

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون - نظام ل. م. د



حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذة:

إقلولي/ أولد رابح صافية

من إعداد الطالبين:

- عبد مزيام حند

- كادم أنيس

لجنة المناقشة:

- د/قونان كهينة ، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، رئيسا

- د/ اقلولي/ أولد رابح صافية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....مشرفا ومقررا

- د/أوباية مليكة ، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

الآية 1 من سورة المائدة

صدق الله العظيم .

كلمة شكر

أتقدم بجزيل الشكر والائتمان لأستاذتي المشرفة، الأستاذة إقلولي/ أولاد رابح صافية التي قدمت نصائح وتوجيهات قيمة أثناء إنجاز هذه المذكرة، وقام بمراجعتها وتصويبها، فجزاها الله على خيرها.

وأيضاً نتقدم بالشكر الخالص والاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة.

كادم أنيس و عبد مزيام حند

إهداء

أهدي جهدي القيم إلى

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما والإخوة والأقارب، الأصدقاء. ، و إلى

الأستاذة

إفلولي و إلي اللجنة المناقشة

كادم أنيس و عبد مزيام حند

قائمة أهم المختصرات

ص: صفحة.

ط: طبعة

ع: عدد.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من ص إلى ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

أدى التطور العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية واتساع رقعة تبادل الاقتصادي إلى تغير نظرة العالم لموضوع التجارة الدولية، حيث أصبحت تحتل الصدارة في العلاقات الدولية وهذا لأهميتها البالغة والمساهمة الكبيرة سواء في التبادلات التجارية والاقتصادية بين الدول وتعلقها بالمستوى المعيشي لمختلف هذه الدول .

ولقد اجتهد الفقهاء في توضيح الفكرة المتعلقة بحرية الأطراف في اختيار القانون الأنسب لتطبيق في التجارة الدولية وهذا عبر الزمن و مختلف المدارس الفقهية من الكلاسيكية إلى الحديثة، فيعد مبدأ سلطان الإرادة من النظم الثابتة في معظم النظم القانونية و يقصد به أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، أي لانعقاد العقد فالأطراف المتعاقدة لها حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد و هذا إعمالاً للمبدأ سلطان الإرادة ، فالعقد الدولي مرتبط بأكثر من نظام قانوني حيث سمح للأفراد اختيار القانون المناسب لحكم العقد سواء المحاكم الوطنية أو اللجوء إلى التحكيم الدولي، إلا أن حرية الأطراف قد تكون مقيدة و نسبية في بعض الحالات منها النظام العام و الغش نحو القانون ، ففي هذا الإطار لعب المشرع الجزائري دور هام في توجيه و تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة و الحفاظ على الأمن العام الوطني و مكافحة كل ما يمس بالنظام العام و اقتصاد الدولة .

الأمر الذي جعلنا نبحث في هذا الموضوع من خلال التساؤل إلي أي مدى يتمتع الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية ؟

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الاستنباطي القائم على استقراء النصوص القانونية التي جاءت بها أهم التشريعات الحديثة المعالجة لموضوع القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، وعلى ضوء دراستنا للموضوع سنتطرق إلى التقسيم الثنائي حيث نتطرق إلى دراسة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية

(الفصل الأول) ثم نبحت عن تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (الفصل الثاني) .

تبنت قواعد الإسناد مبدأ اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وجعلت منه كضابط إسناد أصلي على أساسه يتم إسناد العقد الدولي لقانون 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) و (المبحث الثاني) نتطرق إلى أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية حيث نرى أن تدخل المشرع ما هو إلا تماشياً مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، ولا يعني ذلك تدهور الإرادة التعاقدية، بل موضوعية هذه الإرادة والتي لا تقتصر بالضرورة وجودها في إبرام العقد، بل تمتد إلا ما بعد الانعقاد وصولاً إلى انتهاء العقد وكل ذلك يستعمل على تحقيق العدالة القانونية وتحقيق التوازن بين الإطلاق للمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين وبين التوجه نحو التقيدات التي يفرضها المشرع مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة وإنما يجب القول بالموضوعية الإرادة وفقاً للمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور في الإشراف على التعاقد وذلك للموازنة بين الأفراد.

المبحث الأول

إخضاع التجارة الدولية لقانون الإرادة

الأصل ينص على أن إرادة الأطراف المتعاقدة هي المسؤولة بالدرجة الأولى في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وهذا إعمالاً بالمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن للإرادة الأطراف دور هام وكبير في تحديد القانون الواجب التطبيق واحتراماً للحرية المتبادلة للأطراف من خلال إبراز مراحل تطور قاعدة إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الواردة والتطلع على الآراء المهمة (المطلب الأول)، وإبراز أهمية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطور قاعدة إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

تعتبر مسألة إخضاع عقود التجارة الدولية مسألة جديدة أولية العصر الحديث وإنما ترجع هذه الفكرة إلى العصور القديمة حيث أن قديماً الإرادة ليست لها دور بل كان العقد يخضع للقانون معين (الفرع الأول) وبعد التطورات التي ساهمت في تحديث فكرة المراد دراستها أصبحت العقود تخضع للقانون الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إقصاء دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق

حاول فقهاء القانون الدولي الخاص اقتراح حلول فقهية معينة للهدف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية مع دراسة العلاقات التجارية بين أشخاص ينتمون إلى مناطق مختلفة حيث أن العقد في نظرهم يخضع للقانون معين وليس للإرادة أي

دخل في اختياره بمعنى أن القانون محدد مسبقاً وأن إرادة الأطراف هي التي اتجهت إلى اختياره (أولاً) وكذلك نفس الشيء مع الفقه الحديث نسبياً الذي أزاح دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون المختص (ثانياً).¹

أولاً- الإرادة كضابط إسناد مسبق لحل مشكلة تنازع القوانين لدى الفقه الكلاسيكي:

يتمثل الفقه الكلاسيكي في نظرية الأحوال التي وضعها رجال فقه أوروبا لفض التنازع القائم بين قوانين الدولة الواحدة لتتولى فض هذه المشكلة بين قوانين مختلف الدول²، وهذه المدارس الفقهية القديمة هي المدارس الأولى حملت وحاولت تبرير الأحكام القضائية التي طبق فيها القضاة قوانين أجنبية في حالات وقوانينهم في حالة أخرى وتتمثل هذه الآراء في:

1- مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة:

ظهرت في القرن الثاني عشر والثالث عشر في إيطاليا وعلى رأسها BARTOLE، وهي قائمة على أساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة، من حيث كونها قوانين إقليمية تطبق على من يقطنون الإقليم، أم شخصية تتبع الشخص أينما ذهب، وبالتالي نجدها اتخذت بالمبدأ الإقليمية والشخصية معاً، وكما جاءت بالفكرة أخرى بخصوص الفكرة المسندة حيث قسمت القواعد إلى موضوعية تخضع لقانون المحل وإجرائية تخضع لقانون القاضي وكذلك التمييز بين الأحوال العينية التي تطبق عليها قانون مكان إبرام العقد والأحوال المالية الخاضعة لقانون المحل وكذلك الأحوال الشخصية الخاضعة لقانون الجنسية وكذلك فكرة النظام العام كعامل يحول دون تطبيق القانون الأجنبي.³

¹- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولد معمري، تيزي وزو، 2017، ص 15.

²- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 24.

³- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 16.

2 - مدرسة الأحوال الفرنسية:

نهجت نظرية الأحوال الفرنسية الطريق التي سار عليها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة ولم تكسب طابعها إلا بعد القرن 16 عشر حيث تزعمها المفيهان D'ARGENTRE و DUMOULIN ومن بين الأشياء المعروضة عليه هو أنه كان من اشد المتحمسين لنظرية الأحوال الإيطالية وآرائها، ونرى أن أعماله تمثل ربط بين المدرسة الإيطالية والفرنسية خاصة من حيث تطلعه الأفكار الإيطالية والإستعانة بها كما أنه لعب دور العصرنة والتجديد بوضعه أسس التكيف وتقديمه استشارة في قضية الزوجين (DEGANA) وإضافة إلى ما سبق نجد أن الفقيه ومن أهم ما توصل إليه وهو قوله بأن قاعدة خضوع العقد لقانون المحل مبناها رضا المتعاقدين الضمني على اختيار قانون آخر غير قانون المحل لحكم العقد، وكذلك نجد "D'ARGENTRE" أي نظريته التي تقوم على أساس إقليمي لغرض المحافظة على سيادتها والدفاع عن العرف القائم.

وقد تأثر دارجنتره إلى حد ما بفقهاء المدرسة الإيطالية من حيث تقسيم القوانين أي قوانين إقليمية تطبق على السكان وشخصية تلحق الشخص أينما يذهب وبالنسبة لهذا الفقه جعل الأصل هو عينة القوانين والاستثناء هو شخصيتها، وبذلك نرى أن DUMOULIN هو الأسبق في استخلاص النتيجة المنطقية المترتبة عن هذا التأسيس بقوله إذا كان مراد تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية، لذا فمن باب أولي أن نسمح لهم بالاختيار قانون محل الإبرام ليحكم قانون المجرم بينهما.¹

¹ - عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة الماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 15.

3- مدرسة الأحوال الهولندية:

حسب هذا الاتجاه الفقهي التي يتسم بالتشابه كبير مع موقف المدرسة الفرنسية الفقهية إثر ما فيه من تشابه في الظروف السياسية والاقتصادية من حيث تبنى النزعة الاستقلالية كمثال، بالرغم انفصالها لها من حكم الأسبان، حيث عدائها للسلعة المركزية مطلق رغم ازدهارها فيما هو ذات طابع تجاري حيث توجهت إلى الأخذ بالمبدأ الإقليمية وهذا حفاظ على سيادتها وحسب هذا الاتجاه أصبح لكل قانون سلطان عام داخلي دون أن يمتد إلى الخارج الإقليم، وكذلك اعتبار جميع الأشخاص الذين يوجدون داخل إقليم حكومة معينة يعتبرون من رعاياها ولو كانوا عابري السبيل¹، وكذلك حسب هذا الاتجاه أصبح لكل قانون سلطان عام داخلي دون أن يمتد إلى خارج الإقليم وهذا ما ينبغي إمكانية تطبيق القانون الأجنبي ليحكم الرابطة العقدية، فأصبح القانون الوطني له اختصاص شامل يحكم كل التصرفات التي تجري داخل الإقليم دون الأخذ بالجنسية الشخص.

