأحادية الجانب والتي ينبغي تطبيقها بمجرد تأكد القاضي من أن القاعدة لديها إرادة الانطباق على القاعدة .

يتم اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وفقا للمنهج الأحادي الجانب في الحدود التي تريد هذه القواعد الانطباق دون أن تشمل بقية عناصر العلاقة العقدية الأخرى . فإذا كان مثلا عقد القرض الدولي يحدد نسبة الفائدة ب: 10 % ، وكانت هذه الأخيرة تجاوزت الأحد الأقصى في قانون القاضي والمقدرة مثلا ب : 8% ؛ فيتم تطبيق النسبة التي تنتمي إلى قانون القاضي ولكن دون أن يمتد هذا الأخير ليطبق على كل عناصر العقد . حيث تبقى العناصر الأخرى من هذا العقد خاضعة للقانون الذي عينته إرادة الأطراف أو للقانون الذي بينته ضوابط الإسناد الاحتياطية.

وتعرف هذه الحالة في فقه قانون الدولي الخاص بالعودة الجزئية للمنهج الأحادي الذي كان سائدا في القديم لأن اعمالها قاصر على القواعد ذات التطبيق الضروري دون سائر بقية القواعد القانونية الأخرى ، فإعمال هذه القواعد الأخرى لا يستبعد تماما تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد المزدوجة الجانب ؛ فما تقوم به هو جلب الاختصاص ذات طبيعة إستثنائية للنظام القانوني الذي تنتمي إليه (607).

607 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 46 =

القول بأن قواعد ذات التطبيق الضروري تنتمي إلى منهج الأحادي الجانب ، هو قول مبالغ فيه ويظهر ذلك مثلا في قدرة القاضي الوطني في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي ، فتطبيقها يكون على نحو يخالف أسلوب التنازع الأحادي الجانب كون هذا الأخير يقوم على فكرة إرادة القانون في الانطباق على العلاقة . فإذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي يطبقها على نحو مباشر كلما توفرت فيها إرادة الانطباق تماشيا مع طبيعة الأسلوب التنازع الأحادي ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لإعمال القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي حيث يتم تطبيقها كلما توفرت مجموعة من الشروط وهذا ما يتنافى مع طبيعة هذا المنهج الذي يأخذ بعين الاعتبار إرادة هذه القواعد في الانطباق .

المبحث الثاني

معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

من المسائل المتفق عليها في فقه قانون الدولي وما ذهب إليه بعض الاتفاقيات الدولية أن القواعد التي تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري تخرج من مجال تنازع القوانين كونها تطبق مباشرة دون تمييز بين العلاقات الخاصة الوطنية والعلاقات الخاصة الدولية. لكن ما هو غير متفق عليه هو كيفية تشخيص هذه القواعد لئتم تطبيقها على نحو مباشر، ففي هذا الإطار جاء الفقه بمجموعة من معايير على ضوءها يمكن معرفة هذه القواعد والمتمثلة في كل المعيار الشكلي (المطلب الأول)، والمعايير الغائية (المطلب الثاني) ، وأخيرا المعايير الفنية و المعيار العقلاني (المطلب الثالث) .

= الأعمال الجزئي للمنهج الأحادي على النحو السالف الذكر يبين أن هناك تعايش بين هذا المنهج والمنهج المزدوج الجانب . لكن الاختلاف يبقى قائما بين الأحادية الجزئية وبين الأحادية العامة التي كانت سائدة في القديم. كون هذه الأخيرة ترفض وجود بجوارها المنهج المزدوج الذي يقوم على أساس المفاضلة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق.

المطلب الأول

المعيار الشكلي

تعتبر القاعدة القانونية من القواعد ذات التطبيق الضروي وفقا للمعيار الشكلي إذا ما كان المشرع بين نطاق سريانها المكاني بكيفية صريحة تفيد على نحو قاطع أنها تطبق على نحو مباشر دون المرور من منهج قواعد الإسناد. كما يمكن أن تكون هذه الإرادة ضمنية يتولى القاضي استخلاصها من مضمون القاعدة وأهدافها⁽⁶⁰⁸⁾.

تحديد النطاق المكاني لسريان القاعدة القانونية وفقا للمعيار الشكلي يجعل القاعدة القانونية من القواعد التي تطبق تطبيقا مباشرا كلما دخلت العلاقة القانونية في مجال سريانها باعتبار المشرع أفصح عن إرادته في عدم تعليق تطبيق هذا القانون على أعمال منهج التنازع.

إذا كان هذا المعيار يمتاز بالسهولة وبالبساطة في تحديد مثل هذه القواعد كونه يقوم على إرادة المشرع المجسدة في القاعدة القانونية التي وردت بصياغة تفيد أنها من القواعد ذات التطبيق الاقليمي ترفض بطبيعتها أي مزاحمة من القوانين الأجنبية، إلا أن من جهة أخرى نجد هذا المعيار هو محل انتقاد بإعتباره كمعيار ليس جامع ولا مانع في تحديد مثل هذه القواعد.

بين الانتقادات التي أوردها الفقه في هذا الشأن هو اعتبار ما ورد في الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي هي من القواعد ذات التطبيق الضروي⁽⁶⁰⁹⁾، لأن المشرع الفرنسي بين بصفة صريحة النطاق المكاني لتطبيق القانون الفرنسي على العقارات الموجودة في فرنسا حتى لو كانت مملوكة للأجانب، وكذا على أهلية الفرنسيين وحالتهم حتى لو كانوا مقيمين في الخارج . فتطبيق

608 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 72.

609 - تنص المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.
Les meubles, mêmes ceux possédés par les étrangères, sont régis par la loi française.
Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger ».

المعيار الشكلي على نص السالفة الذكر يؤدي إلى اعتبار نص المادة السالف الذكر من القواعد ذات التطبيق الضروري (610).

إلا أن الحقيقة هي خلاف ذلك، فقد أكد القضاء الفرنسي على عدم صحة مثل هذا الاعتقاد وذلك عندما أضفى على هذه القاعدة طابعا مزدوجا يستخلص من مفهوم المخالفة لهذا النص ؛ في هذا الاطار يرى أن أهلية الفرنسيين تخضع للقانون الفرنسي حتى ولو كانوا مقيمين في الخارج ، فإن أهلية الأجانب المقيمين في فرنسا تخضع لقانون جنسيتهم (611).

إذا كان المعيار الشكلي وفقا للصورة الأولى - هو أن ينص المشرع صراحة أو ضمنا على التطبيق الإقليمي لبعض القواعد في قانونه - يتسم بالقصور لا يؤدي إلا التحديد الدقيق للقواعد ذات التطبيق الضروري ، فيكون وفقا لصورته الثانية أكثر انضباطا والذي يقوم على فكرة مؤداها أن قانون معين يدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري إذا ما وسع المشرع من نطاق تطبيقه المكاني كما لو وسع من مجال أعمال قاعدة التنازع كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة 16 من القانون الفرنسي الصادر سنة 1966 والخاص بعقود استئجار السفن والنقل البحري والسابقة الذكر (612) . كذلك ما ذهب إليه المشرع الإيطالي في نص المادة 175 من القانون الصادر سنة 1941 المتعلق بحقوق المؤلف والتي تنص على تطبيق القانون الإيطالي على كافة الأعمال الخاصة بمؤلفين إيطاليين وكذلك المؤلفين الأجانب المتوطنين في إيطاليا، وذلك فيما لو نشرت هذه الأعمال في إيطاليا (613).

610 - أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 65 .

611 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص 845 .

612 - حيث أعطت هذه المادة الاختصاص للقانون الفرنسي فيما يخص عقود النقل البحري إذا ما كانت الموانئ الفرنسية هي موانئ الشحن أو موانئ التفريغ.

راجع في هذا الشأن: أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 65 .

613 - نفس المرجع ، ص 66

حتى هذا الاتجاه الثاني الذي يقوم على توسيع نطاق تطبيق القاعدة القانونية هو محل انتقاد لأنه يضيق من مجال القواعد ذات التطبيق الضروري لتتصرف في القواعد التي تنتمي إلى القانون البحري وهذا ما لا يمكن قبوله (614).

مهما كان موقف المشرع في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري وفقا للمعيار الشكلي - حتى في صورته الثانية - يبقى هذا المعيار غير كافي لحصر مثل هذه القواعد لقلّة هذه القواعد التي تبين نطاق تطبيقها الإقليمي.

إضافة إلى ذلك، قد يبدووا ظاهر النص أنه من القواعد ذات التطبيق الضروري كما هو الشأن بالنسبة للمادة 16 من القانون الفرنسي المتعلقة بعقود إستئجار السفن والنقل البحري السابقة الذكر، إلا أن حقيقة الأمر هي خلاف ذلك، فلا تعتبر من قواعد ذات التطبيق الضروري وإنما هي من القواعد ذات التطبيق المباشر وهذا على النحو الذي بيناه سابقا (615).

المطلب الثاني

المعايير الفنية

هناك من اعتمد على المعايير الفنية في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري والمستمدة من الأفكار التقليدية التي جاء بها فقهاء قانون الدولي الخاص والمتمثلة في معيار الإقليمية (الفرع الأول) ومعيار النظام العام (الفرع الثاني).

614 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 846.

615 - نفس المرجع، ص 847.

الفصل الأول

معيار الإقليمية

ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار القواعد ذات التطبيق الإقليمي من القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن ثمة يتم اعمالها على نحو مباشر دون الرجوع إلى منهج تنازع القوانين. والتطبيق الإقليمي للقاعدة القانونية يعني اعمال أحكامها على كل الأشخاص وعلى كل التصرفات والوقائع التي تتم على إقليم الدولة⁽⁶¹⁶⁾.

تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري استنادا إلى فكرة الإقليمية، هي محاولة لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أخرى أشد غموضا. فهل المقصود بالإقليمية هو التطبيق المطلق للقوانين التي تؤدي إلى القضاء على عملية تنازع القوانين ، أو أن المقصود بها هو تحديد ضوابط الاسناد تقوم على أساس اقليمي تمكن القوانين الأجنبية من التطبيق كما لو تم اسناد الأحوال العينية لقانون موقعها وأهلية الأشخاص لقانون موطنهم؟.

فالإقليمية التي تقوم على الفكرة السابقة تمكن القوانين الأجنبية من التطبيق كما لو كان التصرف يخص مال عقاري موجود في الخارج أو كان الأمر يتعلق بأهلية شخص متوطن في دولة أجنبية⁽⁶¹⁷⁾.

كما لا تصلح فكرة الإقليمية لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن هناك بعض القواعد القانونية تفسر على أساس أنها اقليمية كما هو الشأن بالنسبة لقانون موقع المال، إلا أن هذا الأخير لا يعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري. على العكس من ذلك، قد تكون القاعدة ليست من القواعد الإقليمية إلا أنها تعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري بالرغم من أنها هي قاعدة ممتدة ؛ في هذا الاطار أشار الفقه إلى نص المادة الثانية من القانون البلجيكي الصادر سنة 1960 والتي تنص على سريان هذا القانون على

616 - يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص 41.

617 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 850 - 851.

كل طلاق يقع بين زوجين أحدهما بلجيكي الجنسية . فهذا النص يمتد ليشمل حالات الطلاق التي تكون خارج بلجيكا ويكون أحد الزوجين يحمل جنسية هذه الدولة (618).

تبقى فكرة الإقليمية عاجزة عن الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري نتيجة غموض هذه الفكرة من جهة، وكذا عدم المامها بحقيقة القواعد ذات التطبيق الضروري كحالة وجود قواعد قانونية ممتدة ولكنها تعتبر كقواعد ذات التطبيق الضروري وهذا ما سبقت الإشارة إليه سابقا .

الفرع الثاني

معيار النظام العام

سبقت الإشارة إلى أن هناك بعض الفقه فضل إطلاق تسمية على القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد النظام العام ، ومن جهة أخرى هناك من اتخذ من فكرة النظام العام كمعيار للكشف عن القواعد القانونية التي تأخذ وصف القواعد ذات التطبيق الضروري ، فهي من بين الأفكار التقليدية التي أخذ بها القضاء الفرنسي بصفة خاصة للكشف عن هذه القواعد ومن ثمة يتم تطبيقها على نحو مباشر رغم اختصاص القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقا لقواعد التنازع . و يتم اعمال القواعد التي تعتبر من النظام العام حتى لو كانت تنتمي إلى قانون الأجنبي لأن الرابطة الإقليمية بين القاعدة القانونية ومكان صدورها ليست له أي أهمية في اطار هذا المعيار .

فقواعد النظام العام هي نفسها قواعد ذات التطبيق الضروري، فكل المصطلحين مترادفين، فالتطبيق الضروري لهذه القواعد الأخير يرجع سببه إلى أنها تتعلق بالنظام العام، وأكثر من ذلك، فتعلقها بالنظام العام هو الذي جعل تطبيقها أمرا ضروريا. من هنا نقول أن القواعد ذات التطبيق الضروري أو القواعد النظام العام تسعى إلى حماية المبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة (619) .

618 - بدران شكيب الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 284 .

619 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص 855.

الهدف الذي تسعى إليه القواعد ذات التطبيق الضروري تحقيقه وفقا لهذا المعيار هو نفس الهدف المترتب من أعمال فكرة الدفع بالنظام النظام العام كونها هي الأخرى تسعى إلى حماية المبادئ الأساسية في الدولة . بالرغم من هذا التشابه ، إلا أن الاختلاف يبقى قائما من جوانب أخرى ينبغي الإشارة إليها لتحديد الفوارق بين النظام العام المرادف للقواعد ذات التطبيق الضروري وبين فكرة الدفع بالنظام العام باعتبارها من الوسائل المؤدية إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي .

من بين هذه الاختلافات هو أن قواعد ذات التطبيق الضروري والتي تعتبر كقواعد النظام العام وفقا للمعيار محل الدراسة تطبق مباشرة كلما دخلت العلاقة في مجال سريان هذه القواعد دون اللجوء إلى قواعد التنازع ؛ هذا على خلاف الدفع بالنظام العام الذي يتدخل لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي إذا ما تبين أنه يخالف النظام العام الوطني .

اعمال الدفع بالنظام العام يتم بعد أعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، وأما قواعد ذات التطبيق الضروري يتم اعمالها بصفة مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الاسناد المختصة ؛ واعمال هذه القواعد الأخيرة على النحو المباشر تؤدي إلى فقدان الدفع بالنظام العام أهميته لأن القانون واجب التطبيق هو قانون القاضي وليس قانونا أجنبيا ، فلا يتصور أن يقوم القاضي بإستبعاد قانونه في اطار تنظيم قانوني واحد صادر من مشرع واحد . فعدم اختصاص القانون الأجنبي لحكم المسألة ينعدم أساس وجود النظام العام .

يبين العرض السابق إستحالة اعمال كلا المنهجين في آن واحد بشأن مسألة واحدة ، فإعمال أحدهما يؤدي إلى إستبعاد الآخر ، فالدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد ، في حين أعمال قواعد ذات التطبيق الضروري تؤدي إلى استبعاد قاعدة التنازع ذاتها بشأن المسألة المطروحة⁽⁶²⁰⁾.

620 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق، ص 79 - 80.

كما يظهر الإختلاف القائم بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين فكرة النظام العام في درجة هذه الحماية ، فيتولى الدفع بالنظام العام تكريس حماية ولو في حدها الأدنى لإستبعاد القانون الذي تتعارض أحكامه مع القانون الوطني ، بينما يضمن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حداً أقصى من الحماية كونها تتجاهل قاعدة الإسناد منذ البداية.

والقول بأن قواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد النظام العام يؤدي هذا إلى تغيير الدور الكلاسيكي لفكرة النظام العام ، فبعد أن كان دوره استثنائياً يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي كلما كانت قواعده تتعارض مع القانون الوطني وهذا ما يتماشى مع الوظيفة العلاجية لهذه الفكرة ؛ تتغير وظيفته لتتحول إلى وسيلة بمقتضاها يتم اعطاء الاختصاص للقانون الذي تنتمي إليه هذه القواعد ذات التطبيق الضروري دون أخذ بعين الاعتبار ما تشير إليه قواعد الإسناد . وبهذه الحالة يكون للنظام العام دوراً وقائياً يتعلق بإنجاح السياسة التشريعية الوطنية عن طريق الاعتراف لبعض قواعد القانون الداخلي بالقدرة على الانطباق بكيفية مباشرة (621).

في الأخير نقول أن هذا المعيار الذي يربط بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام هو محل انتقاد من عدة أوجه؛ فلو سلمنا أن القواعد ذات التطبيق الضروري أنها قواعد النظام العام لأصبحت كل قواعد الآمرة في قانون أي دولة التي تعتبر من النظام العام هي من القواعد ذات التطبيق الضروري ، ويترتب من هذا القول أن القواعد القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية هي من القواعد ذات التطبيق الضروري ومن ثم تخرج من مجال تنازع القوانين كونها يتم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون المرور من منهج تنازع القوانين ، مثل هذا القول يؤدي في الأخير إلى تعطيل آلية تنازع القوانين .

التقليل من نطاق النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية يؤدي إلى التقليل من الحالات المؤدية إلى إستبعاد تطبيق الأجنبي حتى لا تفقد قاعدة التنازع دورها

621 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 857-858.

المتمثل في إصطفاء أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع . إلا أن هذه القاعدة سيتم توسيع مجال تعطيها إذا ما قلنا إن قواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد النظام العام ومن ثم يتم تطبيقها مباشرة ، فهذا يؤدي إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد في مواضيع كثيرة وهذا ما يتنافى مع نظرية تنازع القوانين .