ثانيا - الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة تنازع القوانين لدى الفقه الحديث نسبيا:

إثر القرن 19 وبداية القرن العشرين ظهرت اتجاهات فقهية عبر شخصية مقارنة (بالاتجاه) بالاتجاهات الفقهية التي كانت متعصبة بالمبدأ الإقليمية حيث تقوم على مبدأ أفكار تنادي بالتوسع في تطبيق القوانين الأجنبية داخل الإقليم الوطني والتي لها دور كبير على بروز سلطان الواردة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ومن أبرز الاتجاهات الفقهية التي ظهرت في هذه الفترة نجد نظرية الفقهية الألماني سافيني (Savigny) التي تصلح كافة سائل تنازع القوانين كونه لم يتقيد بأي نظرية من النظريات السابقة التي لها مبدأ الانطلاق من فكرة للوصول إلى حلول خاصة بالتنازع القوانين حيث أنه لم يطبق مبدأ تقسيم الأموال الإقليمية وممتدة وإنما انطلق من فكرة تحليل

¹ - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 20.

العلاقة موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً لتركيزها في مكان معين وهذه العلاقة إذ عرف مركزها يتبين لنا القانون السائد والملائم أكثر للحل للنزاع، ونلاحظ أيضاً أن الفقيه اقتدى إلى صياغة بعض قواعد الإسناد المستخلفة من المنهج التحليلي الذي اعتمد عليه في حل مشكلة النزاع، حيث أخضع حالة الشخص وأهليته لقانون الموطن وأخضع نظام الأموال لقانون موقعها، كما أخضع الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه، كما أخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة وهذا بالافتراض أن إرادة الأطراف اتجهت إلى تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد دون أن يكون لهذه الإرادة قدرة اختيار قانون آخر غير هذا القانون: مثال ذلك: الإسناد الأمر المسبق جرد سافيني الإرادة من محتواها الحقيقي وهو إمكانية اختيار قانون العقد.¹

الفرع الثاني

إبراز دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

تبلورت فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة بداية القرن 19 التي تعتبر فكرة جديدة غير معروفة سابقاً، حيث أن كما نعلم أن فيما سبق كان العقد يخضع لقانون محدد قبل القيام به وهو مكان إبرامه أو تنفيذه ومع التطورات الحاصلة في القرن 19 أصبح يخضع للقانون الإرادة ويرجع ذلك للنظريات الفقهية المتشعبة بالفكر القانوني والروح الفلسفية سمح ببروزه واستقراره لدى الفقه الحديث (أولاً).²

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 24.

² - خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد 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.

كما ساهم التطور العميق في الفقه القانوني الداخلي في تأثير كبير وفعال على فقه القانون الدولي الخاص، حيث أكد فقه تنازع القوانين على أهمية ودور تبني القوانين الوضعية لمبدأ اختيار قانون العقد الدولي (ثانياً).

أولاً- استقرار مبدأ اختيار قانون العقد الدولي لدى الفقه الحديث:

كثير ما عرف عن القرن التاسع عشر بأنه بمثابة التطور والعصرنة، وذلك بالظهور الحرية الاقتصادية والرأسمالية وتقديس العقد الذي يعتبر الوسيلة الرئيسية في مباشرة أي نشاط اقتصادي وكذلك بروز المذهب الفردي واعتبار العقد الوسيلة القانونية المباشرة أي نشاط اقتصادي وتطبيق بعض الأفكار الفلسفية التي موضوعها مبدأ سلطات الإرادة وحرية الأطراف في اختيار العوامل التي ساهمت في بروز الإرادة في مجال العقود (أ).

وكذلك تأثيرها على فقه القانون الدولي الخاص الذي أكد على مبدأ اختيار قانون العقد الدولي (ب).¹

أ- العوامل التي ساهمت في بروز الإرادة في مجال العقود على نحو عام:

إن العوامل التي ساهمت في بروز دور الواردة في مجال العقود متنوعة ومن الأمثلة المقدمة سننطلق إلى ذكر بعض منها (مثل التفكير الفلسفي، أو التفكير الاقتصادي وغيرها من العوامل التي لها دور فعال في بروز مبدأ سلطان الواردة ذاتي الوجود الحقيقي).

1-التفكير الفلسفي:

ساهم التفكير الفلسفي بصفة كبيرة في بروز مبدأ سلطان الإدارة إلى الوجود، حيث نجد الفيلسوف تطرق إلى الموضوع بأفكاره ومبادئه حيث اعتبر مبدأ سلطان الواردة كمبدأ أخلاقي يحافظ على عزة وكرامة الإنسان حيث أن بالنسبة له العالم العقلي للإنسان وهي

¹ - خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 5.

قدرته على التفكير وتجسيد أفكاره بالحرية في اختياره دون أن يفرض عليه القيام أو تطبيق فكرة دون أن يقبلها، فالحسب "Kant" الإرادة الموجودة في العالم العقلي هي المذكورة سابقا وهي الأنسب عكس الموجودة في العالم الحسي التي تتأثر بالعوامل كثيرة التي تشوهها مثال ذلك المصالح الشخصية، وهذا النوع من الواردة لا ينفع بالنسبة للفيلسوف "كانت" ومن جهة أخرى نلاحظ أن للتفكير الفلسفي دور آخر على الحياء السياسية وذلك بتفسير سبب وجود الدولة ودورها وفقا النظرية أفلاطون "العقد الاجتماعي"، حيث أن رغم مرور زمن طويل على نظرية العقد الاجتماعي إلا أن فلاسفة تطرقوا من جديد لذكرها وهم: "هوبز وروسو" فبالنسبة للفيلسوف "هوبز" تتمثل نظريته في دعم الحكم المطلق للحاكم وذلك عند قيام الأفراد بالتنازل عن حقوقهم وحررياتهم للشخص للخدمة مصالحهم وهذا الشخص لا يعتبر طرف في العقد وبالنسبة لهوبز فالحاكم له سلطة مطلقة في مباشرة أعماله وممارستها.¹

إن الفيلسوف "روسو" تقوم فكرة العقد الاجتماعي لديه على أن المجتمع البدائي يتمتعون بكل حرية والمساواة الطبيعية التي زالت بعد اكتشاف الزراعة والصناعة وظهور الملكية الفردية التي أدت إلى التفاوت في الثروات وتعدد المصالح وتعارضها أدى إلى الحروب بين الأشخاص وهذا ما أدى بهمل لنظر لحل وهو التنازل عن حقوقهم الطبيعية مقابل الحصول على حقوق مدنية التي تتماشى مع المجتمع المنظم. فالفرد يخضع للإرادة العامة أي الجماعة وغيرهم من الفلاسفة اللذين مثل "جون لوك" فبالنسبة له الحياة البدائية كان الإنسان يعيش حياة فطرية سعيدة كان يسود فيها العدالة الفطرية وللمحافظة عليها يجب إبرام العقد بين الحاكم والشعب وذلك بالتنازل عن قدر من الحقوق والحرريات وإبقاء على بعض منها مثل حقوق "الملكية الخاصة" وتتمثل التزامات الحاكم حسب جون لوك تحقيق العدالة والحفاظ على الأمن والحرريات الفردية.²

¹- محمد كامل ليلي، النظم السياسية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1971 ص 188.

²- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 23.

ومن هذه الأمثلة نلاحظ مدى نستخلص مدى نجاح نظرية العقد الاجتماعي في تغيير الأوضاع السياسية والاجتماعية وذلك بالاجتهاد وللأفكار المتنوعة المقدمة من الفلاسفة في شتى المجالات المدروسة في دول الأوروبية وخاصة في فرنسا التي طبقت هذه النظريات في تشريعاتها وسلمتها للمشرعين خاصة نظرية روسا وعلى إثرها وضع قانون نابليون على أسس تغذية حرية الفرد.

2- التفكير الاقتصادي:

ساهم التفكير الاقتصادي في إبراز دور الواردة الفردية من الناحية الاقتصادية ومن هذه الأفكار نجد أفكار أدام سميث المتمحورة في المجال الاقتصادي وذلك في كتابه التي حمل اسم "ثروة الأمم" حيث تتمثل فكرته في أن السوق تحكم فيه قواعد تلقائية تظهر عملية العرض والطلب تتحكم في توزيع السلع بكيفية تحقق التوازن في السوق فالندرة تؤدي إلى ارتفاع الأسعار والوفرة إلى انخفاضها وملخص هذا أن المصلحة الفردية تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، مما سبق نلاحظ أن الحرية الاقتصادية من أهم العوامل في تحقيق التطور في أي دولة كانت من مزايا التي تتمتع بها كالأشغال الثروات بدون قيود، وللتجسيد الحرية الاقتصادية يجب فسخ المجال وفقا للمقولة الشهيرة "دعه يعمل دعه يمر" الذي المراد منها تحريك و إطلاق الحرية التعاقدية والحرية التعاقدية تكمن في عدم إخضاع العقود القيود شكلية فالإيجاب والقبول وحده يكفي لإبرام العقد كونها تقوم على مبدأ التراضي، فالأطراف لا يتعاقدون إلى الإرادة المتبادلة بينهما.¹

ب- تبني فقه القانون الدولي الخاص الحديث لمبدأ اختيار قانون العقد الدولي:

إثر القرن 19 عشر وبداية القرن 20 ظهرت آراء فقهية التي تقوم بأن يمكن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي خاصة الفقهاء المندرجين من مدرسة شخصية

¹-عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 24.

القوانين فتغير تفسير العقد بالنسبة للسابق أين كان يعتبر إرادة ضمنية هي التي اتجهت إلى تطبيق هذا القانون ومن بين هذه الفقهاء اللذين برزوا بالصفة جلية وهو الفقيه البلجيكي "لوران" فجعل من إرادة الأطراف هي كل شيء في مجال التعاقد وهي التي تضع شروط العقد والقانون الذي يحكمه حيث أولى الواردة الصريحة وفي حالة عدم وجودها نأخذ لإرادة الضمنية للمتعاقدين التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد التي بدورها تبين لنا القانون الواجب التطبيق، وإذا تعذر استخلاصها يطبق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وفي حالة اختلافهما يطبق محل إبرام العقد.

كما نجد أن أغلب الفقهاء اللذين عاصروا "لوران" أكدوا على أن القانون الدولي يخضع للقانون الإرادة منهم الفقيه الإيطالي "مانشيني" والذي أنشأ مدرسة فقه الحديثة فالأصل لدي هذا الفقيه أن القوانين ممتدة وحتى لو كان الشخص خارج دولتهم وفقا للمبدأ شخصية القوانين، وهذا الاتجاه الفقهي الجديد أخذ به عدة فقهاء مثل الفقيه "fiore" الذي قال بأن الالتزامات التعاقدية لا يمكن حصرها وربط بها بمكان معين إنما تخضع للإرادة المتعاقدين وغيره من الفقهاء المعروفين مثل: "girout" و "loiseau" اللذين أبرزوا لمستهم في الموضوع المدروس.¹

ثانيا - تبني القوانين الوضعية لمبدأ اختيار قانون العقد الدولي:

إن التجديد والعصرنة اللاحقة بالمجال الفقه القانون الدولي الخاص أثر بالصفة كبيرة على مختلف التشريعات لدى الدول حيث جعلها تخضع للعقد الدولي يخضع لقانون الإرادة، وهذه القاعدة أصبحت بنسبة عالمية تطبق من اغلب دول العالم (أ) ومن جهة أخرى نجد

¹ - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1991، ص 37 .

الاتفاقات الدولي اعترفت بالمبدأ إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (ب).¹

أ- تصديق التشريعات الوطنية بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق:

في أواخر القرن العشرين ساهم تقنين قواعد التنازع سواء بالمسائل الفقهية أو الحلول القضائية التي تخص علاقات الدول بينها والعقود الدولية بالغة خاصة فأصبح العقد الدولي يخضع للقانون الإرادة في مختلف التشريعات الوطنية مثل: التشريع الإسباني لسنة 1974 أو القانون المجري في المادة 24 التي تنص: «يسري على العقود القانون الذي اختاره الأطراف» وكذلك نجد القانون المدني الألماني الذي ينص على أن: " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف " المادة 27 وغيرها من الدول كالقانون الدولي التركي.²

كما نجد دول أخرى تملك تشريع خاص يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات التجارية الدولي وكمثال: الدولة الفرنسية التي لا تملك تشريعا يبين القانون الواجب التطبيق حيث نجد نصوص مبعثرة في أقسام القانون التجاري والمدني وكل هذه القواعد لا تلم بالمختلف القواعد الخاصة بالتنازع القوانين وإثر هذا العجز اتخذت الجهات القضائية بالمادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص: «العقود التي تتم قانونا تكون شريعة لمن تعاهد تمكن الأطراف من إخضاع تصرفاتهم للقانون الذي يستجيب لمصالحهم في حالة تنازع القوانين».³

¹ - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 244.

² - المادة 24 من القانون المجري

« les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément désignée par les parties »

³ - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 245.

كما نجد أن الدولة الفرنسية من بين الدول التي صادقت على اتفاقية روما تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فنجد أن هذه الاتفاقية سارية المفعول للدولة الفرنسية بداية من أبريل 1991، حيث ألزمت محكمة النقض القضاة بتطبيقها، أما قبل سريان هذه المعاهدة فكانت مختلف العقود الدولية تخضع لمختلف الأحكام الصادرة من محكمة النقض مثل: عقود القرض الدولي يخضع في بداية الأمر لقانون مكان الإبرام وبعد ذلك تم تغييره لقانون مكان التنفيذ، ثم إلى مكان الذي سيتم فيه تعويض المدين وأخير أصبح هذا العقد يخضع لقانون الإرادة بعد سريان المعاهدة في فرنسا.

كما نجد الدول العربية نجد تشريعاتها أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون العقد الدولي مثل: القانون المدني المصري في نص المادة 1/19 التي تنص: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطننا، فإن اختلفا موطننا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يرد تطبيقه»¹، وغيرها من التشريعات الدولية كالقانون العراقي في المادة 25 من القانون المدني العراقي والقانون السوري في المادة 22 من القانون المدني، ورجوعا إلى القانون الجزائري نجد المشرع ساير الموضوع حول اختيار قانون العقد الدولي بعد صدور الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني حيث كرست المادة 18 منه إمكانية اختيار القانون الدولي² بعد تعديل قواعد الإسناد لسنة 2005.

ومن أثر هذه المادة بين لنا المشرع الجزائري لإمكانية للأطراف في اختيار القانون العقد الدولي.

¹ - تنص المادة 19 من القانون المدني المصري على أن: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة، كما يوجد فيها قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا وإن اختلفا موطننا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يرد تطبيقه».

² - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975

(معدل و متمم).

ب- إقرار الاتفاقيات الدولية لمبدأ اختيار القانون العقد الدولي:

ظهرت دراسات ومناهج التي تسعى إلى تخطيط كيفية توحيد ضوابط الإسناد التي تحظى بعض المسائل القانونية محل النزاع، وفي هذا المجال أبرمت بعض الاتفاقيات الدولية التي هدفها تحديد القانون الواجب التطبيق أو التي هدفها توحيد قواعد الإسناد بشأن الالتزامات التعاقدية مثال ذلك: اتفاقية لاهاي لسنة 1995 التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي كرست مبدأ قدرة اختيار قانون العقد الدولي وذلك في المادة الثانية منها التي تنص: « **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 de la part du disposant du contrat et des circonstances de la cause** »

نفس الوجة أخذت بها اتفاقية لاهاي لسنة 1986¹ التي تبين القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع وهذا بالتوحيد قواعد الإسناد بشأن القانون الواجب التطبيق سواء بالتطلع إلى ديباجتها أو المواد الخاصة بها منها المادة 7 من هذه الاتفاقية التي تنص على قدرة اختيار القانون.

وخلافا للاتفاقيات السابقة الذكر، نجد استثناء وهو المتمثل في: يخضع القانون العقد الدولي بين الدول الأوروبية لاتفاقية "روما" التي تبين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية² وكرست في هذا المجال قدرة اختيار قانون العقد الدولي وجعلت منه أهم وأبرز المبادئ التي يعتمد عليها لفض مشكلة تنازع القوانين بشأن العقود الدولية، ويظهر هذا في مناقشات روما لسنة 2008 التي تسمى (règlement Rome I) وغيرها من الأمثلة الكثيرة حول الاجتهادات المبذولة في المجال والسماح للمبدأ سلطان الإرادة بالتوسع

¹- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 33.

²- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص 34.

كحالة الدول الأمريكية التي سايرت الموضوع في سنة 1994 في اتفاقية مكسيكو لسنة 1994 التي تبين القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، حيث تأثر واضعوها بالاتفاقية روما لسنة 1980 عندما تبنت إمكانية اختيار القانون المطبق على العقد الدولي.

المطلب الثاني

كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق

لتحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن نرجع إلى الإرادة، وهذه الإرادة يمكن أن تكون صريحة إذا لم تعين من طرف الأطراف، كما يمكن استنتاجها من مختلف الحالات التي تحيط بالعقد التي تكون بصفة ضمنية في اختيار هذا القانون.

وهناك أشكال لا توجد في العقد لاختيار القانون الواجب التطبيق يستوجب أن تعود إلى الإرادة الضمنية للأطراف، فالمشرع يتولى بنفسه تحديد هذا القانون خاصة ما يخص الضوابط الاحتياطية الموجودة في قواعد الإسناد و أيضا يتولى القاضي بنفسه في الحالة الثانية التي هي عندما لا تكون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق.¹

الفرع الأول

الخضوع للقانون الوطني وفق إرادة الأطراف

إن قانون الإرادة من المبادئ الأساسية والمهمة والمستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، وكذا التشريعات الوطنية تلعب دورا هام، وتعتبر الإرادة الأطراف في اختيار القانون

¹ - بلقاسم تروزين ، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية ، مجلة الاجتهاد القضائي مجلد 12 ، العدد 2 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، أكتوبر 2020 ، ص 349.

الواجب التطبيق على العقد كضابط إسناد أصيل يستعان به في حل مسالة تنازع القوانين في العقود الدولية.

ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عن طريق البحث عن قاعدة الإرادة الصريحة وأيضا عن طريق البحث عن قاعدة الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود الاختيار.¹

أولا- الاختيار الصريح:

ونقصد وهو ذلك الاختيار الذي يتحقق بمقتضى اتفاق صريح بين الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون معين وعلى القاضي احترام هذا الاختيار، فكل اختيار صريح متن الأفراد يقابله التزام القاضي بأن يحترمه، وأن الاختيار الصريح يعتبر عنصر من عناصر الإسناد من خلاله يتم فض النزاع.²

ونعني بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين نعني تولي الأطراف تعين القانون الواجب التطبيق على نحو صريح إعمالا لقاعدة الإسناد التي جعلت الإرادة كضابط إسناد أصلي، وأن الاختيار الصريح باختصار يعني أن الإرادة المتعاقدين تكون واضحة، وهناك مثال عن الاختيار الصريح الذي يحكم العقد ونصت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة Atlantic triton company limited ودولة غينيا، حيث أشارت إلى أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على العقد، وأيضا ورد في هذا العقد المبرم بين حكومة جامايكا وشركة Alconmineals of jmaica على أن القانون الجامايكي هو القانون الواجب

¹ - بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية " جامعة قاصدي مرباح ورقلة "، 2017-2018، ص 30.

² - بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، 31.

التطبيق وعلى محكمة التحكيم تطبق هذا الأخير و قواعد القانون الدولي التي يمكن أن تطبقها.

ثانياً - الاختيار الضمني:

بمعنى أن ليست دائماً إرادة المتعاقدين تكون صريحة بل يمكن أن تكون ضمنية في بعض الحالات، ونقصد بالاختيار الضمني يعني أن تكون إرادتهم غير واضحة، والإرادة الضمنية تستخلص من مختلف الظروف والملابسات التي تبين وجودها وهي إرادة حقيقية معلنة تكون بجانب الإرادة الصريحة إسناد أصلي للقانون الواجب التطبيق، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يجب الرجوع إلى الإرادة الضمنية خاصة في عقد الاستثمار الذي يستلزم أن يكون هناك الأجزاء القانونية الواقعية من أجل الوصول إلى القانون.¹

والتعبير الضمني هو تعبير غير مباشر عن الإرادة يتم الكشف عنه من الأفعال التي تصدر شخص مثال تصرف الشخص في شيء عرض عليه ليشتريه، والمادة 1/20 من قانون المدني الأردني بين فيها المشرع بصفحة واضحة مدى الأخذ بالاختيار الضمني، وأن اللجوء إلى استخدام فكرة الإرادة الضمنية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار في حالة غياب الصريح لإرادة الأطراف يجب أن يتم بتحفظ شديد، وإعمال بهذه الفكرة على نحو مطلق يؤدي إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من قبل المحكم فان هذا الأخير يسعى دائماً إلى استخدام قرائن وأدلة إضافية تقيد في تركيز العقد في القانون المختار ضمناً من قبل الأطراف.²

¹- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 57.