المطلب الثالث

المعايير الغائية والمعيار العقلاني

نتيجة قصور المعايير السابقة الذكر في الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري ذهب الفقه إلى ايجاد معايير أخرى تكشف عن هذه القواعد والمتمثلة في كل من المعايير الغائية (الفرع الأول)، وكذا المعيار العقلاني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعايير الغائية

من أقدم المعايير التي تكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري هو المعيار الغائي الذي ينظر إلى الهدف أو الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها. فقد سبق للفقيه الفرنسي بيليه Pillet أن قال بأن تطبيق القانون الأجنبي لا يتم إلا بالرجوع إلى الغاية الاجتماعية للقانون الوطني (622).

622 - ذهب الفقيه الفرنسي بيليه Pillet (1857- 1926) في نظريته المتعلقة بتنازع القوانين إلى القول بأن تنازع القوانين هو تنازع في السيادة ومن ثم يجب إظهار الحد الذي تتكلم فيه سيادة الدولة أمام سيادة الدولة الأجنبية لتطبيق قوانين الدولة الأخيرة .

لتحديد مجال تطبيق القوانين الأجنبية، يرى الفقيه Pillet أن ما يميز القوانين الداخلية من حيث تطبيقها على الأشخاص و على الأموال أنها تمتاز بالدوام أو الاستمرار والعمومية. فالدوام يقصد به إمتداد القانون ليطبق على الأشخاص وعلى الأموال بدون إنقطاع. وخاصة العمومية تطبق على الأشخاص وعلى الأموال الموجودين على إقليم تلك الدولة دون إستثناء.

إنقال هاتين الخاصيتين إلى المستوى الدولي يجب أن يكون القانون إقليميا وممتدا في الوقت ذاته. وتمسك كل دولة بهاتين الخاصيتين يؤدي في بعض الحالات إلى إخضاع علاقة قانونية لأكثر من قانون واحد ، وإذا ما تم الأخذ بمبدأ الإقليمية يؤدي التطبيق المطلق للقانون الوطني. من هنا تظهر استحالة الحفاظ على خاصيتي الدوام العمومية
= معا .

هذا المعيار يسمح لنا بالتمييز بين نوعين من القواعد، وهما قواعد أو القوانين التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة (أولاً) والقواعد التي تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة (ثانياً).

أولاً: معيار مصلحة الدولة (القوانين السياسية)

تشكل فكرة القوانين السياسية أول معيار غائي لتحديد القواعد التي تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري⁽⁶²³⁾. في هذا الإطار عرف الفقيه أرمنجون Armingon القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها تلك القواعد التي تنتمي إلى القوانين السياسية تخرج من مجال تنازع القوانين لتتطبق على جميع الأشخاص والوقائع والتصرفات التي صدرت من أجلها والتي تسعى على هذا النحو إلى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها⁽⁶²⁴⁾؛ ومن ثم تخرج عن مجال تنازع القوانين لتطبق مباشرة كلما دخلت العلاقة في مجال سريانها .

إذا كانت هذه الفكرة التي قال بها أرمنجون لم تجد ترحيباً في بداية الأمر ، إلا أنها لاقت فيما بعد نجاحاً كبيراً ويظهر ذلك من مختلف الأحكام القضائية الصادرة في

= عملية فض النزاع وفقاً للكيفية التي تستجيب للعلاقات الخاصة الدولية تتطلب التضحية بإحدى الخاصيتين والحفاظ بالأخرى. فتتقسم هذه القوانين إلى مجموعتين، الأولى تتطبق على الوطنيين ولو كانوا في الخارج وبالمقابل لا تتطبق على أجنبي موجود على إقليمها (قوانين ممتدة). أما المجموعة الثانية هي القوانين التي لا تتبع الدولة في الخارج وبالمقابل تتطبق عليهم دون استثناء بين الوطنيين والأجانب. من هذا التقسيم تطرح مسألة في غاية الأهمية تتمثل في كيفية إجراء التفرقة بين القوانين الإقليمية والقوانين الممتدة ؟ .

في هذا الخصوص يجيب الفقيه Pillet بأن لكل قانون غرض اجتماعي تسعى الدولة إلى تحقيقه وهو النفع العام أو المصلحة العامة سواء كان قانوناً عاماً أو خاصاً؛ فتنازع القوانين هو تنازع بين مصالح هذه الدول ، ويتم الفصل في مسألة تنازع القوانين عن طريق المفاضلة بين هذه المصالح ويتم تطبيق القانون الذي يحقق الغرض الاجتماعي للقانون ، ومتى تحقق هذا الغرض الاجتماعي أمكن الفصل فيما إذا كان يتم تطبيق القانون تطبيقاً إقليمياً أو على نحو ممتد .

للمزيد من التفاصيل بشأن فقه Pillet راجع : عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق،

57 وما يليها .

623 - حمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 70 .

624 - هذا التعريف مشار إليه في مرجع : بدران شكيب الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 278 .

هذا الشأن والتي رفضت تطبيق القوانين الأجنبية استناداً إلى الفكرة السابقة . فقد أخذ القضاء الألماني بهذا المعيار في أحد أحكامه الصادرة سنة 1959، وفيه رفضت المحكمة الفيدرالية أن تأخذ بالقوانين الصادرة عن جمهورية ألمانيا الديمقراطية آنذاك والتي تتضمن قيوداً نقدية بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري التي تسعى إلى تحقيق مصالح هذه الدولة. ونفس الفكرة أخذ بها القضاء البلجيكي وذلك في أحد أحكامه الصادرة 1960 وذلك عندما قضت المحكمة بأن إجراءات التأميم التشيكية لم تهدف إلى حماية حقوق الخاصة للأشخاص ، وإنما إستهدفت مباشرة لحماية مصالح الدولة التي أصدرت تلك التأميمات (625) .

استخدمت الأحكام السابقة فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري - قواعد البوليس- لرفض تطبيق القوانين السياسية التي تنتمي إلى الدولة الأجنبية، ويعني هذا تطبيق مثل هذه القوانين التي تنتمي إلى دولة القاضي وذلك بصرف النظر عن القانون المختص بمقتضى منهج التنازع.

القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد السياسية أو القواعد التي تخص مصلحة الدولة ، هو قول يجب أن يأخذ بالمفهوم الضيق نتيجة لغموض هذه الفكرة وما يترتب عنها من توسيع سلطات القاضي في إستخلاص مثل هذه القواعد خاصة في وقتنا الحالي أين زاد تدخل الدولة في تنظيم مصالح يصعب تمييزها بين ما يدرج بين المصالح الخاصة وبين المصالح العامة .

من جهة أخرى، يظهر عدم ملائمة هذا المعيار في حالة إنتماء هذه القواعد ذات الطابع السياسي لدولة أجنبية، فلا يمكن تطبيقها أمام القاضي الوطني حتى لو كان هذا القانون الأجنبي مختص بمقتضى قاعدة إسناد في قانون القاضي باعتبار القوانين السياسية هي قوانين اقليمية تخرج من مجال تنازع القوانين (626).

625 - أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 72 .

كذلك راجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 869-

.870

626 - نفس المرجع ، ص 870.

ثانياً: معيار تنظيم الدولة

ظهر معيار تنظيم الدولة نتيجة ما توصل إليه فقه فرنسيسكاكيس francecakis من تطور ، فبعد أن كان يربط في وقت مضى بين القواعد ذات التطبيق المباشر - وهي القواعد ذات التطبيق الضروري - والنظام العام ، وفي مرحلة لاحقة إتخذ هذا الفقيه من فكرة تنظيم الدولة معياراً لتحديد المقصود بالقوانين ذات التطبيق المباشر والتي هي في هذا المقام هي القواعد ذات التطبيق الضروري⁽⁶²⁷⁾ .

فالصفة المميزة لهذه القوانين تكمن في فكرة " التنظيم " ، وهذه الأخيرة تتعلق بمجموع المصالح الفردية و الجماعية التي تتكفل الدولة بتنظيمها وحمايتها ؛ هذا مع الإشارة إلى أن تدخل الدولة لتنظيم مثل هذه المصالح لا يقوم على الأهداف والغايات التي يسعى إليها المشرع، ولكن أيضاً على تحقيق وإدراك تلك الأهداف عن طريق الهياكل والأجهزة التي تنظمها الدولة⁽⁶²⁸⁾.

من بين أهم الملاحظات التي أبديت بشأن هذا المعيار أنه يوسع من نطاق القوانين ذات التطبيق الضروري لتشمل بجانب القوانين الخاصة بالقوانين العامة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإداري والقانون الجنائي . كما يكشف هذا المعيار كذلك عن القوانين ذات التطبيق الضروري في مجالات أخرى حتى لو لم يتناولها تنظيم الدولة أصلاً إذا ما بلغت درجة معينة من الأهمية ولا يقبل بشأنها أعمال القانون الأجنبي⁽⁶²⁹⁾ .

627 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 873.

628 - أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 67.

629 - بدران شكيب الرفاعي ، مرجع سابق . ص 298- 290 .

- من بين هذه القوانين التي تدرج ضمن القوانين ذات التطبيق الضروري ولا يشملها تنظيم الدولة نجد مثلاً القوانين المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية والقوانين التي تخص التأمين على حوادث السيارات والقوانين التي تخص النفقة. راجع في هذا الشأن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 874.

تعرض هذا المعيار السابق لمجموعة من الانتقادات تبين عدم صلاحيته للكشف عن القواعد التي تأخذ وصف القواعد ذات التطبيق الضروري كونه يتسم بالشمولية يجعل من كل القواعد القانونية كقواعد ذات التطبيق الضروري وهذا ما يصعب الأخذ به كونه يؤدي في الأخير إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين نتيجة للطابع التدخلي لهذه القواعد من حيث التطبيق والتي لا تقبل أي مزاحمة من القانون الأجنبي .

يظهر صحة الانتقاد السابق الذكر فيما قاله صاحب هذا المعيار لتحديد القواعد التي تتدرج ضمن وصف القواعد ذات التطبيق الضروري؛ فهو يرى أن هذه القواعد الأخيرة لا يجب أن تتعلق فقط بتنظيم الجماعة وإنما أن يكون تطبيقها ضروريا لهذا التنظيم. من هنا يرى البعض بأنه من العسير أن نسلم بوجود قاعدة قانونية تنظم المجتمع دون أن تكون ضرورية لهذا التنظيم (630) .

الفرع الثاني

المعيار العقلاني

في الوقت الذي عجزت فيه المعايير السابقة الذكر للكشف عن القواعد التي يتطلب الأمر تطبيقها تطبيقا مباشرا لا تقبل المزاحمة من أي قانون آخر وذلك على النحو الذي بيناه سابقا ، ظهر اتجاه فقهي آخر ربط تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري انطلاقا من تلك الصلة العقلانية التي تربط بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى ؛ وهذا المعيار يرجع للأستاذ هشام علي صادق والذي قال بشأنه : "... فنحن نعتقد أن هذه الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى هي المعيار الذي يتعين الاعتداد به للكشف عن طبيعتها بوصفها من قواعد ذات التطبيق الضروري" (631) .

في هذا الإطار رفض الأستاذ هشام علي صادق الاتجاه الذي يقول بأن الصلة العقلانية لها أهمية في تعريف مثل هذه القواعد بكيفية وصفية دون أن تكون لها القدرة

630 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 878.

631- نقلا عن المرجع سابق، ص 882 - 882.

للكشف عن هذه القواعد ومن ثمة لا تكون صالحة لتكون كميّار يبين القواعد التي تطبق بصفة مباشرة وهي في هذا المقام هي القواعد ذات التطبيق الضروري ؛ وهو يقول أن الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى هي المعيار الذي يتعين الاعتداد به للكشف عن طبيعتها بوصفها من قواعد البوليس⁽⁶³²⁾.

يضيف الأستاذ هشام علي صادق في عرض أهمية هذا المعيار والتي تظهر كذلك في تطبيق القواعد الضرورية التي تنتمي إلى القانون الأجنبي وهذا ما عجزت عنه المعايير السابقة الذكر من تحقيقه كونها تكشف عن هذه القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي ، هذا ما يتعارض مع مقتضيات التعاون الدولي في مجال محاربة الغش نحو القانون والتي تقتضي بدورها إعمال قواعد البوليس الأجنبية وذلك إنطلاقاً من كون قاعدة الإسناد في مجال العقود الدولية تبنت ضابط الإرادة يستطيع الأطراف من خلالها التحايل على القواعد الأمرة المرتبطة بالعلاقة العقدية⁽⁶³³⁾.

فالمعيار المقترح والذي يقوم على الصلة العقلانية يبرر تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي انطلاقاً من الصلة العقلانية الذي يربط بين مضمونها وأهدافها وبين نطاق تطبيقها على النحو الذي حدده مشرعها.

632 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 882 .

633 - نفس المرجع السابق، ص 884 .

المبحث الثالث

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي

كلما تبين أن هناك قاعدة قانونية تدرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروي وفقا للمعايير السابقة الذكر ، يتم تطبيقها على نحو مباشر بغض النظر عن القانون واجب التطبيق باعتبارها تخرج من مجال تنازع القوانين لتشكل منها قائما بذاته من خلاله يتم الفصل في منازعات المترتبة من العلاقات الخاصة الدولية .

انطلاقا من أهمية القواعد ذات التطبيق الضروي في تحقيق الأهداف التي أولى لها المشرع أهمية خاصة نتيجة لأهميتها الخاصة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي ، أصبح تطبيقها من قبل القضاء - سواء كان قضاء دولة أو قضاء التحكيم - أمر ضروري خاصة إذا ما كانت تنتمي إلى قانون القاضي؛ فلا يمكن تجاهلها بمناسبة تطبيقه لقانون أجنبي بمقتضى قاعدة اسناد في قانونه (المطلب الأول) .

لم يعد تطبيق هذه القواعد حكرا على القضاء الداخلي لدولة معينة وإنما تجد مجال تطبيقها حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم باعتباره كقضاء أصيل لحل منازعات التجارة الدولية(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي حالة

عرض النزاع على قضاء الدولة

إذا ما عرض النزاع على قضاء الدولة لحل النزاع المترتب من عقود التجارة الدولية، يتولى القاضي اعمال قاعدة إسناد في قانونه التي تكشف عن القانون المختص وهو قانون الإرادة حسب الأصل أو ذلك القانون الذي عينته الضوابط الإحتياطية. في كل الحالات يتولى القاضي تطبيق هذا القانون ، باستثناء الحالات التي تدخل فيه هذه العلاقة العقدية في مجال سريان القواعد ذات التطبيق الضروي سواء كانت هذه

القواعد تنتمي إلى قانون القاضي (الفرع الأول) ، أو أنها تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي (الفرع الثاني) ، أو أنها تنتمي إلى قانون أجنبي غير مختص بمقتضى قاعدة الإسناد وإنما له علاقة بالعلاقة العقدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التزام القاضي بأعمال كافة القواعد

ذات التطبيق الضروري في قانونه

تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد التي يتولى القاضي تطبيقها تطبيقاً مباشراً إذا ما كانت تنتمي إلى قانونه سواء كان القانون المختص هو قانون وطني أو أجنبي. ففي الحالة الأولى، يتولى القاضي تطبيق كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانونه وفي مقدمتها القواعد التي تدرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري (634).

ليست هناك أي فائدة عملية في هذه الحالة للتمييز بين طبيعة القواعد القانونية التي تنتمي إلى المحيط الداخلي لقانون القاضي ، باعتبار هذا الأخير يطبق قانونه ككل دون أن يكون مضطراً للتمييز بين هذه القواعد ؛ فتطبيق القانون الوطني يشمل كل قواعد سواء كانت ملزمة أو غير ملزمة وعلى ضوءها تفقد عملية البحث عن المعايير التي تكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري وتميزها عن القواعد ذات التطبيق المباشر وبين القواعد العادية التي لا تدرج ضمن الأوصاف السابقة.

ووفقاً للحالة السابقة، إذا ما عرض النزاع على القضاء الجزائري يخص معاملات التجارة الدولية وكان القانون الجزائري هو المختص باعتباره كقانون اختارته إرادة الأطراف ، فيتولى القاضي الجزائري في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني ككل ، ويستوي الأمر بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد القانونية العادية أي تلك التي لا تدخل ضمن النوعين السابقين باستثناء ما

634- أشرفا وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 75.

يخرج من مجال تطبيق القانون الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد في هذا القانون كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للأهلية التي تخضع لقانون جنسية الشخص .

إلا أن الأمر يبدو مختلفاً إذا ما كان القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي باعتباره كقانون الإرادة أو عينته الضوابط الاحتياطية في قاعدة الإسناد ، فيتولى القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون الأجنبي حسب الأصل ولكن دون أن يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه التي لا تقبل أي مزاحمة من أي قانون كلما دخلت العلاقة العقدية في مجال سريانها.

كما يتولى القاضي تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر التي لا تعد من قوانين ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك، فهو يذعن لإرادة مشرعه على نحو يفقد السلطة التقديرية في شأن مدى عقلانية الصلة بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية وبين نطاق تطبيقها من ناحية أخرى ؛ مثل هذه السلطة يملكها القاضي عند أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد (635).

التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي التي بلغت درجة معينة من الإلزامية يختزل الوقت في تطبيق القواعد الآمرة في هذا القانون ، فبدلاً من تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد وبعد ذلك يتبين أن هذا القانون يخالف النظام العام الوطني ومن ثمة يتم استبعاده وفقاً لفكرة الدفع بالنظام العام ، فيتم تطبيقها على النحو المباشر - القواعد ذات التطبيق الضروري - دون المرور من تعقيدات أعمال قاعدة الإسناد وكذلك ودون أعمال فكرة الدفع بالنظام العام (636).

في هذه الحالة تظهر أهمية التمييز بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وبين القواعد القانونية الأخرى الواردة في القانون الوطني ، والسبب في ذلك يرجع إلى أن النوع الأول من القواعد هي المعنية بالتطبيق المباشر دون القواعد الأخرى باعتبار

635 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 897- 898.