²- بلميهوب عبد الناصر، " دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري " ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، أجريت فعاليته يومي 21-22 أبريل 2010، جامعة ورقلة ص 61

الفرع الثاني

تولي المشرع تحديد القانون الواجب التطبيق.

للمشرع الجزائري حدد حالتين أو نوعين لتحديد القانون الواجب التطبيق، النوع الأول هو الإسناد الجامد أما النوع الثاني هو الإسناد المرن يعني هناك مختلف التشريعات للقانون الواجب التطبيق، فيما يخص الإسناد الجامد فالبعض منه يستعمل في حالة عدم وجود الإرادة على سبيل التدرج، أما الإسناد المرن بعض التشريعات تقول أنها تعطي الحرية في استخلاص هذا القانون، والإسناد الجامد والمرن يستعملان في حالة عدم وجود الاختيار.¹

أولاً- الإسناد الجامد للقانون الواجب التطبيق:

ونقصد بالإسناد الجامد هي الصلة الرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع مثل جنسية أو موطن الأطراف، أو قانون بلد التزام العقد أو بلد تنفيذه وهو بذلك بتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية.

في حالة ما لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق بصفة صريحة ولا يمكن أن نتعرف على الإرادة الضمنية هنا يجب الرجوع إلى قانون الإرادة، وهذه الإرادة في الدول سيرها الفقه على تطبيق قانون الإرادة المفترضة للمتعاقدين، والإسناد الجامد يعتمد على ضوابط ثابتة بالإرادة الأفراد و أيضا مرتبط بعقد الدولة، والإسناد الجامد يعبر عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك و نجد اغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الاتجاه وأعطت موقفا حاسما ومحددا لهذه الحالة ومن بينها التشريع الجزائري الذي منح للقاضي الحق في تطبيق ضابطين الإسناد بمقتضى المادة

¹ - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 65.

18 من قانون المدني الجزائري وهما قانون الموطن المشترك أو جنسية المشتركة للمتعاقدين، وقانون مكان إبرام العقد.¹

أ- الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

يكون لها دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بشكل عام و بالتالي إذا كان المتعاقدان يحملان جنسية مشتركة فإنه من المفترض أنهما يقصدان إخضاع العقد لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتها المشتركة المادة 18 قانون المدني.²

ب - قانون الموطن المشترك:

الموطن المشترك المعتمد عليه المشرع في تركيز بعض المسائل القانونية، فهو يعتبر ضبط إسناد مهم في إسناد المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، فالموطن المشترك للمتعاقدين يعتبر ضابط احتياطي في إسناد عقود التجارة الدولية في غياب اختيار القانون الواجب التطبيق.³

ج- قانون مكان إبرام العقد:

مكان إبرام العقد يلعب دورا أساسيا وهام في إسناد العقد الدولي، ثم تبنته التشريعات في القرن 19 عشر كضابط إسناد العقد عند غياب قانون الإرادة، وان محل إبرام العقد هو الأنسب للرجوع إليه من قبل المتعاقدين قصد التأكد من مدى سلامة الشروط العقدية المتفق عليها سواء تكون قواعد أمرة أو مكملة، وان بعض التشريعات تعتد بمكان إبرام العقد كضابط

¹ - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع و العشرون،

الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1971 ص 65

² - مناصف أمين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد شريف مساعدي، سوق أهراس، 2019. ص 40 .

³ - مناصف أمين، مرجع نفسه، ص 38 .

إسناد كالقانون المدني الجزائري المادة 18، ينصف إبرام العقد ضمن الضوابط الاحتياطية التي تأتي في المراتب الأخيرة بعد الموطن المشترك و الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

ثانيا - الإسناد المرن للقانون الواجب التطبيق:

الإسناد المرن يتميز بخاصية الأصلية حيث كونه إسناد مسبق لا يختلف من عقد إلى آخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة و يقوم على افتراض مسبق مؤاه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين، وما يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية و يصون توقعات الأطراف المشروعة، ونلجأ إلى الإسناد المرن إلى حال في هذه الحالة التي لم يختار فيها المتعاقدان القانون المختص ولم يحدد المشرع ضوابط جامدة، والفقهاء الدولي الخاص فضل الاتجاه نحو الإسناد المرن للعقد الدولي في ذلك من العديد من التشريعات الحديثة، ومن مميزات المنهج أنه يخول للقاضي السلطة التقديرية للكشف عن القانون الأوثق صلة العقد أما بالنظر إلى ظروف العقد و ملاسته أو من خلال طبيعة العقد في حد ذاته ما يسمى بنظرية الأداء المميز.¹

أ- إسناد العقد إلى قانون الأوثق صلة به:

هذا المنهج في الإسناد المرن يخضع على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، وأن القضاء الفرنسي تبناه في العديد من قراراته من بينها القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 26/07/1959، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يجب على القاضي أن يأخذ بعين كافة ضوابط الإسناد سواء محل إبرام العقد، أو بمكان تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وأيضا يمكن أن نحدد القانون الواجب التطبيق بواسطة تركيز العقد حسب المعطيات الخارجية والتي ترجع للقاضي في تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة

1- محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011.

في تحديد مقر العقد والذي يلعب عنصرا أساسيا في عملية التركيز، وإسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة به يتناسب مع طبيعة عقود التجارة الالكترونية بحكم أن القاضي يتمتع بسلطته التقديرية في البحث عن مركز ثقل العلاقة العقدية.¹

ب- نظرية الأداء المميز:

هذه النظرية أخذت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة وهي من أساليب إسناد عقود التجارة الدولية، ونقصد بالأداء المميز هو الذي يسمح بتميز كل عقد عن الآخر، وهذا الأداء الذي يقدمه الملتزم يقابله أداء نقدي من المتعاقد الآخر كدفع ثمن في عقد البيع، وفكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحيث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق ولا حتى بوصفها عنصرا من عناصر التركيز.²

المبحث الثاني

أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

إن تدخل المشرع ما هو إلا تماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، ولا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الإرادة التعاقدية بل موضوعية هذه الإرادة، والتي لا تقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد

والنظام العام هو من أهم القيود الواردة التي تواجه القانون المختار لاستبعاد قانون الإرادة، وبالنسبة ما يخص الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة وإنما يجب القول بموضوعية

¹ - محمد بلاق ، مرجع سابق ، ص 55 .

² - بلقاسم تروزين ، مرجع سابق ، ص 354 .

الإرادة، ومن هنا قسمنا مبحثنا إلى مطلبين، سنتطرق إلى فكرة النظام العام (المطلب الأول) والغش نحو القانون (المطلب الثاني).¹

المطلب الأول

النظام العام

يعتبر النظام العام الركيزة الأساسية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والسياسي و الاقتصادي في قانون القاضي، والنظام العام هو من أبرز القيود الواردة على الإرادة التعاقدية سواء كان ذلك في مجال العقود الداخلية أو في مجال العقود الدولية، وأنه هو مجموعة من القواعد والوسائل الأمنية التي توفر الحماية العامة للمواطنين وجمع الأفراد و المجتمع عامة الذين يتواجدون على أرض الدولة و التي يترتب على غيابها و انهيار المجتمع.²

الفرع الأول

التعريف الفقهي و القانوني للنظام العام

سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان التعريف الفقهي للنظام العام مبينا منه تأصيل فكرة النظام العام (أولا) ثم نبين التعريف القانوني للنظام العام (ثانيا).

¹ -سفيان خرصي، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة سعيدة 2018-2019 ص 56.

² - فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2008 ص

أولا - التعريف الفقهي:

إن الأصل فكرة النظام العام يرجع إلى عهد نظرية الأحوال عندما لجأ فقهاء مدرسة الحواش اللاحقين في أوائل القرن الرابع عشر و على رأسهم الفقيه بارتول إلى التمييز بين القوانين الملائمة والبغیضة، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب تطبق عليه ولو غادر الإقليم، أما الأحوال البغیضة فهي القواعد التي تتعدى أثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، فهي تقف عند حدود إقليم الدولة التي صدرت فيها و على الرغم من أن هذه النظرية لم تشر إلي تعبير النظام العام.

إن النظام العام لم يبرز دوره وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن 19 عشر على يد الفقيه الألماني سافيني وذلك من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني، حيث يذهب إلى أن القانون الوطني لا يمكن أن يطبق قانونا أجنبيا إلا إذا كان يوجد بينه وبين القانون الوطني اشتراكا قانونيا، وهذه النظرية انتقدت على أساس أن النظام العام يعرض نفسه ويلعب دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و يظهر الاشتراك القانوني بين تشريعاتها بالنسبة لنظام العام أو أنظمة حصية مثلا في فرنسا أو إيطاليا لا تختلفان حضاريا والأسس القانونية فيهما متقاربة، ويذهب أنصار النظريات الحديثة إلى وجوب إخضاع بعض المسائل لقانون القاضي ورفض أن يطبق في شأنها قانون آخر في كافة المسائل التي تمس بتنظيم و كيان الدولة الاجتماعي والسياسي والاقتصادي كالضمان الاجتماعي والتأمين حتى ولو كان من موضوعات القانون العام.¹

بالنسبة للتعريف الفقهي العربي للنظام العام فيعرفه الأستاذ عمار عوابدي بأن النظام العام هو المحافظة على الأمن العام والصحة العامة السكينة العامة والآداب العامة بطرق وقائية وذلك عن طريق القضاء على كل المخاطر مهما كان مصدرها²، أما بالنسبة للفقهاء الغربي

¹ - سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام و أثره، كلية الحقوق، جامعة الموصل 2010 ، ص 88

² - عمار عوابدي ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، الجزائر ، 2002 ، ص 2.

للنظام العام حيث عرفه الفقيه كابتان «النظام العام هو تنسيق النظم وتنظيم القواعد القانونية التي هي ضرورية للدولة في استعمالها وعملها واسع تشمل صور النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي .

ثانيا - التعريف القانوني:

يتعلق بمجموعة من القواعد القانونية والتي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي والأخلاقي للدولة وتضع في الاعتبار سم المصلحة العامة على المصلحة الفردية، وبمعنى آخر هي مجموعة من القواعد التي يقوم عليها كيان وأساس المجتمع والتي يترتب على تخلفها انهيار المجتمع، وهذه القواعد هي المتعلقة بحقوق وحرريات الأفراد في المجتمع، وكذا القواعد المتعلقة بالكيان السياسي للدولة كنظام الحكم في الدولة (جمهورية، ملكيا، فيدراليا).¹

الفرع الثاني

أثر النظام العام على مبدأ سلطان الإرادة

إذ ما أشارت قواعد الإسناد في القانون مثلا إلي تطبيق قانون أجنبي مختص ثم يبين للقاضي بأن هذا القانون يعارض أو يخالف النظام العام في الدولة، فإنه يستبعده ليحمي بذلك نظامه القانوني إلا أن فراغا تشريعا يحدث نتيجة لاستبعاد القانون الأجنبي هذا الفراغ التشريعي يولد اثر إما أن يكون سلبيا أو ايجابيا، وهذا الاستبعاد قانون الأجنبي يمكن أن يكون جزئيا أو كليا وهذا ما سنحاول أن نتطرق عليه أولا على الأثر السلبي ثم الثاني الأثر الايجابي.²

¹ - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 153.

² - سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 93.

أولاً- الأثر السلبي:

الأثر المترتب من إعمال الدفع بالنظام هو عدم تطبيق القانون الأجنبي حماية للمفاهيم الأساسية والجوهرية في مجتمع القاضي، وهنا اختلفت الآراء حول ذلك الاستبعاد، منه يرى الفقه أن الاستبعاد يشمل كل هذا القانون وذلك وفقا لفكرة الإسناد الإجمالي والتي يترتب عنها الاستبعاد الكلي، وأيضا الفقه يرى أن وجوب استبعاد القانون الأجنبي كليا وتطبيق قانون القاضي بدلا منه إذا ما تعارض أي من حكم أحكامه مع النظام العام، ويستند هذا الجانب من الفقه إلى قاعدة معينة قراراتها قاعدة إسناد في بلد القاضي بحجية التعارض مع النظام العام وبطبق القواعد الأخرى في القانون الأجنبي المستبعد، ونعتقد أن هذا الرأي لا يمكن تأييده فالاستبعاد وهو استبعاد جزئي فقط، فالقاضي لا يستبعد من القانون الواجب التطبيق ألا القاعدة القانونية المخالفة لمقتضيات للنظام العام، وهنا كاتجاه الفقه الألماني الذي يرى بصفة خاصة لا يمكن استبعاد الجزء المخالف للنظام العام.¹

ثانيا - الأثر الايجابي:

يمكن أن نستخلص من هذا الأثر الايجابي أن عندما تكون أحكام مختلفة في القانون الأجنبي تخالف النظام العام والآداب العامة يمكن للقاضي تطبيق قانونه الوطني في محل استبعاد القانون فالمادة 2/24 ق.م.ج نصت «يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة»، عندما يكون أحكام قانوننا العقد الدولي يختلف عن أحكام قانون القاضي هنا يمكننا استبعاد المصالح العليا للقاضي، والمصلحة العامة أكبر من المصلحة الخاصة للقاضي يمكن أن يتخذ قوانينه لأنه عنده سلطة تقديرية و يستعمل قانون الوطني المحلي.²

¹-سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 10.

²- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 166.

المطلب الثاني

مفهوم الغش نحو القانون

إن فكرة الغش نحو القانون نجدها أكثر انتشاراً في القانون الدولي الخاص وهذا نتيجة للعلاقات المختلفة بين الدول التي بدورها يجد فيها الأشخاص مصلحة فيها ففي حالة إذ لم تتوافق المصالح الشخصية وقواعد الإسناد التي تطبق حينها يلجأ أحد للأطراف للتحايل ومحاولة تجنبها بتحايل على قواعد الإسناد للتطبيق القانون الذي يصب ويمشي مع المشاريع والمصالح الشخصية.

الفرع الأول

التعريف الغش نحو القانون

إن الغش نحو القانون مصطلح ذات نطاق واسع فنجد تعريفات مختلفة مقدمة من طرف أشخاص وأساتذة فهناك من عرفه بأنه: «عملية تتم وفق اتفاق صادر عن مجموعة من أشخاص للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية أمر».

كما عرفه بعض آخر بأنه: «التعديل الإداري النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بالنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي».

كما يعرفه بعض آخر في ميدان تنازع القوانين بأنه: «كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد بذاتها وتغيير المقصود يتم بالطريقة قانونية للتهرب من أحكام

القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها».¹

ومن خلال كل هذه الأمثلة المقدمة يمكن القول بأن الغش نحو القانون هو عبارة عن تدابير إرادي بوسائل مشروعة بذاتها والتحايل والتلاعب بها بقصد الوصول لأهداف غير مشروعة تخالف القانون في إطار خدمة المصالح.

أولا- تعريف الغش نحو القانون:

يقصد بالتحايل نحو القانون أو الغش نحو القانون بالتحايل على ضابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق ومثال ذلك: الرجل الإسباني الذي أراد الطلاق من امرأة في البلد الإسباني ولكن في ذلك الوقت كان ممنوع الطلاق في البلد الإسباني فقام بالتحايل وطلب الجنسية الفرنسية للغرض الطلاق وهذا يعتبر تحايل على قواعد الإسناد لأن الأصل القانون الإسباني هو الواجب التطبيق على هذه الحالة لو لا أن الشخص قام بالطلب الجنسية الفرنسية، كما نجد أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الغش نحو القانون في المادة 24 من ق.م.ج² بعد جواز تطبيق القانون الأجنبي إذ ثبت له الاختصاص نتيجة غش نحو القانون.

ثانيا- شروط الدفع بالغش نحو القانون:

رجوعا إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يتطرق إلى شروط الدفع الغش نحو القانون وإنما تفهم وتستنتج من ألفاظ نص المادة 24 والبعض الآخر يستنتج ضمنا وهذا العنصر

¹- أمينة رايس، النظام العام والغش نحو القانون كموانع للتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربي بن مهدي، أم البواقي، الجزائر، 2006-2007، ص 11.

²- خرسی سفيان، مرجع سابق، ص 24.

يمثل سبب تمسك التشريعات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الحالة المذكورة حيث نميز بين شرطين:

1- الشرط المادي:

ويكون في حالة قيام الأطراف بالاصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني، أو القيام بالتغيير العنصر الأجنبي بالعناصر وطنية لتتحول إلى علاقة وطنية يحكمها القانون الوطني وفي كلتا الحالتين هناك تحايل على القانون، كما نجد أن الفقه أجمع على ضرورة توفر عنصر مادي لإمكان الأعمال بالغش نحو القانون كما يجب أن يحدث تغير إرادي في ضابط الإسناد بشكل يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي.¹

2- الشرط المعنوي للغش نحو القانون:

وهي نية الغش نحو القانون بمعنى نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على علاقة القانونية، ففي حالة إذا لم توجد نية في العمل الذي قام به الغش فتكون سليما لا سبيل لإبطاله.

حيث نجد أن هناك فقهاء يعارضون فكرة النية وحسب رأيهم يجب التخلي عنها واستبعادها واعتبار الغش قد وقع لمجرد تغيير ضابط الإسناد: مثال ذلك قيام سياح بالعقد هبة في بلد أجنبي دون سبب معين.

¹ - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011/2012، ص 96

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على الغش نحو القانون

نتيجة انتشار ظاهرة جديدة المتمثلة في التحايل على قانون الواجب التطبيق باللجوء الأطراف إلى القيام بالأعمال غير مشروعة للهدف تطبيق القانون الذي يخدم مصالحهم الشخصية وهذا بالتحايل على قاعدة الإسناد والقانون للخدمة مصلحة العامة وجب عليه التصدي للمثل هذه الأعمال الغير قانونية وذلك بالاستبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد وإعادة الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أي الأصلي وهو الذي عهد الأطراف التهرب منه فيتضح لنا أن هناك أثرين:

أ- الأثر الايجابي:

ويتمثل الأثر الايجابي في تطبيق القانون المختص أصلا وهو القانون الذي قصد الناس التهرب منه وذلك بالإبطال الاختصاص النابع من الغش وتطبيق القانون المبعد بسبب الغش وهذا بالصورة كاملة وكذلك هذا الإجراء يمثل تجاوز وإدراء على قاعدة التنازع الوطنية لأنها في الأصل هي الواجب التطبيق قانونها على النزاع حيث أن الأطراف عمدا التلاعب بالقاعدة الإسناد للتحقيق أهدافهم وهي تطبيق قانون غير القانون الوطني وهذا ما لم تتقبله كثير من الدول ومنها الجزائر ففي هذه الحالة تقوم بالتطبيق اختصاصها دون اللجوء إلى القانون الأجنبي وهذا حماية للمصلحة العامة والأمن العام.¹

ثانيا: الأثر السلبي.

بسبب هذا الأثر يتم تطبيق القانون الذي تعمد الأطراف التهرب منه والذي تحدده قاعدة الإسناد ففي هذا الصدد وقع جدل فقهي كبير حيث إذا كان الاستبعاد يشمل النتيجة

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 460 .

التي ابتغها المتحايل نتيجة تحايله أم يشمل أيضا السبب الذي قام به بهدف التحايل على ضابط الإسناد حيث ظهر اتجاهين فقهيين الأول يرى بأن هذا الاستبعاد يشمل النتيجة (أي تطبيق القانون الأجنبي) دون الاتجاه الغالب في كل من الفقه أو القضاء والرأي الفقهي الآخر يرى أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معا، وهذا الرأي السائد في الفقه الفرنسي ومثال ذلك قضية "بوفرموت" حيث لا يقتصر أثر الغش عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لجنسيتها الجديدة وإنما يجب أن يمتد إلى الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بالجنسية الألمانية حيث تبقى فرنسية رغم تبديل جنسيتها بطريقة مشروعة وهذا بالتحايل على ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية يون غير مشروع أي باطل لأن القصد هو التحايل والتهرب عن القانون.¹

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 462.