636 - بدران شكيب الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 300-301.

منهج القواعد ذات التطبيق الضروي هو منها استثنائياً يتم إعماله في حدود الضرورة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها ، ما عداها يتم الرجوع إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق (637) .

التطبيق المباشر لقواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانون القاضي يكون بالأولوية حتى لو كان هناك ما يقابل هذه القواعد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، فلا يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقوم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانون أجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد بحجة أنها تتشابه مع القواعد الموجودة في قانونه أو أنها تقر حماية أكثر مقارنة مع نظيرتها في القانون الجزائري ؛ حتى لو كان ذلك بحجة أن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق .

فإذا وجدت على سبيل المثال قاعدة في القانون الوطني تكفل حماية خاصة للمستهلك، وهذه القاعدة لها ما يقابلها في القانون الأجنبي أو أنها تقر حماية أكثر مقارنة مع هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني. ففي كل هذه الحالات لا يمكن للقاضي الوطني استبعاد إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانونه بحجة أن القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي تحقق نفس الهدف الذي أراد المشرع الوطني تحقيقه (638) .

يرجع السبب في ذلك إلى كون القواعد ذات التطبيق الضروي هي من القواعد الفورية التطبيق يتم اعمالها بغض النظر عما تقضي به قواعد التنازع، كما تطبق دون أن يكون للقاضي الحق في إجراء مقارنة بين محتوى القواعد الوطنية وبين محتوى القواعد الأجنبية (639) .

تؤدي عملية التطبيق الفوري لمثل هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني في الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي هو المختص إلى التجزئة غير الإرادية للعقد

637- أشرفا وفا محمد، مرجع سابق، ص 75 - 76.

638 - نفس المرجع ، ص 76 - 77.

639 - نفس المرجع ، ص 77.

الدولي نتيجة تعدد القوانين واجبة التطبيق . فحسب الأصل؛ يخضع العقد للقانون واجب التطبيق وهو و قانون الإرادة، إلا أن امكانية تجاهل بعض أحكام هذا القانون قائمة إذا ما كانت العلاقة القانونية تدخل ضمن سريان القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي والتي تطبق على نحو مباشر. هذا ما يؤدي في الأخير تعدد القوانين التي تحكم الرابطة العقدية الواحدة والتي تشكل تجزئة غير إرادية للعقد الدولي من حيث القانون واجب التطبيق .

بعد أن أصبح أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي محل إتفاق من قبل الفقه، فإن هذا الإتجاه أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية التي نصت على نحو صريح على ضرورة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي . و هذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اتفاقية روما I لسنة 2008 والتي تنص على أن:

« *Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* ».

كما أخذ مجمع القانون الدولي بدوره بهذا الحل في دورة إنعقاده بمدينة بال Bâle " السويسرية سنة 1991 وذلك عندما أقر أن القانون المختار من قبل الأطراف لا يمكن أن ينال من حكم القواعد الآمرة في قانون القاضي وهذا وفقا لنص المادة 1/9 من المشروع والتي تنص على أن :

« *La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la solution, quel que soit la loi applicable au contrat* »⁽⁶⁴⁰⁾ .

مثل هذا التطبيق المباشر لهذه القواعد أخذ به المشرع السويسري في نص المادة 18 من قانون الدولي الخاص والتي تنص على أن: " يجب مراعاة النصوص الآمرة في

640 - Institut de droit international, session de Bâle 1991, op.cit

القانون السويسري، والتي تكون بالنظر إلى هدفها الخاص واجبة التطبيق أيا كان القانون الذي يحدده الطرفان " (641).

يؤدي الاعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي إلى تعطيل منهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب التي توزع الاختصاص التشريعي بين الدول وتراعي في ذلك طبيعة العلاقة محل الإسناد للقانون واجب التطبيق ؛ و يمكن أن يؤدي هذا إلى الحاق ضرر للعلاقات الخاصة الدولية نتيجة اعمال قانون لم يكن في الحسبان مسبقا - وهو قانون القاضي - يضر بمصالح الأطراف . فمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ما هو إلا تفضيل الاعتبارات الوطنية عن الاعتبارات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية.

اعطاء الإختصاص للقانون الوطني وفقا لهذا الأسلوب يؤدي إلى تعدد الحالات التي يتولى القاضي تطبيق القانون الوطني في الحالات التي يكون فيها القانون المختص هو قانون أجنبي والمترتبة من طبيعة المنهج التنازعي ويترتب عنها تضيق نطاق تطبيق القانون الوطني . من هذا التخوف يقول بعض الفقه بضرورة تقييد سلطة القاضي في استخلاص القواعد الآمرة في قانونه بمعنى أن تخص الحالات التي حددها المشرع هذه القواعد على نحو صريح .

الفرع الثاني

اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي

تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع

لا يقتصر اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني، وإنما يشمل كذلك القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع في قانون القاضي احتراماً لإرادتها في الانطباق على العلاقة

641 - مضمون النص باللغة الفرنسية :

« Application de dispositions impératives du droit suisse sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ».

القانونية حتى لا يتم اهدار أحكام القواعد الأمرة التي تنتمي إلى هذا القانون . تأكد هذا الاعمال بعد التطور الحاصل في فقه قانون الدولي الذي كان في يرفض السابق تطبيق هذه القواعد - ذات التطبيق الضروري - لاعتبارها من القواعد الإقليمية تُطبق من قبل القاضي الذي ينتمي إلى الدولة التي أصدرتها ، أو بحجة اعتبارها من قواعد القانون العام تطبق داخل حدود الدولة التي أصدرتها⁽⁶⁴²⁾ .

يتعذر سريان القواعد السابقة الذكر خارج اقليم الدولة التي أصدرتها بالنظر إلى طبيعتها التي لا تثير مشكلة تنازع القوانين، وإنما تثير مشكلة تطبيق هذه القوانين من حيث المكان كونها تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية النظام القانوني لدولة القاضي وهي المصلحة الوطنية دون المصالح التي تندرج ضمن العلاقات الخاصة الدولية ومن ثمة يتم تطبيق قواعد القانون الخاص في القانون المختص بمقتضى قاعدة الاسناد دون القواعد التي تخرج بطبيعتها من مجال تنازع القوانين وهي القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام⁽⁶⁴³⁾ .

لم يلق الإتجاه السابق الذكر تأييدا من قبل الفقه المعاصر كونه يقوم على أفكار توصف بأنها قديمة تجاوزتها نظرية تنازع القوانين التي تسعى إلى التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية تجسيدا للتعاون فيما بينها مراعاة للمصالح المشتركة التي تخص هذه الأنظمة القانونية ، يترتب من هذا التنسيق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي وبالمقابل تتولى تلك الدولة تطبيق مثل هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد القانون العام فإن هذا القول غير صحيح لأن هذه القواعد تصدرها الدولة لتنظيم العلاقات الخاصة بشكل أمر تقيده بشأنها مثل هذه العلاقات⁽⁶⁴⁴⁾ .

642- أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 78 - 79.

643 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 116-117.

644 - أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 78.

ويرجع الأساس الفقهي في تطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى قانون واجب التطبيق إلى ما يعرف بالإسناد الاجمالي والتي تعني أن قاعدة الإسناد عندما تعطي الاختصاص للقانون الأجنبي، فإن هذا الأخير يطبق على العلاقة العقدية بأكمله بما فيه قواعده الأمرة - وهي القواعد ذات التطبيق الضروري - وقواعد القانون العام بكيفية لا تقبل التفرقة (645). فافتصار القاضي على تطبيق قواعد القانون الخاص في القانون المختص - وهي القواعد العادية - دون قواعد القانون العام وكذا القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق في هذا القانون هو تشويه أو مسخ للقانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد (646).

لم تعد امكانية تطبيق القوانين الإقليمية التي تنتمي إلى القانون الأجنبي تطرح أي مشكلة لدى الفقه الحديث (647)، لأن القانون الإقليمي هو ذلك القانون الذي ينطبق على الوقائع أو التصرفات التي تقع في الإقليم لا يمنع القضاء الأجنبي من تطبيقه على هذه الوقائع والتصرفات التي حدثت على هذا الإقليم (648).

645 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية للتطبيق، مرجع سابق، الهامش رقم (1) من صفحة 135.

646 - نفس المرجع، ص 137.

- إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري تنظم العلاقات الخاصة الدولية حسب الأصل إلا أنها تنتمي إلى المنطقة الرمادية التي تفصل بين القانون العام والقانون الخاص.

- POMMIER Jean- Christophe, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, op.cit., P 212.

647 - من بين الأسانيد التي تبرر تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية هو نص المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي التي تفرض تطبيق هذه القوانين على كل الأشخاص الذين يقيمون في الإقليم، فتوصل القضاء الفرنسي من خلال التفسير الموسع إلى إعتبار: « الأمن المدني على أنها فكرة مسندة ينطبق في شأنها القانون الإقليمي سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون أجنبي، فتحقق بهذا قضاء إنشائي متحررا بعيدا عن جمود النص المقتن ».

- نقلا عن: منير عبد المجيد، « وسيلة تحديد قوانين البوليس ذات التطبيق الفوري الأجنبية »، مجلة الدراسات القانونية، العدد الرابع، جامعة بيروت العربية، 2000، ص 236.

648 - يقول الفقيه Toubiana بشأن هذه الحالة ما يلي:

« Une loi territoriale n'est pas une loi qui ne peut pas être appliquée par un juge étranger, mais une loi s'applique à tous les fait qui se déroulent totalement ou même partiellement sur le territoire .or on ne voit guère pour quels motifs le juge étranger ne pourrait appliquer cette loi, lorsque les éléments du litige concernant des faits qui se déroulent sur ce territoire »

هذا القول مشار إليه في مرجع: =

تظهر أهمية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية بالنظر إلى الدور الذي تؤديه في إطار هذه الروابط ، فمن جهة تهدف إلى التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية ويترتب عنه الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية إذا كان الحكم سينفذ في الدولة التي أصدرتها ؛ من جهة أخرى تساهم في توحيد الحلول القانونية فيما لو تم تطبيق هذه القواعد من قبل القضاء الأجنبي .

فلو عرض النزاع على القضاء الجزائري فإن القاضي الوطني يتولى تطبيق هذه القواعد - القواعد ذات التطبيق الضروري- التي تنتمي إلى قانونه مباشرة لو دخلت العلاقة العقدية مجال سريانها ، أما إذا عرض ذات النزاع على القضاء الأجنبي وكان القانون المختص هو القانون الجزائري وأخذنا بالإتجاه الراض بتطبيق هذه القواعد التي تنتمي القانون الأجنبي المختص - وهو في هذه الحالة هو القانون الجزائري- يترتب عنه اختلاف الحلول القانونية وهذا ما يؤدي في النهاية إلى الاخلال باليقين المتطلب في العلاقات القانونية في مجال التجارة الدولية .

إدراكا لأهمية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع من قبل الفقه الحديث ، ذهب بعض التشريعات الوطنية إلى الأخذ بهذا التطبيق على نحو صريح كما هو الشأن بالنسبة للمشرع السويسري في نص المادة 13 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 والتي تنص على أن :

" اختصاص قانون أجنبي بمقتضى قواعد الاسناد المقررة في هذا القانون يتضمن كافة القواعد التي ينطوي عليها القانون المختص والواجبة التطبيق على النزاع . ولا يجوز استبعاد قاعدة أجنبية في القانون المختص لمجرد اعتبارها من القواعد القانون العام"⁽⁶⁴⁹⁾. نفس الاتجاه تبناه مجمع القانون الدولي الخاص في دورة انعقاده بمدينة Wiesbaden سنة 1975 حيث تنص المادة 1/2 منه على أن :

= POMMIER Jean- Christophe, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé, op.cit, p21.

= 649 - مضمون النص باللغة الفرنسية :

" الصفة العامة لأحد نصوص القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع لا تشكل عقبة في تطبيق هذا النص، مع التحفظ الرئيسي للنظام العام " (650).

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لبعض الاتفاقيات الدولية التي تبين القانون واجب التطبيق على بعض العقود الدولية ، حيث أشارت إلى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وإن كان على نحو غير إلزامي، ولكنها لم تشر على نحو صريح بإمكانية تطبيق قواعد القانون العام في هذا القانون كونها أشارت إلى إمكانية الاعتداد بالقواعد الأمرة في هذا القانون الأجنبي.

لكن الممارسات القضائية بينت إمكانية تطبيق مثل هذه القواعد كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 16 مارس 2010 حيث نقضت فيه حكم صدر من محكمة الاستئناف d'Angers بشأن نزاع تتمحور وقائعه في أن مؤسسة فرنسية باعت لمؤسسة في غانا لحم البقر وأوكلت المؤسسة المصدرة مهمة نقل البضاعة إلى مؤسسة خاصة، ويخضع هذا العقد للقانون الفرنسي . نتيجة الحصار الذي فرضته دولة غانا على اللحوم الفرنسية لم تتول مؤسسة النقل تنفيذ العقد إسنادا إلى هذا الحصار. رفعت المؤسسة المصدرة للحوم دعوى قضائية على المؤسسة التي كان من المفروض أن تتولى عملية النقل ، وحكمت عليها محكمة الإستئناف d'Angers عن عدم تنفيذ العقد ، وهذا الحكم تم نقضه من قبل محكمة النقض على أساس أنه لم يتم تطبيق نص المادة 1/7 من إتفاقية روما لسنة 1980 التي تبين القانون واجب التطبيق على العقود الدولية التي تعطي الامكانية للقاضي بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية ؛ هذه القواعد لا تخص العلاقات الخاصة وإنما هي ذات طابع سياسي وإقتصادي يضافي عليها طابع القوانين العامة (651).

= « La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause. L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public ».

650 - هذه النصوص مشار إليها في مرجع: - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 123-124.

651 - GUILLOTTE Yvan, « Contrats internationaux et application des lois de police étrangers : justice et / ou sécurité ? », 2010, p1-2.www.soulier-avocats.com. =

أثار فقه تنازع القوانين مسألة في غاية الأهمية تتمثل في مدى امكانية البحث عن إرادة انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون أجنبي على النزاع المعروض على القاضي حتى لا يتم تطبيقها في الحالات التي لا تريد الانطباق ، أو عدم تطبيقها في الحالات التي تريد الإنطباق ، حيث تشكل الحالتين السابقتين اعتداء صارخ على هذه القواعد وتشويه لمضمونها ، لذلك يجب البحث عن مضمون هذه القواعد سواء كانت تنتمي إلى قانونه أو إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي .

إذا كان القاضي الوطني ملزم بالبحث عن إرادة الانطباق للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه سواء كان هذا التحديد مباشرا أو غير مباشر ، فمثل هذا البحث يشمل كذلك القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية للكشف عن إرادتها في الانطباق حتى يتم تطبيقها في الحالات التي لا تريد الإنطباق . وإذا أخذنا بهذه الحالة يمكن أن تترتب عنها ما يعرف بالإحالة كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي يتم فيها استشارة قاعدة الإسناد في القانون المختص ورفضت الإختصاص .

أما إذا سلمنا بتطبيق هذه القواعد بغض النظر عن إرادتها في الإنطباق فإن هذا القول ينسجم مع الاتجاه الراض للإحالة يؤدي إلى تطبيق هذه القواعد في الحالات التي ترفض فيها الإنطباق .

إذا ما أخذنا بالاتجاه الأول الذي يؤكد على ضرورة البحث عن إرادة الانطباق في القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي ، فإن هذا القول ما هو إلا إقرار بإمكانية وجود الإحالة في هذا الشأن وذلك في حالة رفض القاعدة الموضوعية التي توصف بالقاعدة ذات التطبيق الضروري الانطباق بالرغم اختصاص النظام القانوني الذي تنتمي إليه بحكم المسألة . فليس الإحالة - حسب هذا الاتجاه - تترتب دائما من حالة إستشارة قاعدة الإسناد في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد في

= يقول صاحب المقال أن الحكم السابق يكون هو الأخير الذي يصدر وفقا لنص المادة 1/7 من إتفاقية روما لسنة 1980 لأن هذا النص أستبدل بنص المادة 3/9 من إتفاقية روما لسنة روما لسنة 2008 الذي يطبق على التصرفات التي تبرم بعد 17 ديسمبر 2009 . المرجع السابق، ص 1.

قانون القاضي ورفضها للإختصاص ، وإنما - وفقا لهذه الإحالة - من احترام القاضي لإرادة القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري في الإنطباق .

من هنا يستوي الأمر بين الحالة الأولى التي يتم فيها استشارة قواعد الاسناد في قانون المختص والمعين من قبل قاعدة الاسناد في قانون القاضي وبين هذه الحالة الأخيرة التي تؤدي إلى البحث عن مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري للكشف عن ارادتها في الإنطباق على النزاع . ففي كلتا الحالتين نحن بصدد استشارة قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة الأجنبية (652) .

إذعان القاضي الوطني لإرادة المشرع الأجنبي فيما إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري ترفض الإنطباق يقترب إلى حد ما مع الأثر السلبي لفكرة الإحالة التي تؤدي إلى عدم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختص المعين بمقتضى قاعدة الاسناد في قانون القاضي ، إلا أن الاختلاف يبقى قائما بين الحالتين السابقتين ؛ فالإحالة تترتب من استشارة قاعد إسناد الفارغة المضمون التي ترفض الاختصاص وتحيلنا من جديد إما لقانون القاضي أو لقانون آخر . هذا على خلاف استشارة المعيار الخاص بانطباق القاعدة الأجنبية ذات التطبيق الضروري، فهو معيار يجلب الإختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه في نفس الوقت دون اعطاء اختصاص للنظام القانوني آخر (653). ودون أن تبقى كذلك المسألة المعروضة بدون قانون يحكمها (654) .