تدخل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم المسائل التي تثير جدل ما بين الدولة المستضيفة والمتعاقد الذي يتمثل في المستثمر الأجنبي وإن هذا الخلاف قد يؤدي إلى تعثر وفشل الأطراف في القيام بالتعاقد وإبرام العقد حيث نجد أن الدولة تقوم بالإظهار سلطتها وهذا أمر عادي والذي يتمثل في إظهار سيادتها وذلك بالتطبيق قانونها على المستثمر الذي يقوم بالتعاقد مع أحد مؤسسات الدول (المبحث الأول) بينما نجد أن الطرف المتعاقد يحاول اللجوء إلى طرف آخر وقانون آخر للهدف الذي يتمثل في مواكبة مصالحه بالدرجة الأولى والهدف الآخر هو تحقيق نوع من التوازن والمساواة بينه وبين الطرف القوي وهي الدولة المستضيفة وذلك باللجوء إلى قانون آخر غير قانون الدولة المستقبلية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المستقبلية

إن الدولة المستقبلية تقوم باللجوء إلى قانونها الوطني عند قيامها بالإبرام عقود مع الطرف الأجنبي وهذا تماشياً مع مختلف مبادئها السياسية والاقتصادية وكذلك الدولية، حيث أن الدولة المستقبلية تعتبر تطبيق قانونها على المعاملات والعقود كمظهر يظهر سيادتها وغيرها من المظاهر المتعلقة بالسيادات الدول والنقطة الأخرى.

تتمثل في حماية مصالحها المتعددة سواء الاقتصادية والتجارية وغيرها من العلاقات والمعاملات التي تلجأ إليها وهذا ما نجده بالدرجة الأولى في الدول العالم الثالث لأنها تحرص بالدرجة الأولى ترقية نشاطاتها الاقتصادية العنيفة ومن بينها الجزائر والتي لا تعترف بالدرجة الأولى بالتدخل أي طرف أجنبي لأنه يمس بسيادتها (المطلب الأول)، ثانياً النظرة المتمثلة في اظهار مدى تعلق الدولة بالحماية الثروات الطبيعية والباطنية من أي احتكار

واستغلال وهذا للهدف مسايرة والحفاظ على التنمية المتعلقة بالتنمية الاقتصادية لبلادها وترقيته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فرض الدولة تطبيق قانونها الوطني "مظهر سيادي"

إن فرض الدولة المستقبلية للطرف الأجنبي تفرض قانونها لعدة أسباب منها اقتصادية وكذلك سيادته، حيث أن في كثير من الحالات ترفض الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي المساواة من حيث درجة التعامل لأن المستثمر تماما يطب امتيازات وقت إجراء والقيام بالعقد مع الدولة، وهذا هو ما تحاول الدولة المستضيفة التمسك به للإخضاع عقود التجارة الدولية لقانونها الوطني لقانونها الوطني¹، وتعتمد في تحقيق أهدافها إما على أسس قانونية (الفرع الأول) أو إما طريقة أخرى ومنها التطرق إلى استعمال القانون الاتفاقي (الفرع الثاني)

1- بوخالفة عبد الكريم ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية ، مجلة أفاق للبحوث و الدراسات - المركز الجامعي اليزي _ دورية سداسية أكاديمية دولية محكمة ، العدد 03 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بورقلة ، جامعة قصدي مرباح ورقلة ، جانفي 2019. ص 74

الفرع الأول

الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني

تحرص الدولة المستقبلية للطرف الأجنبي تطبيق قانونها الوطني معتمدة على التكيف القانوني لهذه العقود مثال ذلك عقود الاستثمار حيث تكون الدولة إحدى طرفيها مما يحتم إخضاعها لقواعد القانون الوطني بكونها ترد وتستجيب لمتطلبات تمتع الدولة بالسيادة والسلطة (أولا) كما تدعم مبررها بالإسناد إلى مختلف الدراسات الفقهية في المجال المتعلق بالعقود التجارية الدولية (ثانيا).

أولا- تجسيد المبدأ:

كما تطرقنا سابقا ذكرنا مثال من بين عقود التجارة الدولية أين الدولة تتمسك بسيادتها الكاملة والمتمثلة بالعقود الاستثمار أين الدولة المستقبلية تمسك بأنها الأولى في تطبيق القانون الواجب التطبيق لكونها طرف عام حيث أنها هي التي تقدم امتيازات للطرف الأجنبي وهي التي تعدل هذه الامتيازات أو نزعها بالصفة نهائية.

كما تستند في تبريرها أنها الأولى في تطبيق القانون أنها طرف عام يسهر على تحقيق المصلحة العامة ومن بين الأمثلة المقدمة¹ ما تنص عليه المادة 10 من القانون المدني الجزائري، حيث ينص المشرع على أن إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطاتها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري² "وهذا تماشيا مع تطبيق الدولة لسيادتها وغيرها من الأمثلة الكثيرة مثل المادة 38 من قانون الصفقات العمومية التي تقول أن في حالة قيام طرف بالصفقة لتحقيق أهدافه مع المؤسسات الخاضعة لقانون الجزائري فإن في هذه الحالة

¹ - بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 12.

2 - أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية، عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم. نص المادة 10

يقوم تطبيق القانون الجزائري بالدرجة الأولى وغيرها من المواقف المستتجة إثر التمعن في نظرة المشرع الجزائري في مختلف القوانين الوطنية في موضوع عقود التجارة الدولية بحيث أن المشرع الجزائري يحاول حماية المصلحة الوطنية بالدرجة الأولى والتصدي لأي نوع من الاعتداء على السيادة الوطنية بالرفض التدخل في الأمور الخاصة بالجزائر وفي مختلف معاملاتها مع الأجانب.

ولعل المثال الآخر المادة 58 من القانون المحروقات الجزائري الذي ينص على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، فنستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري ينص صراحة على أنها القانون الجزائري هو الواجب التطبيق في المجالات والاستثمارات المتعلقة بالمحروقات، ومما سبق ينضح أن المشرع الجزائري يحرص على تطبيق القانون الجزائري في حالة نزاع بين سواء بين الدولة أو مؤسساتها مع الطرف الأجنبي.

ثانيا - الخلاف الفقهي والقضائي حول تكييف عقود التجارة الدولية:

أثارت فكرة تكييف عقود التجارة الدولية ومن بين هذه العقود تطرقنا إلى عقود الاستثمار كونها عقود إدارية وكذلك تحديد الوصف القانوني للنزاعات التي يكون الطرف الأجنبي عنصر فيها¹ حيث ظهر نزاع فقهي وقضائي كبير حول كيفية تكييف هذا النوع من العقود، فيذهب جانب من الفقه المتمثلة أن العقود الإدارية يمكن إعمالها على الاستثمار التي تبرمها الدولة وهذا في صدد المثال المقدم سابقا أي عقود الاستثمار وكما يرى جانب من الفقه إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي من عقود القانون العام فيمكن تعديلها وهذا لما يطلبه السري الحسن للمرفق العام للدولة.²

¹ - بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 12.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996،

فانطلاقاً مما سبق نجد أن الجانب الفقهي يرى أن بفضل العقد الإداري الصيغة بالمثل المقدم ألا وهو عقود الاستثمار ففي هذه الحالة يمكن للدولة أن تقدم سواء بالتعديل العقد أو إنهاؤها وهذا برغبتها الخاصة وهذا دون أي مسؤولية تعاقدية إلا أن هذه الفكرة لم تقبل من طرف الاتجاه الفقهي المعارض وتتمثل حجتهم أن ليس كل العقود التي يقوم بها أطراف القانون العام عقود إدارية فبحسب هذا الاتجاه فهناك حالات يقوم أطراف القانون العام باللجوء إلى وسائل القانون الخاصة، وبالتالي يبرم عقد من عقود القانون الخاص، وكذلك ليس وجود الدولة بمجرد القول أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية يمنح لها حق الإشراف والرقابة لا يمكن قبوله إلا في حالة رغبة الدولة في أداء واجباتها وكذلك في حالة حسن النية.¹

الفرع الثاني

تطبيق القانون الوطني إعمالاً للقانون الاتفاقي

إن الاتفاقيات الدولية لعبت دور كبير في حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، حيث أخذت بالقانون الوطني كقانون ضابط لهذه العقود، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية واشنطن واتفاقية روما لسنة 1980 (ثانياً)، ومن ثم نتطرق إلى دراسة بعض الأمثلة التي أبرمتها الجزائر مع باقي الدول في موضوع عقود التجارة الدولية والتي معظمها ينص على تطبيق قانون الدولة المستقبلية للنشاط (ثالثاً).

أولاً- اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965:

أبرمت هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 والهدف من إنشائها هو تشجيع وتطوير العلاقات القائمة بين الدول المضيفة والطرف الأجنبي.

¹- بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 15.

فمن خلال تمعننا لهذه الاتفاقية نجد أنها تضمنت العديد من المواضيع الأساسية التي يستخلص منها الأسس والقواعد القانونية المختلفة التي راعت فيها الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، كما وضعت مختلف الحلول التي تدخل ضمن النزاعات القائمة بين طرفي العقد نظرا لأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق فنجد أن طرفي العقد يحرصون في الاتفاق على هذه النقطة الحساسة وذلك مع مراعاة حرية الأطراف في الاختيار القانون الواجب التطبيق سواء القانون الوطني أو قانون غيره، ولكن دائما نجد أن الدولة تحرص على تطبيق قانونها بالدرجة الأولى لأن الأمر يتعلق بالمصلحة الاقتصادية التي يلزم حمايتها.¹

إن الاتفاقية منحت للأطراف الحرية في اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق ولكن من جهة أخرى نجد أن الاتفاقية نصت صراحة بأن قانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حالة عدم التحديد وهو ما أكدته المادة 42 من هذه الاتفاقية «يفصل المحكم في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف وفي حالة عدم التحديد تقوم المحكمة بتطبيق الدولة المتعاقدة بما في ذلك القواعد الخاصة بالنزاع القوانين...».

فمن هذه المادة نستنتج أن حرية المتعاقدين مضمونة في اختيار القانون الواجب التطبيق بمعنى احترام إرادة الطرفين إلا أن بالمقابل نجد أن الاتفاقية تمنح أفضلية للتطبيق القانون الوطني للدولة التي تكون طرف في العقد، كما نجد نقطة مهمة مستخلصة من نص المادة المذكورة بأن يمكن لهيئة التحكم البحث عن شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي.²

ثانيا - اتفاقية روما لسنة 1980 "بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:

¹ - إقلولي محمد، "النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجريبية الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 345.

² - إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 345.

تعتبر اتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو لسنة 1980¹ بمثابة التقنين الأوروبي التي دخلت حيز التنفيذ في أبريل عام 1991 حيث نجد أن هذه الاتفاقية نصت على أن إرادة الأطراف وحريرتهم مضمونة في اختيار القانون الواجب التطبيق وهو ما نصت عليه المادة 3 من الاتفاقية «إن العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف».

استناد للمادة 3 من الاتفاقية يتضح لنا أنه قد يقع اختيار الأطراف على قانون الدولة المضيفة أو القانون الوطني للطرف الاجنبي أو اختيارهم لقانون دولة محايدة ولكن بالمقابل نص المادة 4 من الاتفاقية على اخضاع العقد لقانون الوطني لدولة المتعاقدة التي يتم فيها تنفيذ العقد باعتبارها الأقرب لهذا الأخير في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيضبط علاقتهما التعاقدية، وهذا بالشكل عام هو الذي يقوم في غالبية الأحيان للتطبيق قانونها الوطني للدولة التي تبرم العقد، وكذلك نجد نقطة أخرى مهمة في المادة 5 من الاتفاقية يستبعد تطبيق القانون الأداء المميز وهذا في اكتشاف أن الظروف المحيطة بالعقد مرتبطة مع دولة أخرى وهذا ما يعني تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة لما فيه من علاقة حساسة مع ثرواتها الطبيعية أو المنشآت القائمة داخل محيطها الإقليمي.²

ثالثا- الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر في مجال التجارة الدولية:

نجد أن مختلف الاتفاقيات التي ابرمتها الجزائر في مجال عقود التجارة الدولية تتضمن طرق تسوية النزاعات في بنودها والقانون الواجب التطبيق على المنازعة فنجد أمثلة كثيرة منها: اتفاقية الجزائر ومصر وهذا في النص المادة 7 ، حيث نرى من طرف تطلعنا للمادة نجد أن هذه المادة تنص صراحة على تسوية الخلاف المتعلق بالعقود التجارة الدولية على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي توجد فيه المشاريع والاستثمارات بمعنى

¹- دخلت اتفاقية روما حيز التنفيذ في 1 أبريل 1991 وهي تمثل التقنين الأوروبي للعقود.

²- إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 347.

التشريع الدولة المستقبلية هو الذي يطبق إعمالاً بهذه المادة¹، وفي نفس السياق نجد الاتفاقية السورية الجزائرية وذلك بالعودة إلى المادة 458 مكرر من القانون فإنها تنص على إمكانية تسوية النزاعات بموجب التشريع الوطني أو القانون الذي اختاره الأطراف أو القانون اليت تراها ملائمة، وكذلك ما جاء في الاتفاقية الجزائرية مع جنوب إفريقيا التي نصت المادة " على أن: «يسمى قرار تسوية النزاع من تطبيق القانون الداخلي، بما في ذلك تنازع القوانين لبلد الطرف المتعاقد المعني بالنزاع...».

وبتحليل بما جاء في نص الاتفاقية يتبين أنها اعتمدت على تطبيق القانون الوطني للدولة التي تنجر فيها هذه العقود وغيرها من الامثلة الكثيرة من الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وباقي الدول حول موضوع العقود الخاصة بالتجارة الدولية كالاتفاقية الجزائر وتونس وهذا في نص المادة 9 منها على أن تفصل هيئة التحكيم على أساس القانون الوطني للطرف المتعاقد والذي هو طرف في النزاع.²

المطلب الثاني

الأسس السياسية والاقتصادية لتطبيق القانون الوطني

إن هدف الكثير من الدول هو استقبال الطرف الأجنبي وذلك لعدة أهداف اقتصادية للحفاظ على سبيل المثال على الهيمنة الاقتصادية ولكن نجد أن هذه الدول عند تعاقدتها مع الطرف الأجنبي تلتزم بنوع من الحذر لأن الطرف الأجنبي علاقتة مبنية على أساس المصلحة ففي بعض الحالات نجده يتجه إلى الإستلاء على بعض المناطق الحيوية للبلد المضيف، وهذا الأمر يجعل الدول المستقبلية تقوم بالإجراءات تحفظية لتقليل من هيمنة

¹- عمار معاشو ، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، الجزائر ، 1998 ص 21 .

²- بوخالفة عبد الكريم ، مرجع سابق، ص 22.

الطرف الأجنبي بإخضاعها لقوانينها الوطنية (الفرع الأول) كما نجد أن الدول المستقبلية لها نظرة أخرى في الموضوع وهذا من الجانب السياسي حيث أن مبادئها السياسية تفرض عليها إخضاع تلك العقود لقانونها الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية

أكدت العديد من المواثيق الدولية على أحقية الدولة المستقبلية للطرف الأجنبي تطبيق قانونها الوطني وهذا في إطار سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية، فتوطين هذه العقود وخضوعها للقانون الوطني ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه الكلاسيكي والقانون الدولي وثم تكريسها صراحة في كل من القضاة الوطنيين والدولي وهذا بالصدد تأكيد وتوثيق أن الدولة لها حق مطلق في ممارسة سيادتها على إقليمها.¹

وكذلك أقرت الجمعية العام للأمم المتحدة في قراراتها الصادر تحت رقم 3171 «في حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية في إطار السيادة الدائمة والتنمية الاقتصادية»، كما نجد أن مبدأ سيادة الدول على الموارد الطبيعية أو المشاريع التي ستقام في حيزها الجغرافي ما هو إلا مبدأ من المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام بصفة عامة والقانون الاقتصادي بصفة خاصة.

كما نجد عدة أمثلة التي أقرت بالحقوق الدول المستقبلية في إطار حمايتها لثرواتها الطبيعية من أي استغلال غير مشروع مثال ذلك ميثاق حقوق الدول الذي أقرته الجمعية

¹ - طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الاقتصادية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص

العامّة في قرارها رقم 81-32 لعام 1974¹ في المادة الثانية: «إن سيادة الدولة على إقليمها تخولها حق إدارته والتصرف فيه وتوجيه الاستثمارات الأجنبية المقام عليه».

الفرع الثاني

ضرورة التنمية الاقتصادية

إن عقود التجارة الدولية لها صلة وطيدة مع التنمية الاقتصادية للدول المستقبلية والتي بدورها لا ترى قانوناً أصح من قانونها الوطني، حيث نجد أن فقهاء الدول النامية يبحثون عن أطراف الأجنبية لهدف تطوير البنية الاقتصادية لبلدانهم وتعزيز مراكزها القانونية ومثال ذلك فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تطبيق القانون الوطني وذلك ارتباطاً بالسياسة الاقتصادية لدولهم، حيث نجد أن هؤلاء الفقهاء يحاولون تضمين وتأكيد هذه العقود وبعثها إلى تطبيق القانون الوطني.²

ونظراً لما سبق فإنه من غير المعقول إخضاع هذه العقود للغير القانون الوطني لما فيه ارتباط وثيق بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة واليت تقوم بالممارسة الرقابة على كل الأعمال التي يقوم الطرف الأجنبي بها داخل أطارها الجغرافي وهناك نقطة أخرى تقول بأن من غير المعقول تطبيق قانون دولة أجنبية على رقعة دولة أخرى بالمعنى لا يمكن تطبيق قانون أجنبي على نزاع يخص الدولة المستقبلية للطرف الأجنبي، حيث أن ما يحصل في النطاق الإقليمي يكون من اختصاص القانون الوطني والمحاكم الوطنية.

وخير مثال هو تطبيق القانون الجزائري في مثل هذا النوع من العقود على العقود الداخلة في أطارها الجغرافي والتي تتمثل في اتفاقية الجزائر مع أوراسكوم والتي نصت

¹ - حفيفة سيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

2003 ص 26

² - بوخالفة عبد الكريم مرجع سابق، ص 27.

صراحة في مادتها 8 خضوع الاتفاقية الطرفين للقانون الجزائري وجاءت على ما يلي: « يعترف الطرفين أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وتنظيماتها»، وغيرها من الامثلة الكثيرة التي بينت مكانة ووقت تطبيق القانون الجزائري على مختلف العلاقات التعاقدية التي تقوم بها في إطار العقود التجارة الدولية

المبحث الثاني

القانون الأولي لتطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي

إن قضاء التحكيم هي الوجهة الأولى لتطبيق إرادة الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق في الدعوى الخاصة لتحكيم التجاري الدولي سواء على الإجراءات (المطلب الأول) أو على موضوع النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

ظهر تطبيق الفعلي لإرادة الأطراف عند تمعن إلى التحكيم التجاري الدولي لأنه مكن الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق الذي تتبعه هيئة التحكيم فصلها في النزاع، كما نجد أن كثير من التشريعات تطرقت إلي الحالة الأخرى في حالة عدم الاتفاق في تحديد القانون .¹

1- إيلاف خليل إبراهيم الصالح ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص 2014.

الفرع الأول

تولي إرادة الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق

إن إجراءات التقاضي تخضع في الأصل للقانون الذي يختاره الأطراف حيث هذه الفكرة مكرسة في مختلف الأنظمة الحديثة للتحكيم التجاري الدولي و كذلك نجد أن سواء الفقه أو الاتفاقيات أو غيرها من المواثيق الدولية بما فيها التشريعات الوطنية¹ ملزمة باحترام هذا المبدأ، ويظهر موقف المشرع الجزائري في المادة 1043 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون إجراءات مدنية إدارية والتي تنص «يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم» ومثال آخر موقف المشرع الفرنسي المستخلص من المادة 1/1509 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الفرنسية والتي تنص:

«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 »

أولاً- تولي الأطراف تنظيم قواعد الإجراءات:

بعدما أن نظمت القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي أصبح الأطراف الحرية التامة في اختيار وتنظيم المباشر لإجراءات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي دون الاستناد إلى أي قانون معين، وهذا ما يساهم في تحرير التحكيم من أي تبعية لأي قانون وطني، كما نجد أن الحرية التي يتمتع بها الأطراف قد تصل إلى حد إلى خلق قواعد مثال عن ذلك

¹ - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 255.

المادة 30 من العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للبتروول سنة 1933.¹

إن التحكيم الحر من الحالات النادرة لأن تطبيق معقد بمعنى أن الأطراف لا يمكنهم استيعاب كل هذه التفاصيل الدقيقة لأن الأطراف في معظم الحالات لا يتمتعون بالخبرة القانونية اللازمة لاختيار الإجراءات المناسبة و قد يقعون في مشاكل تمس بالنظام العام لدولة التنفيذ.²

ثانيا - قانون الإرادة قانون وطني:

يمكن تطبيق القانون الوطني لدولة معينة إذا كان هذا الأخير محل اختيار من قبل الأطراف المتعاقدة وهذا تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، في حالة إذا ما كان التحكيم يجري في الجزائر يمكن تطبيق قانون دولة أجنبية على الإجراءات الخاصة بالتحكيم لأن المشرع الجزائري لم ينص على أن قانون الإجراءات الجزائري هو الواجب التطبيق في هذه الحالة، كما نستند مثال آخر والمتعلق بالمشرع المصري حيث أن التمعن في مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي يبين أن المشرع المصري اتخذ بمبدأ خضوع إجراءات لقانون البلد التي تجري فيه إجراءات التقاضي، ومن بين المواد التي جاء بها القانون مثلا المادة الأولى التي تنص «على التحكيم... أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان يدور التحكيم في مصر» وأيضا

¹ - عيد عبدالحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 257.