والحالة السابقة أكدتها بعض الأحكام الصادرة في هذا الشأن، حيث أعطت الاختصاص للقواعد المكتملة بعد أن رفضت قواعد ذات التطبيق الضروري الإنطباق على هذه النزاع المعروض على القضاء. هذا ما فعله القضاء الإنجليزي بشأن قضية طرحت عليه تتعلق بعقد عمل يخضع للقانون الهولندي الذي يتضمن قاعدة تنص على بطلان الشروط المقيدة لمسؤولية رب العمل عن إصابات العمل في العقود التي تجرى

652 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 945.

653 - نفس المرجع ، ص 946.

654 - هناك جانب من الفقه يقول أن رفض القواعد ذات التطبيق يؤدي هذا إلى خلق فراغ تشريعي والدفع بالعقد إلى منطقة اللاقانون .

- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 144.

تنفيذها في هولندا . بما أن العامل الذي يعمل لدى شركة هولندية موجودة في نيجيريا، فإن معيار إنطباق القاعدة ذات التطبيق الضروري وهي القاعدة التي تبطل الشروط المقيدة لمسؤولية رب العمل عن إصابات العمل في العقود التي تجرى تنفيذها في هولندا تطبق فقط على الحالة التي يكون فيها العقد الذي ينفذ في هولندا ، أما إذا كان هذا العقد ينفذ خارج هولندا - كما هو الحال بالنسبة لهذه القضية - فإن القاعدة السالفة الذكر لا تطبق نتيجة عدم تحقق معيار انطباقها ؛ بالتالي قام القضاء الإنجليزي بتطبيق القاعدة المكملة في القانون الهولندي وترتب عنها اجازة الشرط التعاقدى المقيد لمسؤولية رب العمل وفقا لما هو مقرر في القاعدة العامة والمتمثل في حرية التعاقد (655) .

من خلال ما سبق نقول أن البحث عن معيار انطباق القواعد ذات الضروري في القانون الأجنبي أمر ضروري في مجال العلاقات الخاصة الدولية حتى لا يتم تطبيقها خارج مجال سريانها وهذا ما يشكل في حقيقة الأمر تشويه للنظام القانون واجب التطبيق. لذلك يجب البحث عن إرادة إنطباق هذه القواعد على العلاقة العقدية لغرض ضمان التطبيق السليم لمثل هذه القواعد أمام القضاء الوطني.

حتى في حالة رفض مثل هذه القواعد الانطباق إذا ما كانت العلاقة العقدية لا تتدرج ضمن مجال سريانها فإن هذا لا يؤدي إلى اعطاء اختصاص لقانون أجنبي آخر ، فلا مجال لوجود الإحالة المستبعدة في مجال العقود الدولية كونها تتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق ، فالاختصاص يبقى دائما للقانون المعين بقاعدة الإسناد في قانون القاضي ، فما لا يتم هو عدم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في هذا القانون وتطبيق القواعد المكملة فيه وهذا ما لا يمس توقعات الأفراد من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق .

655 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 145 - 146.

الفرع الثالث

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا

تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع

لا يقتصر إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي التي يتم اعمالها على نحو مباشر لحكم العلاقة التي دخلت في مجال سريانها ، وإنما يتعدى نطاق تطبيقها المباشر ليشمل الحالات التي يكون فيها القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي ؛ سواء كان هذا الأخير هو المختص بمقتضى قاعدة الاسناد في قانون القاضي - كما سبقت الإشارة - أو له علاقة مع النزاع .

يهدف التطبيق المباشر لهذه القواعد التي تنتمي إلى القوانين الأجنبية إلى تحقيق التوازن بين حق الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق وبين القواعد الأمرة التي لا يمكن أن تكون محل استهداف من قبل المتعاقدين عن طريق التهرب من أحكامها ، فالإعمال المباشر لمثل هذه القواعد يكفل احترام مضمونها لتجسيد أهدافها من قبل قاضي أجنبي لمحاربة أي غش يصدر من الأطراف غرضه استبعاد الأحكام الأمرة التي تتناقض مع مصالحهما أو مصلحة أحد منهما كما لو كان العقد أبرم بين طرفين غير متكافئين من الناحية الاقتصادية كما الشأن بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلك والعامل.

يتم تجسيد الأهداف السالفة الذكر عن طريق التوسع من فرص تطبيق القوانين الأجنبية التي توصف بأنها من القواعد ذات التطبيق الضروري وهي في هذه الحالة القوانين الأجنبية غير المختصة بمقتضى قواعد الاسناد ولها علاقة بالنزاع المعروض على القضاء الأجنبي وتريد الانطباق على هذا العقد المعروض على القضاء .

ويترتب من تطبيق القواعد ذات التطبيق التي لا تنتمي إلى قانون العقد في تحقيق التوازن المطلوب في الروابط العقدية الدولية ويجنب هذا شدة الانتقادات التي تقوم على

أن الأعمال الاحادي يمس مثل هذا التوازن كونه يرجح قانون القاضي على القوانين الأخرى (656).

تظهر امكانية تطبيق مثل هذه القواعد من قبل القاضي الوطني فيما اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وكذا بعض التشريعات الوطنية ، وإن كان ذلك بطريقة تختلف مع الحالة التي يطبق فيها القاضي لقواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانونه لأن تطبيقها لا يتم على نحو ملزم وإنما يأخذها في الاعتبار وهذا ما يظهر بصفة واضحة في نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة من إتفاقية روما I لسنة 2008 التي سوت بين القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد أو إلى قانون تربطه علاقة مع هذا العقد (657).

نفس الاتجاه سلكه المشرع السويسري في المادة 19 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 وذلك عندما أعطى أثر لتطبيق مثل هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون العقد دون أن يتم تطبيقها على نحو الزامي وهذا وفقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من هذه المادة والتي تنص على أن :

« *Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit* ».

نفس الشيء أخذت به المادة 16 من إتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون واجب التطبيق على الوساطة والتمثيل والتي تنص على أن : " عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الإعتداد بالنصوص الأمرة لكل دولة تربط بالمركز المطروح برابطة جدية

656 - هشام صادق، « مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، العدد 50، القاهرة، 1994، ص 110.

657 - تنص الفقرة الثانية من المادة التاسعة من إتفاقية روما I الذي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية على ما يلي :

- « *Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées...* ».

وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيه " (658) .

يظهر من نص السابق أن هذه الاتفاقية أخذت هي الأخرى بعين الاعتبار القواعد الآمرة - وهي في هذه الحالة هي القواعد ذات التطبيق الضروري - التي لها علاقة بالنزاع المعروض على القضاء الوطني دون أن يكون ذلك على نحو ملزم. سواء كانت هذه القواعد تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد أو أنه له علاقة بهذا النزاع كأن يكون مثلا هو قانون مكان تنفيذ الإلتزام .

يستخلص من النصوص السالفة الذكر أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري من قبل القاضي لا يتم بصفة آلية ، فهو غير ملزم في البحث عن مختلف القوانين التي لها صلة بالنزاع لمعرفة هذه مثل القواعد ، فله الحرية في ذلك إلا في الحالة التي يطلب فيها أحد أطراف العقد ضرورة اعمال هذه القواعد التي تنتمي إلى هذا القانون . إذا قدر القاضي أهمية تطبيق هذه القواعد فليس هناك ما يمنعه في ذلك ويستوي الأمر في هذه الحالة بين القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد أو إلى قانون آخر له صلة بهذا العقد (659).

تعتمد السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تطبيق هذه القواعد بالنظر إلى محتوى هذه القواعد من حيث أهدافها التي تأخذ بعين الاعتبار وكذا البحث عن النتائج التي تترتب من هذا التطبيق ومقارنتها مع النتائج التي يمكن أن تترتب كذلك من عدم التطبيق وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة إتفاقية روما لسنة 2008 والتي تنص على أن :

658 - مضمون نص المادة 16 باللغة الفرنسية:

« Lors de l'application des présentes conventions, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout état avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet état, ces dispositions sont applicable quel que soit la loi désignée par ces règles de conflit ».

659 - محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص 108 - 109.

«... Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non application »⁽⁶⁶⁰⁾ .

حتى الحكم القضائي الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 2010 السابق الذكر الذي يخص تصدير اللحوم إلى غانا من قبل مؤسسة فرنسية يبين كذلك أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي غير ملزمة للقاضي وهذا ما وفقا ما ورد في مضمون الحكم وهو كالاتي :

« qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de déterminer par application de la convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁽⁶⁶¹⁾

يؤدي تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي إلى ضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية إذا ما كان الحكم ينفذ في الدولة التي تنتمي إليها هذه القواعد. في كل الحالات ، لا يجب أن يكون هذا الاعمال على حساب مقتضيات النظام العام في قانون القاضي ، و يستوي الأمر في هذه الحالة بين القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد أو كانت تنتمي إلى قانون دولة غير مختص بمقتضى منهج التنازع ، وكلما ثبتت مثل هذه المخالفة تكون الأولوية للقواعد الآمرة في قانون القاضي.

إذا كان تطبيق القواعد السالفة الذكر ينطوي على ايجابيات أبرزها هو ضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية ، إلا أن هذا الاعمال يؤدي إلى المساس باليقين الذي يكفل للأطراف العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق خاصة في الحالات التي تتدخل قواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون غير المختص بمقتضى قاعدة الإسناد .

في هذا الخصوص تظهر العلة من إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في إطار الاتفاقيات الدولية في تقدير مدى إمكانية تطبيق هذه القواعد وذلك بالنظر إلى هدفها وإلى

660 - هذه الفقرة تقابلها الفقرة الأخيرة من المادة 19 القانون السويسري والتي تنص هي الأخرى على ما يلي:
 « Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».
 661 - GUILLOTTE Yvan, op.cit, p2.

النتائج المحققة عند تطبيقها أو عدم تطبيقها حتى لا تكون كآلية لاستبعاد قانون الإرادة الذي أصبح من المبادئ المستقرة في مجال عقود التجارة الدولية .

الفرع الرابع

تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري

بقي في الأخير أن نشير إلى الحالات التي تتنازع فيها هذه القواعد من حيث التطبيق وذلك عندما تكون هناك أكثر من قاعدة تريد الإنطباق وتنتمي إلى أكثر من قانون واحد. أما إذا كانت هناك قاعدة واحدة تريد الإنطباق على النزاع فيتم تطبيقها إذا ما توفرت الشروط الضرورية لتطبيقها .

ونفس الشيء لو كانت هناك أكثر من قاعدة ذات التطبيق الضروري تنتمي إلى قوانين مختلفة وكل قاعدة تريد الانطباق على جزء مختلف عن نطاق تطبيق قواعد أخرى، فيتم في هذه الحالة تطبيق هذه القواعد دون أن تثار في هذه الحالة مشكلة التنازع.

يبقى التنازع قائماً عندما تكون هناك أكثر من قاعدة واحدة تنتمي إلى قوانين مختلفة وتريد الانطباق على جانب من جوانب الرابطة العقدية محل النزاع وكانت هذه القواعد لها أحكام متناقضة مع بقية القواعد الأخرى في هذه الحالة نكون أمام الحالات التالية:

إذا كانت هناك أكثر من قاعدة قانونية تريد الانطباق على الرابطة العقدية، ومن بينها القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي، فالأولوية في هذه الحالة للقواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي ويتم اعمالها بصفة تلقائية دون البحث عما إذا كانت هناك قاعدة مماثلة في القانون الأجنبي توفر حماية أكثر مقارنة مع القاعدة التي تنتمي إلى قانونه، فلا مجال لإجراء المقارنة بين القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي وبين القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي ، فلا يمكن تجاهل أحكامها بحجة أن القانون الأجنبي يوفر حماية أكثر مثلاً للطرف الضعيف في العلاقة العقدية مقارنة مع القاعدة التي تنتمي إلى

قانون القاضي (662). ويرجع سبب ترجيح هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني إلى كون القاضي لا يسهر على تطبيق هذه القواعد إذا ما كانت تمس مختلف المصالح الوطنية.

يبقى الاختلاف قائماً بشأن الحالة التي يكون فيها التنازع قائماً بين القواعد التي تنتمي إلى القوانين الأجنبية بما فيه القواعد التي تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج قاعدة الاسناد. ويظهر هذا الاختلاف بالنظر إلى الآراء الفقهية المتباينة والتي يمكن حصرها فيما يلي:

هناك من يرجح في هذه الحالة تطبيق قانون القاضي بالرغم من أنه لا يريد الانطباق (663). يلاحظ أن هذا الاتجاه يريد توسيع تطبيق القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي بالرغم من كونها لا تريد الانطاق فهذا ما يؤدي إلى القضاء بصفة كلية على ظاهرة تنازع هذه القواعد وهذا ما لا يمكن الأخذ به .

أما الاتجاه الآخر يرى أن في حالة التنازع الايجابي يتم تطبيق القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي وهو في هذه الحالة هو قانون العقد الدولي. وهناك من يقول أنه يجب تطبيق القانون الذي يتضمن نفس المعيار الذي يعتقه قانون القاضي كأساس لتحديد نطاق سريانه (664) .

بالمقابل هناك يقول أن في هذه الحالة يتم تطبيق القواعد ذات التطبيق التي إلى الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها بالنظر في النزاع لو لم يعرض على المحكمة الأولى، فاختصاص هذه المحاكم يفيد في حد ذاته إرتباطه بهذه الدولة مما يحقق لها مصلحة جدية في تطبيق قانونها في هذه الحالة (665).

662 - أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 77.

663 - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص 191.

664 - نفس المرجع ، ص 191

665 - نفس المرجع ، ص 192.

ما يمكن قوله في الأخير بشأن القواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى القانون الأجنبي، أنها في مركز تتساوى فيه مع القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي، وذلك على خلاف مركز القانون الأجنبي بمفهومه العام الذي يظل في مركز أدنى من القانون الأجنبي كما سبق وأن بينا (666).

المطلب الثاني

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي في حالة

عرض النزاع على قضاء التحكيم

لا يقتصر إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي أمام القضاء الوطني، وإنما تجد مجال تطبيقها حتى في الحالات التي يتم فيها عرض النزاع على هيئات التحكيم التجاري الدولي وإن كان ذلك بطريقة تختلف عن حالة عرض النزاع على القضاء الداخلي. فليس للمحكم ما يعرف بقانون الاختصاص، فكل القوانين أجنبية بالنسبة إليه متساوية ومن ثمة لا يمكن حسب الأصل تطبيق القانون الذي تنتمي إليه قواعد ذات التطبيق الضروي على حساب قانون آخر.

اختلفت الإتجاهات الفقهية وكذا الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بشأن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي؛ فهناك من يرى أن المحكم يتولى تطبيق القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد دون سواها (الفرع الأول)، ويبقى الاختلاف قائماً بالنسبة لإعمال مثل هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون العقد (الفرع الثاني).

666- منير عبد المجيد، « وسيلة تحديد قوانين البوليس ذات التطبيق الفوري الأجنبية »، مرجع سابق، ص 2000،

الفصل الأول

أعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري

التي تنتمي إلى قانون العقد

من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي أنه يقوم على إرادة الأطراف، ومن بين هذه المظاهر هو تمكين الأطراف من اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، ولهذا الاختيار مجال واسع مقارنة مع حالة عرض النزاع على قضاء الدولة؛ فالمحكم يذعن لإرادة الأطراف باعتباره يستمد إختصاصه من هذه الإرادة بما أن ليس له قانون الإختصاص كما هو الشأن بالنسبة للقاضي .

تطبيق قانون العقد من قبل المحكم الدولي يجب أن لا يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى هذا القانون، فتطبق كل قواعده بما فيها القواعد الآمرة التي تندرج ضمن القواعد السالفة الذكر باعتبارها بلغت درجة معينة من الإلزامية لا يمكن تجاهل أحكامها كلما دخلت العلاقة العقدية في مجال سريانها حيث لا يمكن استبعاد أحكامها في القانون المختص .

إذا تولى الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق دون الإشارة إلى استبعاد بعض قواعده من التطبيق، يتولى المحكم تطبيق هذا القانون تطبيقاً كاملاً دون التفرقة بين القواعد ذات التطبيق المباشر بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري وبين القواعد المكتملة الواردة فيه⁽⁶⁶⁷⁾. ويكون هذا التطبيق تلقائياً حتى لو أدى ذلك إلى إبطال العقد أو أحد شروطه⁽⁶⁶⁸⁾ .

بالمقابل هناك اتجاه فقهي آخر يرفض التطبيق المباشر لهذه القواعد - القواعد ذات التطبيق الضروري - كون المحكم لا يحرص على إحترام القواعد الآمرة في القوانين الداخلية بقدر ما يهيمه إحترام إرادة الأطراف .فليس انتماء هذه القواعد لقانون العقد كافي لإعمالها وإنما يجب أن تتوفر شروط أخرى تضاف للشرط الأول وهي اتجاه

667 - أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 88.

668 - نزمين محمد محمود صبح، مرجع سابق، ص 240 .

إرادة الأطراف إلى أعمال هذه القواعد على نحو صريح وليس هناك ما يفيد عكس هذه الحالة ، إي اتجاه إرادتهما إلى استبعاد هذه القواعد (669).

فقد سبق وأن تم رفض المحكمين تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد بحجة احترام توقعات الأفراد من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق، وهذا ما أخذت به غرفة التجارة الدولية في أحد أحكامها الصادرة سنة 1979 ، حيث رفض المحكمون تطبيق قاعدة ذات التطبيق الضروري التي تضمنها قانون العقد والتي جاء بها التعديل التشريعي الحاصل بعد إبرام العقد بدعوى أن حقوق والتزامات الأطراف تظل محكومة بالقانون الذي كان يسري عند إبرام العقد ومن ثمة لا تسري أحكامه الجديدة التي تمس توقعات الأطراف من حيث العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق (670).

تعرض الاتجاه السابق لمجموعة من الانتقادات ترفض في مجملها تجاهل تطبيق القواعد الآمرة التي تنتمي إلى قانون القعد وذلك بحجة أن عدم وجود قانون وطني للمحكم لا يعتبر كعائق لتطبيق هذه القواعد ، فالمحكم له حرية كبيرة في تطبيقها وتقدير مدى امكانية تغليب القوانين ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى العقد على تلك القوانين التي تنتمي إلى قانون العقد (671).

إضافة إلى ذلك ، فإن الأخذ بصحة الاتجاه الرفض لتطبيق هذه القواعد على نحو مباشر يتناقض مع حقيقة انطباق هذه القواعد ، فانتمائها للمنهج الأحادي يعطي لها الأولوية في التطبيق مباشرة دون الاعتداد بإرادة الأطراف في هذا الشأن . فتبقى فرضية تطبيق هذه القواعد دون الإعتداد بإرادة الأطراف هو الاحتمال الأقوى لضمان فعالية تنفيذ حكم التحكيم .

669 - أشرف وفا محمد، م المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 95 الهامش رقم (60).

670 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 1024.

671- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 88.

ما يفيد إمكانية تطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين، هو أنها تنتمي إلى النظام القانوني المختار ومن ثمة لا يشكل هذا التطبيق أي مفاجئة للمتعاقدين بما أن اختيارهم أنصب على هذا القانون. فلا تعارض في تطبيق القوانين الآمرة مع فكرة التوقع المشروع للأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي، لأن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق يكون مع أخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة في هذا القانون التي لها الأولوية في التطبيق.

لم يتردد المحكمين في بعض الحالات تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد وتم إبطال الشرط الذي حدد سعر الفائدة بما يزيد عن الحد المقرر في القاعدة ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى هذا قانون⁽⁶⁷²⁾.

كما تجد القواعد ذات التطبيق الضروري مجال تطبيقها في الحالة التي لا يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف وتولى المحكم بنفسه تحديد هذا القانون، فتكون قواعد هذا القانون واجبة التطبيق سواء كانت ملزمة أو غير ذلك. فالإشارة إلى هذا القانون من قبل المحكم يعني تطبيق كل قواعده بما فيه القواعد ذات التطبيق الضروري.

بقي الآن أن نتساءل عن إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حالة تولى الأطراف تجزئة العقد من حيث تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، فإذا كانت هذه الإمكانية قائمة في ظل ما توصل إليه فقه قانون الدولي الخاص ومختلف التشريعات في القانون المقارن، إلا أن استعمال هذا الحق يتقيد بضرورة مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المختار من قبل الأطراف. فإذا تبين أن سبب إختيار قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على أحد أجزاء العقد هو التهرب من بقية القواعد الآمرة التي تنتمي إلى هذا القانون، فيجب على المحكم في هذه الحالة

672 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 1023.

اعمال هذه القواعد التي تريد الانطباق حتى لا يفسح المجال للإرادة الآثمة المشوبة بالغش أن تجد مجال للغش والتحايل وهذا وفقا لقاعدة الغش يفسد شيء (673) .

أما إذا كانت القواعد القانونية المستبعدة من التطبيق في القانون المختار من قبل المتعاقدين هي قواعد مكملة، فلا يطبقها المحكم لأنها شرعت لمصالح أطراف العلاقة العقدية.

تطبيق القواعد ذات التطبيق التي تنتمي إلى قانون العقد هو أمر وارد في مجال التحكيم التجاري الدولي كونه يهدف إلى احترام التشريعات الآمرة التي يرى فيها المشرع الوطني ضرورة لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وتتماشى مع السياسة العامة للدولة. كما يؤدي هذا الاعمال المباشر لمثل هذه القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد إلى نيل ثقة الدول في التحكيم التجاري الدولي كونه لا يعتبر كوسيلة للتعدي على القواعد الداخلية ذات الطابع الآمرة وهذا ما يؤدي من الناحية العملية إلى اصدار تشريعات وطنية مشجعة للتحكيم التجاري وكذا الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا بالتحكيم .

الفرع الثاني

مدى وجوب أعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق

الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد ؟ .

ليس هناك ما يبين في التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والاتفاقيات الدولية وجود نص يلزم المحكم بأعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون غير قانون العقد ، فعدم اعمال مثل هذه القواعد لم يعد من الأسباب المؤدية إلى إبطال حكم التحكيم ، وهذا عكس حالة تعارض حكم التحكيم مع النظام العام فهي من الحالات التي تؤدي إلى الطعن في هذا الحكم (674) .

673 - أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 90.

674-تنص المادة 1056 من ق . قانون إجراءات المدنية والإدارية على أن :

"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:="

ظهر جدال فقهي بشأن مدى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد، كما اختلفت الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الشأن . ففي الوقت الذي ظهر اتجاه فقهي يرفض اعمال هذه القواعد احتراماً لإرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، ظهر اتجاه ثاني يميل إلى اعمال هذه القواعد كلما كانت لها علاقة بالعقد .

1: الاتجاه الراض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد : هناك اتجاه فقهي وبعض الأحكام الصادرة من قضاء التجارة الدولية ترفض تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد، والسبب في ذلك يرجع إلى كون المحكم لا يسهر على حماية مثل هذه القواعد التي تنتمي إلى مختلف الأنظمة القانونية وإنما يتولى احترام سلطان إرادة الأطراف حتى لو كان ذلك على حساب هذه القواعد . فالمحكم ليس حارساً لأي مصلحة عامة تخص دولة معينة، فلا يطبق هذه القواعد كونها وطنية تتعارض مع الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الذي يسعى إلى تحرير العقود الدولية من هيمنة هذه القواعد. هذا ما يجعل المحكم لا يحترم القواعد ذات التطبيق الضروي بغض النظر عن القانون الذي تنتمي إليه⁽⁶⁷⁵⁾ .

أخذت بعض الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم بهذا الإتجاه ، حيث رفضت تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانون غير قانون العقد وبحجج مختلفة أبرزها تلك التي تسعى إلى حماية توقعات الأطراف وهذا ما يظهر بصفة جلية في الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية باريس سنة 1995 والذي ينص على ما يلي: " في التجارة الدولية ، من المهم جداً أن تقدم القواعد نتائج متوقعة ، أن تستجيب للتوقع المشروع للأطراف وأن تقيم وزناً للعادات السائدة في السوق الدولية.

6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي ."

675 - نزمين محمد محمود صبح ، مرجع سابق ، ص 255.

تعتبر الهيئة أن المنهج المؤسس على المصالح الوطنية سيعتبر غير ملائم في ذلك المحيط " (676).

فلا مجال لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق على العلاقة العقدية تنتمي إلى قانون ليس مختص بمقتضى إرادة الأطراف أو تم تعيينه من قبل هيئة التحكيم تماشياً مع الاعتبارات التي يقوم عليها التحكيم التجاري الذي يسعى إلى إقامة عدالة خاصة أساسها إرادة الأطراف لتشجيع المعاملات الدولية وذلك عن طريق تحريرها من هيمنة الأنظمة القانونية الداخلية خاصة منها التي وردت على نحو أمر تأخذ في الاعتبار المصالح الوطنية وتتجاهل مصالح العلاقات التجارية الدولية .

2: الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد : على خلاف الإتجاه السابق، هناك من يرى أنه يقع على عاتق المحكم وإحترام القواعد الآمرة التي لا تنتمي إلى قانون العقد والمتمثلة في القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون له صلة بالعقد حتى لا يكون التحكيم كوسيلة للتعدي على هذه القواعد. في هذا الإطار تولت غرفة التجارة الدولية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري السائدة في دولة مقر تنفيذ العقد وذلك لضمان الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية (677).

في الأخير نقول أن رفض المحكم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد هو قول مبالغ فيه لا يعكس التوجهات الحديثة لمختلف السياسات التشريعية للدول التي زاد تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية؛ والوسيلة المستعملة في هذا الشأن هي القاعدة القانونية ذات الطبيعة الآمرة التي تنطبق على كل العلاقات التي تدخل ضمن مجال سريانها دون التمييز بين العلاقات الخاصة الوطنية

676 - هذا الحكم مقتبس من مرجع : نزمين محمد محمود صبح ، المرجع السابق ، ص 257.

من بين الحجج التي تلجأ إليها الأحكام التحكيمية الراضية لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري نجد تلك التي تريد احترام إرادة الأطراف ، وهناك حجج تقوم على فكرة أن هيئة التحكيم الدولي لا يعتبر كمؤسسة تابعة لنظام قانوني لدولة معينة . -نزمين محمد محمود صبح، نفس المرجع السابق ، ص 257 وما يليها .

677 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 1030.

والعلاقات الخاصة الدولية . فلا مجال لإعمال النظرية الشخصية بمفهومها التقليدي في الوقت الذي تضافرت فيه مجهودات الدول لمكافحة ظاهرة الغش نحو القانون وذلك عن طريق التهرب عن أحكام القواعد الأمرة في القوانين لها علاقة بالعلاقة العقدية .

فإذا كان المحكم ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد، فكان من المفروض أن يتولى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون آخر إذا ما كان هذا الأعمال لا يشكل إعتداء على توقعات الأطراف ؛ ومن بين القواعد التي تجب أن تأخذ بعين الاعتبار هي القواعد التي تنتمي إلى قانون الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم لضمان تنفيذ الحكم التحكيم .

ملاحظة الباب الثاني

يقوم المنهج المباشر على وجود قواعد موضوعية تطبق على عقود التجارة الدولية بكيفية مباشرة تبين في مجموعها وجود مجتمع قائم بذاته يمتن التجارة الدولية يسعى إلى توحيد الحلول القانونية مستبعدا في ذلك سلبيات المنهج التنازعي الذي يقوم على تعقيدات تؤثر سلبا على نمو وتطور هذه التجارة. وما يميز هذه القواعد أنها ظهرت في بيئة تجارية خاصة ساهمت مجموعة من الظروف في إرساء أسسها عبر مراحل زمنية مختلفة إلى أن أصبحت في مقام القواعد القانونية تنظم هذه التجارة .

تسعى كل الدول في وقتنا الحالي إلى تطوير واستحداث القواعد القانونية التي تنظم التجارة الدولية تماشيا مع التطورات الحاصلة في التجارة الدولية التي تتجه نحو العولمة وذلك عن طريق هجر النظرة الضيقة للقواعد القانونية التي تنظم التجارة الدولية واستبدالها بالنظرة الواسعة ذات الآفاق البعيدة لاحتواء أحدث التطورات التي تحصل في عقود التجارة الدولية التي تتماشى مع عصر الابتكارات الجديدة والتي تؤثر حتى في كيفية التعاقد التي تتم بوسائل حديثة كما لو تم التعاقد بالإنترنت .

ما يبين رغبة الدول في إستحواذه هذه التطورات هو تبنيها للتحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر الوسيلة الأكثر فعالية في تطوير هذه التجارة وذلك بالنظر إلى طبيعة هذا التحكيم الذي يقوم على إرادة الأطراف في ميادين مختلفة كونه يستمد وجوده وفعالته من هذه الإرادة . كما يتولى هذا القضاء بدوره تطوير واستحداث هذه القواعد - قواعد التجارة الدولية - تماشيا مع العلاقات التجارية ذات البعد الدولي.

القول بوجود قواعد تطبق على نحو مباشر على مثل هذه النزاعات التي تنتمي إلى هذا المنهج لا يعني دائما أنها قواعد تطلق حرية الأطراف ، وإنما هناك قواعد تنتمي إلى المنهج المباشر ولكنها تقيد الإرادة وتتجاهلها وتعطي الأولوية للمصالح الجديرة بالحماية التي نظمها المشرع على نحو أمر لا تقبل أي منافسة من قواعد قانونية أخرى حتى لا يتم النيل من أحكامها الآمرة والتي تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروي .

مهما يكن ، تبقى هذه القواعد الضمان الأكبر لفرض التشريعات ذات الأولوية في التطبيق حتى لا تكون عرضة للإعتداء على أحكامها الأمره لتطبيق جنبا إلى جنب مع قواعد التجارة الدولية بكيفية متكاملة لتشكل منها قائما بذاته يخدم مصالح التجارة الدولية من جهة ، والمصالح العامة الجديرة بالحماية من جهة ثانية .

خاتمة

تظهر طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في تلك المناهج التي جاء بها فقه قانون الدولي الخاص منذ زمن بعيد و عرفت تطورات عديدة حسب تطور العلاقات التجارية الدولية التي أوجدت نماذج جديدة من العقود أنتجها التقدم العلمي والتكنولوجي، وأثرت على نحو مباشر على الدراسات القانونية التي تطرقت إلى طرح هذا الموضوع بكل جدية حتى أصبح من أبرز مواضيع قانون الدولي الخاص في وقتنا الحالي وذلك بالنظر إلى ارتباطه بأبرز العلاقات الخاصة الدولية والمتمثلة في المبادلات التجارية .

أهم ما يميز هذه العلاقات أنها مرتبطة بأكثر من قانون واحد تنظم هذه التجارة بقواعد مختلفة تؤثر على نحو مباشر في اختلاف الأحكام التي تصدر بشأن نزاع واحد ، وهذا ما يقتضي البحث عن القوانين أكثر ملائمة لحكم العقد والذي تتولى إرادة الأطراف اختياره ليكون واجب التطبيق .

من المؤكد في وقتنا الحالي أن العقد يخضع للقاعدة الفقهية التي تخضع العقد لقانون الإرادة التي جاء بها فقه قانون الدولي الخاص الكلاسيكي والمستقرة في التشريعات الحديثة، لتصبح من المبادئ المكرسة على ضوءها يتم حل النزاعات المترتبة من التجارة الدولية والتي تنتمي إلى أقدم مناهج تنازع القوانين والمتمثل في المنهج التنازعي الذي يقوم على قاعدة الاسناد التي جعلت الإرادة كضابط الاسناد توجه القاضي إلى القانون المختص .

يعتبر المنهج التنازعي من أقدم المناهج الذي جاء بها فقه قانون الدولي الخاص يكشف عن القانون المختص بكيفية غير مباشرة باتباع خطوات مترابطة ومنتالية تؤدي في النهاية إلى إرشاد القاضي إلى القانون المختص وهو قانون الإرادة اعمالا للضابط الاسناد الأصلي الذي جاءت به قاعدة الاسناد ؛ فوفقا لهذا الضابط يمكن للأطراف أن يختاروا القانون الأنسب لحكم النزاع.

في الوقت الذي ساد وسيطر مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق، ظهرت اتجاهات فقهية مقيدة لهذا المبدأ متأثرة بالاعتبارات الوطنية جعلت من هذا المبدأ يمارس في حدود ضيقة تتخلله مجموعة من القيود ، ولهذا الاتجاه تأثير بالغ على التشريعات الوطنية التي تقيد من نطاق الاختيار بكيفية تعكس السياسة التشريعية لكل دولة ، فهناك بعض التشريعات وسعت من نطاق اسناد العقد الدولي لقانون الارادة تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي نادى به الفقه الليبرالي الذي يسعى إلى إطلاق حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون واجب التطبيق .

بالمقابل هناك تشريعات أخرى تبنت هذا المبدأ - مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي - مع احاطته بقيود تظهر في ضوابط قاعدة الاسناد في مجال الالتزامات التعاقدية ، سواء كان ذلك في الضابط الأصلي - وجود الاختيار- أو في الضوابط الاحتياطية - حالة عدم وجود الاختيار- التي جاءت على نحو جامد تستبعد أي سلطة تقديرية للقاضي في استخلاص قانون الإرادة الضمنية وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري كما سبقت الإشارة .

لم تدم هيمنة المنهج التنازعي في ظل التطورات الحالية للتجارة الدولية لحل النزاعات المترتبة عنها ، وإنما ظهر منهج آخر يقدم حلول مباشرة دون المرور من تعقيدات قاعدة الاسناد يعرف بالمنهج المباشر القائم على قواعد موضوعية يقدم حل للنزاع على نحو مباشر يتولى قضاء خاص بتطبيقها وهو قضاء التحكيم الذي يقوم على ارادة الأطراف .

بالنظر إلى المصادر التي إستقت هذه القواعد وجودها يتبين أنها الأصلح لحكم هذه العقود لاحتوائها على حلول ذات طابع عالمي تحررها من هيمنة القوانين الداخلية التي شرعت لحكم العقود الداخلية ؛ زادت أهمية هذه القواعد بعد أن ظهرت اتجاهات تسعى إلا تدويل هذه العقود ولاقت ترحيبا كبيرا من قبل الناشطين في مجال هذه التجارة العابرة للحدود .

القول بتعدد مناهج حل النزاعات المترتبة من عقود التجارة الدولية، يعني تعدد الجهات القضائية التي تتولى الفصل في النزاعات ؛ فبجانب المحاكم الوطنية التي تتولى الفصل في كل النزاعات باعتبارها صاحبة الإختصاص العام ، ظهرت طرق أخرى بديلة لهذا القضاء أبرزها التحكيم التجاري الدولي الذي كثر اللجوء إليه على نحو جعلته يتحول من أحد الطرق البديلة إلى الطرق الأصلية في حل نزاعات التجارة الدولية لأن التجارب المتعددة المترتبة من حل الخلافات تؤكد أن العلاقة التي تتبني على أساس الإتفاق تكون أكثر إيجابية ولها آثار فعالة من العدالة التي يطبقها القاضي الذي يعتمد على نصوص قانونية جامدة .

مهما اختلفت طرق تحديد القانون واجب التطبيق وإختلاف الجهات القضائية المختصة للنظر في هذه النزاعات ، يبقى للإرادة دور هام وفعال في هذا المجال كونها تتولى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق مع بقاء الإختلاف قائما في الطريقة والدرجة ، فيتولى المنهج التنازعي القائم على قاعدة الإسناد تعيين القانون المختص وفقا لضابط الإرادة ، أو تتولى تحديد القواعد الموضوعية على نحو مباشر لتكون واجبة التطبيق على العقد دون المرور من تعقيدات المنهج التنازعي .

القول بوجود الإرادة لا يعني أنها حرة طليقة من كل قيود، وإنما يمارس حق تحديد القانون واجب التطبيق في إطار حدود رسمتها التشريعات الوطنية بقواعد أمره لحماية مصالح مختلفة سواء كانت تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد أو تخص المصلحة العامة التي تتدخل بطرق مختلفة تحد من نطاق الإختيار ؛ فنتولى فكرة الدفع بالنظام العام إستبعاد القوانين الأجنبية التي تتناقض أحكامها مع القانون الوطني في إطار المنهج التنازعي ، كما تتدخل القواعد ذات التطبيق الضروري كلما كانت العلاقة القانونية تدخل في سريان هذه القواعد بكيفية مباشرة تتجاهل طبيعة القوانين واجبة التطبيق سواء كان النزاع عرض على القضاء الوطني أو على قضاء التحكيم .

يتبين من كل ما سبق أن التجارة الدولية تنظمها قواعد قانونية متعددة الوصف، فهي متكاملة في بعض الحالات كونها تساهم في تطوير هذه التجارة من جهة، وفي

الوقت ذاته تراعي المصالح الجديرة بالحماية سواء كانت تخص المصالح العامة أو الخاصة. ومن جهة ثانية توصف أن أنها تقوم على متناقضات تظهر في الرغبة في تطوير التجارة الدولية عن إطلاق حرية الأطراف في تحديد القواعد القانون واجبة التطبيق وبين تقييد هذه الإرادة حتى لا تكون كأداة لإنتهاك القواعد الأمرة ويظهر ذلك من خلال بعض النظريات الفقهية التي تقوم على مبادئ متناقضة من حيث إطلاق حرية الإرادة والتي لها تأثير بالغ على التشريعات الوطنية .

بما أن العلاقات التجارية الدولية في تطور مستمر متولدة من رغبة الدول في تحقيق تنمية إقتصادية شاملة تلزما بإقامة روابط تجارية مع باقي الدول ، فإن هذا يؤثر على القواعد القانونية التي تتبناها الدول لحل الخلافات المترتبة من هذه العلاقات كما سبق وأن بينا في الدراسة السابقة ومن خلالها نتوصل إلى النتائج التالية :

- **أولاً :** تعتبر الإرادة المحور الرئيسي في المبادلات التجارية ، فتقوم على المبدأ العقد شريعة المتعاقدين في إطار عقود التجارة الداخلية من حيث إنشاء العقد وتحديد شروطه ، وعلى قدرة تحديد القانون واجب التطبيق إذا ما كان العقد دولي والتي أصبحت كقاعدة عالمية على أساسها يتم تحديد القانون واجب التطبيق .

- **ثانياً :** تعدد مناهج حل نزاعات التجارة الدولية يعني تعدد الجهات القضائية التي تتولى النظر في هذه النزاعات ، فبجانب القضاء الوطني الذي ينتمي إلى دولة معينة ، هناك قضاء التحكيم الذي يتولى الفصل في مثل هذه النزاعات بطريقة أكثر تحرراً من القضاء الوطني وهذا ما تكشفه التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وهذا ما يجعلنا نسجل بعض الملاحظات آخذين بعين الإعتبار القانون الجزائري :

قيد المشرع الجزائري نطاق إختيار قانون العقد الدولي حالة عرض النزاع على القضاء الوطني إلى حد يمكن أن يفقد مبدأ إختيار القانون المختص أهميته ويظهر في المادة 18 من القانون المدني سواء كان هناك الإختيار أو لم يكن وتولى القاضي الكشف عنه إعمالاً للضوابط الإحتياطية التي جاءت بها هذه المادة وهذا في وقت يوصف قانون التحكيم التجاري الدولي من بين القوانين العربية الأكثر إنفتاحاً ،

وهذا بالرغم من أن الحكم الذي سيصدر من هذا القضاء ستتولى المحاكم الوطنية تنفيذه .

والنتيجة التي يمكن التوصل إليها في هذا النطاق هي أن المشرع الجزائري يرى في القضاء الوطني رمز من رموز الدولة يقوم بتطبيق القوانين الوطنية كأصل مع فسخ المجال مع بعض التحفظات بتطبيق القوانين الأجنبية على النحو الذي يحدده المشرع وليس على النحو الذي يريده الأطراف بدليل أن إرادتهم موجهة إلى قوانين محددة في قاعدة الإسناد .

- **ثالثا:** لا يمكن القول أن المنهج التنازعي والمنهج المباشر تجمعهما علاقة تنافسية تكون الغلبة للمنهج الذي يتماشى مع التطورات الحالية للتجارة الدولية وهو في هذه الحالة هو المنهج المباشر ، فمهما بلغ هذا الأخير من تطور يبقى في أمس حاجة لقواعد الإسناد لإستدراك النقائص التي يمكن أن تتخلله في مرحلة من مراحل سير الدعوى .

- **رابعا:** يترتب من القواعد التي تتولى الفصل في النزاع تحقيق أعلى درجات التقارب والتعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية في العالم وهي توفر بيئة صالحة لنمو الإتفاقيات الدولية تكثيف نشاط الهيئات الدولية المختصة بأمور التجارة الدولية وإعداد القوانين النموذجية التي هي مرجع التشريعات الوطنية لتحقيق درجات كبيرة من التقارب بين التشريعات الداخلية .

- **خامسا :** بالرغم من ظهور إتجاه يسعى إلى تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الداخلية وإخضاعه لقواعد التجارة الدولية كما أراد بعض الفقه المناصر لهذه القواعد تحقيقه ، فإن هذا القول مبالغ فيه إلى حد لا يمكن جسده واقعا ويظهر من ممارسات قضاء التحكيم الذي يسعى إلى إعطاء فعالية لأحكامه من خلال إحترام

القواعد الأمرة حتى يمكن تنفيذ الأحكام لتحقيق الغاية المنتظرة من عرض النزاع على هذا القضاء، والدليل على ذلك أن قضاء التحكيم يميل إلى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لها علاقة بالنزاع ولكنها لا تنتمي إلى القانون المختص.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

I- الكتب :

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، دار النهضة، القاهرة، 2000.
- 2- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981.
- 3- أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الإختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة النشر.
- 4- أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين بشأن مسائل الأهلية (دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1979.
- 5- _____ ، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1979.
- 6- عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 7- _____ ، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 8- _____ ، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 9- _____ ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 10- أحمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 11- أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
- 12- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع ، (ترجمة فائز أنجق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

- 13- أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 14- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2003.
- 15- بدران شكيب الرفاعي ، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011.
- 16- بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، دار هومه ، الجزائر ، 2008.
- 17- بهاء هلال دسوقي ، قانون التجار الدولي الجديد ، دراسة تحليلية ، دون دار النشر، القاهرة، 1993.
- 18- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1956.
- 19 - جعفر محمد السعيد ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومه، الجزائر ، 2000.
- 20 - جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 21- حسام الدين عبد الغني الصغير، د/نادية محمد معوض، قانون التجارة الدولية، دون دار النشر، دون بلد النشر، 2005.
- 22 - حسام الدين فتحي ناصف ، التأجير التمويلي الدولي للمنقول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003 .
- 23- _____، حماية المستهلك من خلال قواعد التنازع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 24 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 25 - _____، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 26- ذيب عبد السلام ، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2009.

- 27 - رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 .
- 28- زروتي الطيب ، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه ،الجزائر ، 2014 .
- 29- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999.
- 30 - سمير عبد السيد تناغو ،النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1984.
- 31- صالح بن عبد الله بن عطف العوفى ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الادارية ، المملكة العربية السعودية، 1998.
- 32- صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007.
- 33 طرح البحور على حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- 34 - عامر محمد الكسواني ، تنازع القوانين، دار الثقافة ، عمان ، 2010.
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 1934.
- 36 - _____، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 37 - عبد المنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 38 - عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
- 39 - عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني : في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1986.
- 40 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجديدة، القاهرة 2002.
- 41 - _____، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
- 42- علي ظاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري ، دار الثقافة ، لبنان ، 2005.

- 43 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 44 - _____ ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 45 - غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر، عمان، 2005.
- 46- فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 47- فانسان هوزيه ، المطول في العقود (بيع السلع الدولي) : ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2005.
- 48- فايز نعيم رضوان ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
- 49 - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 50 - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- 51- لزه بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 52 - محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 53- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2006.
- 54 - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- 55 - محمد كمال ليلي، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
- 56 - محمود سمير الشرفاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 57 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 58 - _____ ، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.

- 59- _____، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 60 - _____، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 61- مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول: وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي. إتفاق التحكيم. خصومة التحكيم، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998.
- 62 - مصلح أحمد الطراونة ، قانون التجارة الدولي ، دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، دار رند ، الأردن ، 2001.
- 63 - ممدوح عبد الكريم عرموش ، القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، عمان، 2005.
- 64- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992.
- 65 - _____، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- 66- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر العربي، الاسكندرية ، 1998.
- 67 - هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
- 68 - _____، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 69- _____، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 70 - هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 71 - _____، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- 72- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
- 73- يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

II: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية:

- 1 - أيت منصور كمال ، عقد التسيير آلية لخصوصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2009 .
- 2- باسم عواد محمود العموش ، القانون واجب التطبيق وفقا لمعيار الموطن ، دراسة مقارنة ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2006.
- 3 - خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق: فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر، 2009 .
- 4- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ، 1990-1991.
- 5 - صبري أحمد محسن الذيابات ، إجراءات التحكيم التجاري الدولي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.
- 6- علاء الدين محمد ذيب عباينه ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2004 .
- 7 - عمرو محمد إبراهيم خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع: دراسة في التشريع المصري والفقهاء المقارن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2003.
- 8 - محمد توفيق علي محمد فهمي، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، 2006.
- 9 - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية " ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

- 10- محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولية " دراسة تاريخية " رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2007.
- 11- محمد يوسف الزعبي ، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في القانون الأردني والمقارن، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لحصول على درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، الأردن، 2004.
- 12- معاشو عمار ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية ،معهد العلوم القانونية والادارية ، جامعة الجزائر ، 1998.
- 13 - نجم رياض نجم الربضي ، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 2003.
- 14 - نرمين محمد محمود صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003.

ب - المذكرات الجامعية:

- 1 - بلاق محمد ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011.
- 2 - بلمامي عمر ، الدفع بالنظام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) ، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، 1986
- 3- خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر ، 1987.
- 4 - زاير فاطمة الزهراء ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011.
- 5 - شتوان حياة ، عقد النقل البحري للبضائع ، دراسة في إطار إتفاقية بروكسل لسنة 1924 والقانون البحري الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، دون سنة الماقتشة.

- 6 - عيادي فريدة ، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
- 7 - فضيل نادية ، الغش نحو القانون ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1984.
- 8 - محمد أحمد عبد الله الشماسنة ، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005.

III : المقالات

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، « القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالشيك دولياً»، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والأربعون، 2001، جامعة عين شمس، ص ص 471- 480.
- 2 - أبو اليزيد علي المنبت، « الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام»، مجلة المحاماة المصرية، العدد العاشر السنة الحادية والأربعون، 1964، ص ص 714-723.
- 3 - أبو زيد رضوان، « الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي » ، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى ، العدد الثاني ، 1977 ، ص ص 15- 54.
- 4 - _____، « قانون التجارة الدولية أو قانون التجاري الدولي ، دراسة فكرة lex mercatoria_ » ، مجلة الأمن والقانون ، السنة الأولى ، العدد الأول، 1993، ص ص 222-241.
- 5 - أحمد أبو الوفا ، « التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري_ »، المجلة للقانون الدولي، المجلد الخمسون، 1994 ، ص ص 32-105.
- 6- أحمد السمدان ، «القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، 1993. ص ص 173-211.
- 7- أحمد شرف الدين، « مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية »، ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجاري الدولي بالمنطقة بدلاً من الإلتجاء للتحكيم في دول الغرب المنعقدة إلى 21 أكتوبر 1991 ، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية، 1991، ص ص 8 - 47.

- 8 - أحمد عبد الكريم سلامة، « تأملات في ماهية قاعدة التنازع »، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1995، ص ص 95-145.
- 9 - أحمد محمد هوارى ، « النظام العام الحمائي والقانون الدولي الخاص " خواطر حول الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص " » ، الملتقى الدولي حول : التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، أجريت فعالياته يومي 7 و8 ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، ص ص 1-30.
- 10 - أشرف وفا محمد ، « حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية »، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والخمسون، 2003. ص ص 16 وما يليها.
- 11 - إقلولي محمد ، « شروط الإستقرار التشريعي في عقود الدولة في مجال الإستثمار »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2006 . ص ص 94 - 123.
- 12 - إلياس عجابي ، « النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية »، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، جامعة بسكرة ، ص ص 189 - 200.
- 13 - إيمان طارق مكي، عبد الرسول عبد الرضا جابر، « القواعد ذاتية الحلول العالمية في القانون الدولي الخاص »، مجلة العلوم الإنسانية المجلد 1، السنة 2014، جامعة بابل، ص ص 49 - 60.
- 14 - بجاوي محمد ، « العالم العربي ، في تحكيم غرفة التجارة الدولية »، مجلة المحامون ، الأعداد الرابع والخامس والسادس، السنة 75، 1992، ص ص 377-379.
- 15 - بلاش ليندة ، « الإتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني » ، السنة السادسة، المجلد 11 العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2015. ص ص 274 - 299 .

- 16 - بلمامي عمر ، « نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون »، نشرة المحامي الصادرة منظمة المحامين سطيّف ، الجزائر 2007، ص ص 21-29.
- 17 - بلميهوب عبد الناصر ، « دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري »، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، أجريت فعالياته يومي: 21-22 أفريل 2010 ، جامعة ورقلة ، ص ص 50-61.
- 18- جمال مرسي بدر، « التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان »، بحث أعده للمؤتمر الخامس للمحامين العرب، بيروت، 1959. ص ص 3 - 68.
- 19- جورج حزبون حزبون ، « قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي »، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، جامعة الكويت، 2003، ص ص 235-263.
- 20- حسن علي كاضم ، «الوسائل البديلة لحل النزاعات وأثرها على التجارة الدولية» ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد الخاص بالمؤتمر العاشر ، جامعة كربلاء ، 2013 ، ص ص ، 90 - 116 .
- 21 - زروتي الطيب ، « مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية ، الجزء 35 رقم 1 ، جامعة الجزائر ، 1997، ص 64 وما يليها .
- 22 - سعيد سويد النصيبي ، « منظمة التجارة العالمية الأهداف والمبادئ وشروط الإنظام وتجربة مجلس التعاون الخليجي »، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لإتفاقيات منظمة التجارة العالمية ، أجريت فعالياته بين 9-11 ماي ، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دبي، ص ص 61 - 85.
- 23 - طارق الخير، « حماية المستهلك ودورها في رفع مستوى الوعي الاستهلاكي لدى المواطن السوري » ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 17 العدد الأول ، 2001، ص ص 89-120.
- 24- عادل بن عبد الله ، «الإعتبرات العملية للدفع بالنظام العام» ، مجلة المفكر ، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص ص 220-233.

- 25- عبد المنعم فرج الصده، «التعبير عن الإرادة»، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد الأول، كلية الشرطة دبي، 1997. ص ص 148-194.
- 26- عبد المهدي كاضم ناصر، نظام جبار طالب، «المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرنشيز»، مجلة جامعة بابل، المجلد 17، العدد 6، 2009، ص ص 274 - 294.
- 27- عزالدين عبد الله، «تنازع القوانين في عقد العمل الفردي»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والعشرون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1971. ص ص 1-18.
- 28- _____، «فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الأولى، جامعة عين شمس، 1959. ص ص 1-46.
- 29 - عزيزة الشريف، «مدى التزام الدولة بمطابقة التشريعات الوطنية مع أهداف اتفاقيات وسياسات منظمة التجارة الدولية»، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دبي، 2010، ص ص 173 - 223.
- 30- علي كاضم الرفيعي، «سلطات المحكم التجاري الدولي»، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، الإصدار 1، جامعة بغداد، ص ص 36-83.
- 31- عيد عبد الحفيظ، «عقود الأعمال إحياء لقانون التجارة الدولي»، ملتقى وطني حول: عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2012، ص ص 23-32.
- 32 - _____، «حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الرابعة المجلد 07، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2013، ص ص 22-48.
- 33- غازي خالد أبو عرابي، «حماية رضا المستهلك دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني»، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36 العدد 1، 2009، ص ص 187 - 200.

- 34 - محمد شوقي شاهين، « القانون الدولي الخاص كمدخل لدراسة قانون الأعمال»، مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، السنة الثامنة والعشرون، 1988، ص 131 - 139.
- 35 - محمد وليد العبادي، « أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة»، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد الثاني، 2007، ص 357-369.
- 36 - محمد وليد هاشم المصري، « العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة»، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004 ص 155 - 183.
- 37 - محمد وليد هاشم المصري، « محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص»، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون جامعة الكويت، 2003. ص 143 - 175.
- 38 - محمود سمير الشرقاوي، « التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري»، مصر المعاصرة، العدد 449-450، السنة التاسعة والثمانون، ص 200 - 227.
- 39 - مظفر ناصر حسين، « القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم»، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7 السنة 2، ص 1 - 36.
- 40 - ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي، « تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه»، مجلة الأمن والقانون السنة الحادية عشر، العدد الأول، أكاديمية شرطة دبي، 2003. ص 458 - 515.
- 41- ممدوح عبد الكريم حافظ، « مبدأ النظام العام وتنازع القوانين»، مجلة القانون والاقتصاد، الجزء الثالث، الأعداد 5-6، جامعة البصرة، 1971. ص 105 - 179.
- 42 - منير عبد المجيد، « التحكيم التجاري الدولي الخاضع لقواعد الأمم المتحدة في إطار معاهدة نيويورك»، ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجاري الدولي بالمنطقة بدلا من الإلتجاء للتحكيم في دول الغرب المنعقدة خلال فترة: 19 إلى 21 أكتوبر 1991، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية،

- 1991 ، ص ص 47 - 177.
- 43- _____، « وسيلة تحديد قوانين البوليس ذات التطبيق الفوري الأجنبية »، مجلة الدراسات القانونية، العدد الرابع، جامعة بيروت العربية، 2000، ص ص 229-293.
- 44 - ناجي عبد المؤمن، « مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية طويلة المدة»، مجلة الأمن والقانون، السنة الثامنة العدد الأول، دبي، 2000، ص ص 131 - 193.
- 45 - هشام صادق، « مدى سلطة المحكمين في أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، العدد 50، القاهرة، 1994، ص ص 106-117.
- 46 - وسام توفيق عبد الله، « مبادئ القانون الدولي الخاص»، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16 العدد، 57 السنة 18، ص ص 33 - 71.
- 47- يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة» القانون الواجب على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي»، مجلة جامعة بابل للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 4، العدد 15، العراق، ص ص 2 - 56.

IV - النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المتمم بالقانون رقم 89-01 مؤرخ في 7 فيفري 1989، المتعلق بعقد التسيير، جريدة رسمية عدد 06 المؤرخة في 08/02/1989، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ، جريدة رسمية عدد 44 المؤرخة في 26 جوان 2005.
- 2- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 المؤرخة في 19/12/1975 ، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93 - 08 مؤرخ في 25/04/1993 ، المتعلق بعقد تحويل الفاتورة ، جريدة عدد 27 المؤرخة 27 أبريل 1993 .

- 3- أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير 1996 ، المتعلق بالإعتماد الإجاري ، جريدة رسمية عدد 3 ، المؤرخة في 14 فيفري 1996.
- 4- قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- 5- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.
- 6- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 غشت 2016 ، يتعلق بترقية الإستثمار ، جريدة رسمية عدد 46، المؤرخة في 03 غشت 2016.

V: الوثائق :

- 1- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.
<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>
- 2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في 2006.
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf
- 3- نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1998.
<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread>
- 4- الجمعية العامة لتوحيد قانون التجارة الدولية
<http://www.unicitral.org>
- 5- النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)،
<http://www.unidroit.org>
- 6- دليل الأونيسترال ، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
[www.//www.uncitral](http://www.uncitral.org)
- 7- مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي (الجزء الأول) مقتطفات من الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي
<http://www.hcch.net>
- 8- مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص
<http://www.hcch.net>

ثانياً: باللغة الفرنسية

I- ouvrages :

- 1- **BUREAU Dominique, MUIR- WATT Horatia**, Droit international Privé, Tome 2 : Partie spéciale, 2^e édition, Puf, Paris, 2010.
- 2- _____ , _____ , Droit international privé, Tome 1, partie générale, 2^e éditions, Puf, 2010.
- 3- **CACHARD Olivier**, Droit du commerce international, L.G.D.J ,2008.
- 4- **CHATILLON Stéphane**, Le contrat international, 3^e édition, Vuibert, Paris, 2007.
- 5- **CHAUVEAUX (P)**, Un projet de loi internationale sur la vente, DALLOZ, Paris ,1939.
- 6- **COURBE Patrick**, Droit international privé, 2^e éditions, ARMOND COLIN, Paris, 2003.
- 7- **DAVID René**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.
- 8- **DERRUPPE Jean**, Droit international privé, Dalloz, Paris, 1990.
- 9- **FERRY Claude**, La validité des contrats en droit international privé, L.G.DJ, Paris, 1989.
- 10- **GOLDMAN (B)**, Arbitrage international de droit privé, A.W.SIJHOFF, LEDE, Pays- Bas, 1964.
- 11- **GOURION Pierre – Alain, PEYRARD George, SOUBEYRAND Nicolas**, Droit du commerce international, 4^e édition, L.G.D.J, Paris, 2008.
- 12- **GUTMANN Daniel**, Droit international privé, 3^e éditions, Dalloz, Paris, 2002.
- 13- **HENRY Laurence – Caroline**, L'essentiel du droit international privé, Gualino, Paris, 2005.
- 14- **HOMAYOON Arfazdeh**, Ordre public et arbitrage international à

l'épreuve de la mondialisation, Bruylant, Bruxelles, 2006.

- 15- HUGUES Kenfack**, Droit du commerce international, 3^e édition, DALLOZ, Paris, 2009.
- 16- JACQUET Jean- Michel**, Le contrat international, 2^e édition, DALLOZ, Paris, 1999.
- 17- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, SOMMIERES Pascal de Vareielles**, Droit international privé, 8^e éditions, DALLOZ, Paris, 2004.
- 18- M.H.C. GUTTERIDGE, K.C., L.L.D**, L'unification du droit de la vente, DALLOZ, Paris, 1939
- 19- MAYER Pierre**, Droit international privé, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 1994.
- 20- MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, Droit international privé, 7^e édition, Montchrestien, Paris, 2001.
- 21- MELIN François**, Droit international privé, 4^e édition, Gualino, Paris,
- 22- MONEGER Françoise**, Droit international privé, 5^e édition, Litec, Paris, 2009.
- 23- MOREAU Bertrand, BERNARD Thierry**, Droit interne et droit international de l'arbitrage, 2^e éditions, J. DELMAS ET C^{ie} Paris, 1985.
- 24- NADJJAR Nathalie**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J, Paris, 2004.
- 25- PAUL Guyot**, Dol et réticence, Dalloz, 1939.
- 26- POMMIER Jean- Christophe**, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, ECONOMICA, Paris, 1992.
- 27- RACINE Jean – Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice**, Droit du commerce international, DALLOZ, Paris, 2007.
- 28- RANOUIL Véronique**, L'autonomie de la volonté : Naissance et Évolution d'un concept, Presses Universitaires de France, Paris, 1980.

- 29- REDFERN Aland , HUNTER Martin**, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, SWEET & MAXWELL, London, 1991.
- 30- SCHIECHTRIEM Peter, WITZ Claude**, Convention de Vienne sur les contrats internationaux de marchandises, Dalloz, Paris, 2008.
- 31- TERKI Nour-Eddine** , L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U, 1999
- 32- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris ,1999
- 33- WAUTELET Patrick**, Le nouveau droit européen du contrat international, ANTHEMIS, Paris, 2009

II- Thèses et mémoires

1- Thèses :

- 1- ALQUADAH Meen** , Exécution de contrat de vente international de Marchandise, (Etude comparative du droit français et droit jordanien) , Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims champagne -Ardenne, France, 1992.
- 2- ARFAOUI Besma** , L'interprétation du contrat arbitrale de commerce International, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'Université de Limoges, discipline droit privé, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Limoges ,2008.
- 3- CALEB Marcel**, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse de doctorat en Droit, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Strasbourg, Paris, 1927.
- 4- CARLIER Peggy**, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, Discipline : droit international privé, Université de Lille 2 – Droit et santé Faculté des sciences juridiques, politiques et Sociales, 2008.

- 5- GORGE A Albert jean cavalier**, Essai sur le contrat de service en droit International privé, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur, Université Lyon III – Gean moulin, 2005.
- 6- KOBER Gabriela**, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, Thèse pour le diplôme d'étude Doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de paris, (paris II) , 1990.
- 7- LAPVANICHAR Ratchaneekorn** , Les contrats internationaux : Etude comparatives franco- thaïlandaise, Thèse pour obtenir doctorat le grade en droit, Discipline : Droit international Privé, université Lille 2, 2012.
- 8- LENCZOWSKI Georges**, Contribution à l'Etude des obligations contractuelles en droit international privé, Thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, Université de Lille, 1937.
- 9- PATAUT Etienne**, Impérativité ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois, tome 1 1ere partie), Thèse pour le doctorat d'état en droit, faculté de droit, université de Cergy – pontoise, 2006.
- 10- SFEIR Raoul**, Aspects contemporains du renvoi en droit international compare, Thèse pour le doctorat en droit privé, université Panthéon - Assas, paris II, 2007.
- 11- THENEVIN (M) Jean**, La loi applicable aux contrats dans le droit international prive anglais compare avec le droit Français, Thèse pour doctorat, Faculté de droit et des Sciences économiques, Université de Paris, 1961.

2 – Mémoires :

- 1- MARAZZATO Pierre**, L'affacturage international et la convention D'Ottawa, Mémoire soutenu en vue l'obtention du DESS, Banques et finances, Faculté de droit, Université RENE DESCARTES Paris 5, 1998.

III- Articles :

- 1- **ANCEL Bertrand**, « Qualification », Encyclopédie de droit international, Dalloz, 2003, Paris, pp 1-19.
- 2- **AUDIT Bernard**, « Vente », Encyclopédie de droit international, 2003, Dalloz, pp 1- 26.
- 3- **AYNES Laurent**, « L'influence de la mondialisation sur le droit des contrats », Osaka University Knowledge Archive, pp 35- 48.
<http://ir.library.osaku.ac.jp/dspace/bitstream/11094/6391/1/oulr046-035.pdf>
- 4- **BALLARINO Tito**, « Codification du droit international italien », in Travaux du comité français de droit international privé, Années (1990-1991), PEDONE, Paris, 1992. pp 95- 107.
- 5- **BOUCOBZA Xavier**, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international », Revue de l'arbitrage, n°2 année 2005. Pp 465- 485.
- 6- **CHAUVEAU (P)**, « Un projet de loi international sur la vente », in étude de droit civil a la mémoire de CAPITANT Henri, DALLOZ, Paris .1939.p p135- 143.
- 7- **COING Helmut**, « La détermination de la loi contractuelle en droit international privé allemand », in colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelle,(30-31-octobre 1980), Helbing et Lichtenhahn. Francfort, 1983. Pp 29- 53.
- 8- **DE LA PARADELLE Géraud**, « La fraude à la loi », in Travaux du comité français de droit international privé, trente – Deuxième a trente quatrième années, 1971-1973, pp1-145.
- 9- **DESCHANEL Jean – Pierre, LEMOINE Laurent**, « Affacturage (factoring) », Banque et crédit, J- cl, Fasc., 580 ,1999.pp 18.
- 10- **DROUILLAT (R), LEBOULANGER, (M)** , « Le problème de l'ordre public », J-CL . Droit international, FASC 534-A .1960, pp 1-26.
- 11- **ELGHARBI Mustapha**, « Justice contractuelle et la liberté de la volonté : un rapport problématique », Revue de la recherche juridique, droit prospectif 30^{ème} année, 107^{ème} numéro,

2005. Pp 163- 181.

- 12- FANTINE Marcel**, « Présentation générale des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international_», in Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international et l'arbitrage, Actes du colloque du CEPANI du 24 mai 2011, Bruylant, 2011, pp 19-35.
- 13- GHESTIN Jaque**, « La notion de contrat », Revue française de théorie Juridique, n°6, P.U. F, 1990, pp 6- 24.
- 14- GÖĞER Erdoğan** , « Aperçu générale du droit international privé turc », Faculté de droit de L'université d'Ankara, pp 167-173.
<http://dergiler.ankara.edu.tr>
- 15- GUILLOTTE Yvan**, « Contrats internationaux et application des lois de police étrangers : justice et / ou sécurité ? », 2010, pp1-4,
www.soulier-avocats.com.
- 16- GUTTERIDEGE H.C, K.C., L.L.D**, « l'unification du droit de la Vente», in Etude de droit civil a la mémoire de CAPITAN Henri, DALLOZ, Paris. 1939 pp 273- 286.
- 17- HORSMANS Guy**, « la loi Belge du 19 mai 1988sur l'arbitrage », Revue de l'arbitrage, N°3.1999, pp775-539.
- 18- JACQUET Jean - Michel**, « L'incorporation de la loi dans le contrat_», in travaux du comité français de droit international privé, Années (1993-1994) (1994- 1995). PEDONE, Paris, 1996. pp 23- 37.
- 19- JACQUET Jean – Michel**, « Prêt », Encyclopédie de droit International, DALLOZ, Paris, 2003, pp 1 – 5.
- 20- JACQUET Jean – Michel, Martin H. Gödel**, « Les contrats du commerce international », 1-26 .[http : www.stoessel.ch/hei](http://www.stoessel.ch/hei).
- 21- JACQUET Jean - Michel**, « L'incorporation de la loi dans le contrat», in travaux du comité français de droit international privé, Année, (1993- 1994), 1994- 1995), PEDONE, Paris, 1996. pp 32-37.
- 22- LAGARDE Paul**, « Ordre public », Encyclopédie de droit International, DALLOZ, 2003, pp1-10.

- 23- LAGARDE Paul**, « introduction à l'étude de la convention de Rome I et la proposition de règlement Rome II », Defrénois, 15avril 2005 n 1.
- 24- LEBOULANGER Philippe**, « La notion d'intérêts du commerce international », Revue de l'arbitrage, N°2, 2005. Pp443-506.
- 25- LEMAIRE Sophie**, « Le Choix de la loi du contrat en droit interne», Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 26^{ème} Année - 89^{ème} numéro, 2001.pp 1431-1449.
- 26- LENA Gannagé**, « Le contrat sans loi en droit international privé»₂, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (Décembre 2007), pp 1 – 32. <http://www.ejcl.org>.
- 27- LEQUETTE Yves**, « Renvoi », Encyclopédie de droit international, DALLOZ, 2003, pp 1-12.
- 28- LEVEL Patrice**, « Le contrat dit sans loi » , in Travaux du comité français de droit international privé, vingt - cinquième à vingt - septième années (1964-1966), DALLOZ, 1967. pp 209- 243.
- 29- LOQUIN Eric**, « Les règles matérielles du commerce international », Revue de l'arbitrage, N 2, 2005. pp 443-464.
- 30- LOQUIN Eric**, « Les rapports avec la lex marcatoria_», Petites affiches, 18 décembre 2003, N° 252, P. 63.
- 31- María Mercedes Albornoz**, « Une relecture de la Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I_», Revue Trimestrielle, Juris Classeur - J.D.I, 2012, <https://socioedip.com>, pp6-42.
- 32- MAYER Pierre**, « Actualité du contrat international » ,Petite affiches, 05 mai 2000.
- 33- _____**, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », Revue française de théorie juridique ,1985. P P 5-141.
- 34- NIKA Witteborg** , « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du

commerce international comme source de connaissance du droit », pp 1 -15, <http://www.ipr-heidelberg>

- 35- OPPETIT Bruno**, « Autour du contrat international », Revue française de théorie juridique, P.U. F ,1990.pp 107- 115.
- 36- POMMIER Jean- Christophe**, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », Journal du droit international privé, N 1, 119^{ème} année, .1992.pp 7- 43.
- 37- PUTMAN Emmanuel**, « L'éthique de la lex mercatoria», Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 33^{ème} année, 124^{ème} numéro, 2008. p p1854- 1863.
- 38- RACINE Jean – Baptiste**, « Le projet de convention CNUDCI sus le transport de -marchandises par mer : entre modernité et complexité », Revue des contrats, 01 octobre 2007 n°4, p 1261.
- 39- RACINE Jean – Baptiste**, « Le Caractère d'ordre public de la convention de Genève du 19 mai 1956 relatif au contrat de transport international de marchandises par route dite (CMR) », revue des contrats, n° 2, 01 avril 2010, 715.
- 40- SABINE Robert**, « les lois de police », pp1-15. www.facdroid-lyon.Com
- 41- SABOURIN Frédérique**, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », Revue québécoise de droit international, 2006, PP 35-64, <http://www.sqdi.org/wp-content/uploads>.
- 42- SIRI Aurélien**, « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 33^{ème} année, 123^{ème} numéro, 2008. p p 1339- 1375.
- 43- TEZCAN Durmuş**, « A propos de la nouvelle loi relative au droit international privé et à la procédure civile internationale en Turquie », Vol . XVIII, pp 109- 126. <http://www.jafbase.fr/docAsie/TuquieLoiConflit.pdf>

- 44- VIANGALLI François**, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif ,25^{ème} année -84^e numéro .2000. pp 1441 -1177.

IV- Jurisprudences :

- 1- C.cass, ch.civ, 5 décembre 1910, Americaine Trading C^o c / Québec Steamship C^o, ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 5 édition, DALLOZ, Paris 2006.
- 2- C.cass,ch.civ ,1^{er} section , 22 juin 1955, Caraslanis c/ Dame Caraslanis , ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé , 5 édition , DALLOZ ,Paris , 2006.
- 3- - C.cass,ch.civ ,1^{er} section , 6juillet 1959 , société des fourrures Renel c/Allouche, ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé , 5 édition , DALLOZ ,Paris 2006.
- 4- C.cass,ch.civ ,1^{er} section , 2 mai 1996 , trésor public c / Galakis , in ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves , Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé , 4 édition , DALLOZ ,Paris , 2001.

V- Actes des colloques :

- 1- Procès- verbaux des débats concernant le colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelle, (30-31-octobre 1980), helbing et lichtenhahn, Francfort, 1983, pp 126– 129.

VI- Documents :

- 1- Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31>

- 2- Convention de la Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers.
<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=32>

- 3- Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.
<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=89>

- 4- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles remplacé par la convention de Rome I du 17 juin 2008.
http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

- 5- Convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise.
<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=61>

- 6- Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988) Mis à jour : vendredi 15 novembre 2013.
<http://www.unidroit.org/french/conventions/1988factoring/explanatorynote-f.pdf>

- 7- Convention D'UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, le 28 mai 1988).
<http://www.unidroit.org/fr/leasing-ol-2/leasing-french-2>

- 8- Code civil français, [https://fr.wikipedia.org/wiki/Article 3 du code civil français](https://fr.wikipedia.org/wiki/Article_3_du_code_civil_fran%C3%A7ais).

- 9- Code civil français, [https://fr.wikipedia.org/wiki/Article 3 du code civil français](https://fr.wikipedia.org/wiki/Article_3_du_code_civil_fran%C3%A7ais)

- 10- Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-copilation/198712/index.html>

- 11- La loi française de l'arbitrage, <http://www.legifrance.gouv.fr>

- 12- Institut de droit international, session de Bâle 1991.
[http://rbdi.bruylant.be/public/model/rbdi/content/files/RBDI 1991](http://rbdi.bruylant.be/public/model/rbdi/content/files/RBDI_1991).

الفهرس

5.....	مقدمة
11.....	الباب الأول: التحديد التنازعي للقانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية
13	الفصل الأول: إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الارادة
15.....	المبحث الأول: تطور قاعدة إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة
15.....	المطلب الأول : إستبعاد دور الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق
16	الفرع الأول: الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة تنازع القوانين لدى الفقه الكلاسيكي
20.....	الفرع الثاني: الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة تنازع القوانين لدى الفقه الحديث نسبيا
22.....	المطلب الثاني :إبراز دور الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق
22.....	الفرع الأول: استقرار مبدأ اختيار قانون العقد الدولي لدى الفقه الحديث
23.....	أولاً: العوامل التي ساهمت في بروز دور الإرادة في مجال العقود على نحو عام
26.....	ثانيا : تبني فقه القانون الدولي الخاص الحديث لمبدأ إختيار قانون العقد الدولي
29.....	الفرع الثاني : تبني القوانين الوضعية لمبدأ إختيار قانون العقد الدولي
29.....	أولاً: تبني التشريعات الوطنية لمبدأ سلطان الإرادة في إختيار قانون العقد الدولي
33.....	ثانيا: تبني الإتفاقيات الدولية لمبدأ إختيار قانون العقد الدولي
36.....	المطلب الثالث: قاعد الإسناد كأداة لتحديد القانون واجب التطبيق
37.....	الفرع الأول: المقصود بقاعدة الإسناد وخصائصها

- 37.....أولاً: المقصود بقاعدة الإسناد.....
- 38.....ثانياً: خصائص قاعدة الإسناد.....
- 38.....1- قاعدة إسناد قاعدة إرشادية.....
- 39.....2- قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب.....
- 42.....3- قاعدة اسناد فارغة المضمون.....
- 43الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد.....
- 43.....أولاً: الفكرة المسندة.....
- 44.....ثانياً: ضابط الإسناد.....
- 46.....ثالثاً: القانون واجب التطبيق.....
- 49.....المبحث الثاني: كيفية تحديد القانون واجب التطبيق.....
- 50.....المطلب الأول: تولى إرادة الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق.....
- 50.....الفرع الأول: الإختيار الصريح لقانون العقد الدولي.....
- 56الفرع الثاني: الإختيار الضمني لقانون العقد الدولي.....
- 63.....1: المؤشرات الخاصة.....
- 64.....2: المؤشرات العامة.....
- 65.....المطلب الثاني: تولى المشرع تحديد القانون واجب التطبيق.....
- الفرع الأول: الإسناد الجامد للقانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود
- 65.....الاختيار.....
- 67.....1 - قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة.....
- 67.....2- قانون محل إبرام القعد.....
- 70.....الفرع الثاني: الإسناد المرن للقانون واجب التطبيق.....
- 75.....المطلب الثالث: سلطة القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق.....
- 75.....الفرع الأول: نظرية التركيز الموضوعي.....
- 77.....الفرع الثاني: كيفية إعمال نظرية التركيز الموضوعي.....
- المبحث الثالث: نطاق حرية الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق
- 78.....

- 79.....المطلب الأول : الإختيار المادي للقانون واجب
- 80.....الفرع الأول : إندماج قانون المختار في العقد
- 82.....الفرع الثاني: النتائج المترتبة من إندماج القانون المختار في العقد
- 89.....المطلب الثاني : الإختيار التنازعي للقانون واجب التطبيق
- 90.....الفرع الأول: خضوع العقد الدولي لحكم القانون
- الفرع الثاني: النتائج المترتبة من خضوع العقد لأحكام القانون واجب التطبيق
- 94.....
- المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.....
- 97.....
- 99.....الفصل الثاني: إعمال قاعدة الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق
- المبحث الأول: مراحل إسناد عقود التجارة الدولية للقانون واجب التطبيق
- 101.....
- 101.....المطلب الأول: تكييف طبيعة النزاع
- 102.....الفرع الأول: إجراء عملية تكييف طبيعة النزاع
- 104.....أولا : إخضاع التكييف لقانون القاضي
- 105.....ثانيا : إخضاع التكييف لقانون غير قانون القاضي
- 108.....الفرع الثاني: دور التكييف في مجال عقود التجارة الدولية
- 108.....أولا: أن يكون العقد من العقود الدولية
- 108.....1- المعيار القانوني
- 110.....2- المعيار الإقتصادي
- ثانيا : دور التكييف في تحديد نطاق تطبيق الإتفاقيات الدولية....
- 112.....
- 113.....المطلب الثاني: عملية إسناد العقد للقانون المختص
- 114.....الفرع الأول: تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختص
- 118.....الفرع الثاني: مركز قانون العقد الدولي أمام القاضي الوطني
- 118.....أولا : إعتبار قانون العقد الدولي كواقعة

- 120.....ثانيا : إعتبار القانون العقد الدولي كقانون
- 121.....المبحث الثاني: مجال تطبيق قانون العقد الدولي
- 122.....المطلب الأول: مجال تطبيق قانون العقد من حيث الموضوع
- 122.....الفرع الأول: مجال تطبيق قانون العقد عند إنشاء العقد
- 122.....أولا: التراضي
- 127.....ثانيا: المحل والسبب
- ثالثا: الجزاء المترتب من تخلف أركان العقد وشروط
- 128.....صحته
- 129.....الفرع الثاني: أثار العقد
- 130.....أولا: أثار العقد بالنسبة للأشخاص
- 130.....ثانيا : أثار العقد بالنسبة للموضوع
- 132.....الفرع الثالث : إنقضاء العقد
- 133.....المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون العقد من حيث الشكل
- الفرع الأول : الطابع الإختياري لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون
- 133مكان إبرامه
- 137.....الفرع الثاني: المقصود بشكل التصرفات القانونية
- 140.....المطلب الثالث: نطاق تطبيق قانون العقد من حيث أنواع العقود
- الفرع الأول : إستثناء العقود الواردة على العقار من قانون الإرادة
- الفرع الثاني : إستثناء العقود التي يبرمها الطرف الضعيف من قانون
- 143.....الإرادة
- 143.....أولا: العقود التي يبرمها العامل
- 148.....ثانيا: العقود التي يبرمها المستهلك
- 152.....المبحث الثالث : حالات إستبعاد تطبيق قانون العقد الدولي
- المطلب الأول : إستبعاد قانون العقد في حالة مخالفته للنظام العام
- 152.....الوطني
- 153.....الفرع الأول: مفهوم فكرة النظام العام

الفرع الثاني: دور النظام العام في كل من العلاقات الخاصة الوطنية والعلاقات الخاصة الدولية.....	156
أولا : دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية.....	158
ثانيا : دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية...158	158
الفرع الثالث : إعمال فكرة الدفع بالنظام العام	162
أولا : شروط إستبعاد القانون المختص	162
ثانيا : أثر الدفع بالنظام العام	164
1 - الأثر السلبي للدفع بالنظام العام	164
2- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام	166
المطلب الثاني : إستبعاد قانون الإرادة إذا ما ثبت له الإختصاص عن طريق الغش.....	167
الفرع الأول: المقصود بالغش نحو القانون.....	168
الفرع الثاني: إمكانية وجود الغش نحو القانون في مجال عقود التجارة الدولية.....	170
المطلب الثالث : ضرورة التقييد من الحالات المؤدية إلى إستبعاد قانون الإرادة.....	172
1- محل إنشاء الرابطة العقدية.....	174
2- أطراف العقد الدولي.....	174
3- آثار العقد	175
177 <u>خلاصة الباب الأول:</u>	177
<u>الباب الثاني: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.....</u>	178
<u>الفصل الأول: خضوع عقود التجارة الدولية لقواعد التجارة الدولية.....</u>	180
<u>المبحث الأول: ماهية قواعد التجارة الدولية.....</u>	182

- 183.....المطلب الأول: مفهوم قواعد التجارة الدولية.
- 183.....الفرع الأول: تعريف قواعد التجارة الدولية.
- 185.....الفرع ثاني : خصائص قواعد التجارة الدولية
- 185أولاً: قواعد التجارة الدولية هي قواعد قانونية.
- 188.....ثانياً: قواعد التجارة الدولية لها طابع نوعي أو طائفي.
- 189.....ثالثاً: الصفة المادية أو المباشرة لقواعد التجارة الدولية.
- المطلب الثاني: المقارنة بين قواعد التجارة الدولية وسائر قواعد قانون الدولي الخاص.....190
- 190.....الفرع الأول: المقارنة بين قواعد التجارة الدولية وقواعد الإسناد.
- الفرع الثاني: المقارنة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.....193
- الفرع الثالث: المقارنة بين قواعد التجارة الدولية مع سائر مواضع القانون الدولي الخاص.....196
- المطلب الثالث: العوامل التي ساهمت في ظهور قواعد التجارة الدولية.....197
- 198.....الفرع الأول: العوامل التاريخية.
- 200.....الفرع الثاني : العوامل الإقتصادية.
- 204.....الفرع الثالث: العوامل القانونية.
- 205.....1- شدة تعقيد المنهج القائم على قاعدة الإسناد.
- 205.....2- عدم إمكانية توقع الحلول وإنعدام الأمن القانوني.
- 206.....3- تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع.
- 207.....المبحث الثاني: مصادر قواعد التجارة الدولية.
- 207.....المطلب الأول: قواعد التجارة الدولية ذات الأصل الداخلي.
- 208.....الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي.
- 210.....الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل القضائي.
- 214.....المطلب الثاني: المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية.

الفرع الأول : دور الإتفاقيات الدولية في إرساء قواعد التجارة الدولية	
215.....	
أولا - توحيد القواعد المنظمة للبيع الدولية	216.....
ثانيا- توحيد أحكام النقل الدولي	218.....
ثالثا- توحيد بعض أحكام عقود الأعمال	220.....
الفرع الثاني: الأعراف والعادات التجارية	222.....
الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة	226.....
أولا : المبادئ العامة للقانون	226.....
ثانيا :قواعد العدالة والإنصاف	231.....
المطلب الثالث: عملية توحيد قواعد التجارة الدولية	234.....
الفرع الأول: الهيئات والمنظمات المتخصصة في توحيد قواعد التجارة الدولية	
الدولية	234.....
1- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص	234.....
2- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية	236.....
3-مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية	237.....
4- اللجنة البحرية الدولية	238.....
5 غرفة التجارة الدولية	238.....
6- الإتحاد الأوروبي للفرنشيز	239.....
الفرع الثاني: طرق توحيد قواعد التجارة الدولية	240.....
أولا : إبرام الإتفاقيات الدولية	240.....
ثانيا: اعداد قوانين نموذجية	242.....
ثالثا: اعداد عقود نموذجية والشروط العامة	243.....
<u>المبحث الثالث: التحكيم التجاري الدولي وعلاقته بقواعد التجارة الدولية</u>	245.....
المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي ودواعي اللجوء إليه	245.....
الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي	245.....
أولا : المقصود بالتحكيم التجاري الدولي	245.....

- 246.....ثانيا: أنواع التحكيم.
- 246.....1- التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري.
- 248.....2- التحكيم الحر (الخاص) والتحكيم النظامي (المؤسسي).
- 250.....الفرع الثاني: دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.
- المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي.....255.
- الفرع الأول : تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات.....255.
- أولا : تولي إرادة الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق 255.....
- 1- تولي الأطراف بأنفسهم تنظيم قواعد الإجراءات256.
- 2- قانون الإرادة هو قانون وطني.....257.
- 3 - قانون الإرادة هو لائحة مركز التحكيم.....259.
- ثانيا :القانون واجب التطبيق على الإجراءات في حالة عدم وجود الاختيار.....261.
- الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.....264.
- أولا : تولي الأطراف إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.....264.
- 1- إختيار قانون وطني265.
- 2- إختيار قواعد التجارة الدولية266.
- ثانيا : تولي هيئة التحكيم تحديد القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود الإختيار269.
- 1- إختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة269.
- أ - التحديد المباشر.....269.
- ب- تطبيق المحكم لقانون وطني من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين.....271.
- 2- إختيار هيئة التحكيم لقواعد التجارة الدولية272.

- المطلب الثالث: فرضية العقد الدولي الطليق أمام التحكيم التجاري الدولي.....273
- الفرع الأول: أساس تحرير العقود الدولية من هيمنة القوانين لدى قضاء التحكيم274
- الفرع الثاني: طبيعة أساس تحرير عقود التجارة الدولية من حكم القانون.....277
- الفصل الثاني: منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.....283**
- المبحث الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري.....285**
- المطلب الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....285
- الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري.....285
- أولا : أهم التسميات التي أطلقت على القواعد ذات الطبيعة الآمرة.....289
- 1- قواعد البوليس والأمن.....289
- 2- القواعد الفورية التطبيق.....290
- 3- القواعد الدولية الآمرة.....291
- 4- قواعد النظام العام.....291
- ثانيا: الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر.....293
- الفرع الثاني: الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية.....294
- المطلب الثاني: علاقة منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بمنهج قاعدة الإسناد.....297
- الفرع الأول : منهج تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد التنازع المزدوجة الجانب298
- الفرع الثاني : منهج تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد التنازع الأحادية الجانب299

- 299.....أولاً: المقصود بأسلوب التنازع الأحادي الجانب.
- ثانياً : مدى إنتماء القواعد ذات التطبيق الضروري إلى أسلوب
- 302.....تنازع الأحادي الجانب؟
- 304.....المبحث الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.
- 305.....المطلب الأول: المعيار الشكلي.
- 307.....المطلب الثاني: المعايير الفنية.
- 308.....الفرع الأول: معيار الإقليمية.
- 309.....الفرع الثاني: معيار النظام العام.
- 312.....المطلب الثالث: المعايير الغائية والمعيار العقلاني.
- 312.....الفرع الأول: المعايير الغائية.
- 313.....أولاً: معيار مصلحة الدولة.
- 315.....ثانياً: معيار تنظيم الدولة.
- 316.....الفرع الثاني: المعيار العقلاني.
- 318.....المبحث الثالث: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري.
- المطلب الأول: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في حالة عرض النزاع
- 318.....على قضاء الدولة.
- الفرع الأول : إلتزام القاضي بإعمال كافة القواعد ذات التطبيق الضروري
- 319.....في قانونه .
- الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي
- 323.....إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.
- الفرع الثالث: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا
- 331.....تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.
- 335.....الفرع الرابع: تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري.
- المطلب الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في حالة عرض النزاع
- 337.....على قضاء التحكيم.

الفرع الأول: إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى	
قانون العقد.....	338
الفرع الثاني: مدى وجوب إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري	
التي لا تنتمي إلى قانون العقد؟.....	341
1- الإتجاه الرافض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي	
لا تنتمي إلى قانون العقد.....	342
2- الإتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا	
تنتمي إلى قانون العقد.....	343
345.....	
347.....	
435.....	
379.....	

ملخص الأطروحة باللغة العربية

طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

تظهر طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في كل من المنهج التنازعي الذي يقوم على قاعدة إسناد و المنهج المباشر الذي يقدم الحل للنزاع بطريقة مباشرة وذلك بتطبيق قواعد قانونية تهتم بتنظيم العلاقات التجارية ذات البعد الدولي والتي تعرف بقواعد التجارة الدولية . يعتبر المنهج التنازعي من أقدم مناهج التي عرفت نظرية التنازع والتي عرفت تطورات تعكس الفكر الفلسفي والاقتصادي والقانوني الذي يتخلل كل مرحلة من هذا التطور إلى أن إستقر في الأخير مبدأ سلطان الإرادة على ضوءه يتم تحديد قانون العقد الدولي . مع تطورات الحاصلة في التجارة الدولية خاصة بعد التطور العلمي والتكنولوجي وتطور وسائل النقل وظهور مجتمع خاص يمارس هذه التجارة، ظهرت الحاجة إلى تطبيق قواعد قانونية ذات مضمون عالمي تستوعب تعقيدات هذه العقود التي تجاوزت المفاهيم الكلاسيكية التي جاءت بها القوانين الداخلية التي صدرت لتنظيم العقود الداخلية .

Résumé de la Thèse en langue française

Les modes de détermination de la loi applicable aux contrats de commerce international

Les modes de choix de la loi applicable sur les contrats de commerce international se dégagent à la fois de l'application de la méthode dite conflictuelle qui se base sur la règle du rattachement, et de la méthode dite directe qui propose une solution directe au litige et ce, en application des règles régissant les relations à caractère international.

La méthode dite conflictuelle est la plus ancienne ; elle a connu plusieurs étapes dans son évolution qui ont caractérisées la pensée philosophique, économique et juridique, jusqu'à l'émergence du principe de l'autonomie de la volonté sur lequel se base le choix de la loi applicable sur le contrat international.

L'évolution connue dans le commerce international notamment au plan scientifique et technologique, l'évolution des moyens de transport et l'apparition d'une société qui pratique ce commerce, a fait apparaitre le besoin de règles à vocation mondiale prenant en compte la complexité de ce type de contrats qui dépassent largement les concepts classiques liés aux contrats internes.