² - حكيمة أمهاني ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مسيلة ، 2013/2014.

المادة 25 من نفس القانون أخذت بحرية اختيار الإجراءات ولكنها لم تشر إمكانية إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في قانون وطني لأحد الدول.¹

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في حالة عدم وجود الاختيار

هناك حالات في اتفاقية التحكيم الأطراف لا تتطرق إلى موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه الاتفاقية سواء لعدم معرفتهم أو نسيانهم لتلك المسائل اعتقاداً منهم أن الجهات القضائية هي المسؤولة على تحديد هذه المسائل ، أو في حالة اختلافهم حول هذه الاتفاقية فتتولى هيئة التحكيم تحديد قانون الواجب التطبيق في حالة الوقوع و الاصطدام بالحالات المذكورة سابقاً و هذا وفقاً لما تنص عليه التشريعات الوطنية في المادة 1043 ق.ا.م.ا.ج " إذ لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ، عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم" ، و المثال الآخر يتمثل في المادة 25 من قانون التحكيم المصري " فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن يختار إجراءات التحكيم التي تراه مناسبة " .

خلافاً لنصوص السابقة الذكر نستج أن هيئة التحكيم تعين قانون بطرق مختلفة و هذا بالاعتماد على قوانين التحكيم ذاتها ، فالمشرع الجزائري يبين في المادة 2/1043 كيفية التحديد هيئة التحكيم لقانون الواجب التطبيق و هذا بتولي هيئة التحكيم التحديد المباشر أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم .²

¹ - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 258.

² - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 258

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

هيئة التحكيم تلعب دورا هام و فعال في اختيار القانون الواجب التطبيق خاصة على موضوع النزاع ، في حالة ما هناك تطابق الإرادتين بين الطرفين في اختيار القانون المختص أي تكون إرادة صريحة و ضمنية بين الطرفين لا يوجد أي مشكل، في حالة غياب هذه الإرادة أي لا يوجد الاختيار أي يكون نزاع في موضوع اختيار القانون الواجب فإذن تتدخل هيئة التحكيم لاختيار قانون الواجب بنفسها.¹

الفرع الأول

تولي الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن الإرادة بين الطرفين من المبادئ الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب على الطرفين أن يكون هناك رضا بينهم في كل من الفقه والتشريعات الوطنية و أيضا الاتفاقيات الدولية، والتحكيم التجاري يكون من ضمن إرادة الأطراف أي من اتفاقية التحكيم، ومن هنا الإرادة تكون في نطاق واسع في اختيار القانون و هنا المحكم يكون مقيد بتطابق إرادتين الأطراف، ويتولى هذا الاختيار بعنصرين سوف نتطرق إليهم أولا هو اختيار القانون الوطني وثانيا اختيار قواعد التجارة الدولية.²

أولا- اختيار القانون الوطني:

تلعب إرادة الأطراف النزاع دورا كبيرا وحيويا في الخصومة التحكيمية باعتبار اتفاقية التحكيم أساس لها ابتداء من موضوع النزاع ، وعملا بمبدأ سلطان الإرادة تطبق هيئة

¹ - حكيمة أمهاني، مرجع سابق ، ص 61

² - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 265.

التحكيم على موضوع النزاع بقانون الإرادة المنفق عليها صراحة أو ضمناً من أطراف النزاع، واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له مجال واسع ما عدا قيد النظام العام، وحرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على الموضوع حرية كرسنها المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم إلى جانب التشريعات الوطنية كالتشريع الجزائري بموجب أحكام المادة 1050 التي نصت «**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف**» والمحكم يطبق إرادة الأطراف وليس إرادة المشرع.¹

ولاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب استعمال القواعد الموضوعية والتي هي تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي، والتي يطبق عليها قانون الوطني الموضوعي تطبيقاً مباشراً دون المرور بقاعدة تنازع القوانين.²

ثانياً: اختيار قواعد التجارة الدولية.

إذا كان التحكيم التجاري الدولي هو ذلك القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العام للحدود الفاعلة التي أسهمت في تكوين العادات التجارية الدولية وتطبيقها، فننا قانون تجار **lexmercatoria** هو مجموعة من القواعد والأعراف والعادات المنقطعة الصلة بأي قانون وطني، ونقصد بقواعد و أعراف التجارة الدولية هو المصدر الأول، ولمكون الأساسي لقواعد التجارة الدولية باعتبارها أنها نشأة في وسط مهني واحد ولا ينتمي إلى دولة معينة، فبالتالي إذا اختلف الوسط اختلف معه القواعد حسب مثلاً لتوعية السلعة المتعامل بها والتي تتسم بطابع التكرار على نحو اعتاد التجار ممارستها في مجال عقود التجارة الدولية، وهذه القواعد يعرفونها مسبقاً ويجدون فيها الأمان ومن هنا كان تفضيلهم للخضوع في روابطهم

¹- تعويلت كريم، فعالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم السياسية ، تخصص قانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2017 .

²- أزهار محمود لهمود، القانون الواجب على منازعات عقود التجارة الدولية، عدد 34، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2020.

التعاقدية لأحكام هذه القواعد الدولية بدلا من اختيار قانون داخلي لدولة معينة والتي لم توضع أحكامه إلا لمواجهة متطلبات المجتمع الداخلي.

والمحكم يلتزم بقانون يطبق على موضوع النزاع أن يبنوا علاقتهم وأسهم على الثقة وحسن النية فتكون العقود من سلطان القانون الوطني لدولة معينة، وأيضا المحكم يقوم بتفصيل النزاع وفقا لقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، والتحكيم يعتبر وسيلة فعالة وهامة أعطيت للتجارة الدولية لكي تطبق وتنظم العلاقات التجارة الدولية.¹

الفرع الثاني

تولي هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود الاختيار

عندما لا تستطيع الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أي لا يتفهموا فيما بينهم أي لا يصلوا إلى أي حل هنا تتدخل هيئة التحكيم لكي تحدد القانون لكن واجب وفقا للحالات الغالبة باستعمال مؤشرات موضوعية على المؤشرات الخاصة.²

أولا- اختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة:

هنا لاختيار لهذه الهيئة هناك عنصرين أو طريقتين لكي يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أي يمكن أن تكون بطريقة مباشرة^أ، ويمكن أن تكون بطريقة أخرى ألا وهي بتنازع القوانين من قبل المحكم^ب وسوف نتطرق عليهم في هذا العنصر:

¹- فيروز الموهاب، مرجع سابق، ص 168.

²- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 269.

أ- التحديد المباشر:

هيئة التحكيم التي تتولى أو تختار احد القوانين عندما يكون النزاع بينهم الطرفين أو في حالة لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري «إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية الذي ترى في أنه أكثر اتصالا بالنزاع»، ونقصد بالتحديد المباشر هو ذلك الأسلوب الذي يطبقه المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبالتالي تكون القواعد القانونية مباشرة دون الرجوع إلى قاعدة التنازع، ودور المحكم هو حل النزاع بواسطة التحديد المباشر، والمشرع الفرنسي تبنى فكرة التحديد المباشر والذي منح للمحكم سلطة للفصل في النزاع وهذا حسب المادة 1511 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وأيضا المشرع الجزائري قام بنفس الفكرة مثل المشرع الفرنسي والذي أعطي للمحكم سلطة لتعين القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع وهذا من خلال نص المادة 1050 من قانون إجراءات المدنية الإدارية.¹

ب- تطبيق المحكم للقانون الوطني من خلال إعمال تنازع القوانين:

تنازع القوانين تلعب دورا فعال وهاما في مجال التحكيم التجاري الدولي، وفي هذا العنصر عندما لا يتم الاتفاق في اختيار القانون الواجب والمحكم يتدخل لكي يقوم باختيار القانون وله الحرية لذلك باستعمال قواعد تنازع القوانين، والمحكم هو الذي يرى القانون الأنسب للفصل في النزاع، وهناك بعض اتفاقيات الدولية عندما لا يتم الاختيار، حيث هذه الاتفاقية الدولية تستعمل قواعد الإسناد وهذا ما نصت عليه المادة 07 من هذه الاتفاقية

1- دليلة قاسي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون العام، قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2017.

الأوروبية بشأن التحكيم لسنة 1961 «يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة».¹

ثانيا - اختيار هيئة التحكيم للقواعد التجارة الدولية:

كما أشرنا سابقا أن إرادة الأطراف تستخلص على قواعد وطنية وكذلك من قواعد التجارة الدولية، في حالة ما لم يكن الاختيار بين الطرفين تتدخل هيئة التحكيم بدورها أن تحل النزاع لكن دون العودة إلى القوانين الداخلية.²

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981 ص 150.

2- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 272.

خاتمة:

إن عقود التجارة الدولية من المواضيع الهامة لارتباطها بميادين الاقتصادية والتجارية والقانونية وتشعب مشاكلها وقصور النظم الوطنية في مواجهة المشاكل الداخلية المختلفة، مثل الدول العالم الثالث كالجائر حيث تواجه أزمات اقتصادية حادة ما يرغمها إلى اللجوء للتعاقد مع الدول الأخرى لحل هذه المشاكل، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يجب الأخذ بعين الاعتبار موضوع الإرادة ، حيث أن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق كانت نسبية والدراسات الفقهية غيرت نظرة الدول السائدة في العصور القديمة للموضوع سلطان الإرادة حيث ساهمت في التغيير الجذري للمكانة المتعاقدين وقت القيام بالعقد، كما نجد قواعد الإسناد التي لها دور هام عند وجود طرف أجنبي فمن خلالها يستنتج القانون الواجب التطبيق وذلك بصفة صريحة إذ ما يستنتج القانون المختص أو استخلاص القرائن التي تكشف عن الإرادة الضمنية.

ومن خلال دراستنا لموضوعنا نجد أن حرية الأطراف نسبية لأنها مقيدة لارتباطها بالوضع الداخلي للدول مثل النظام العام أو في حالة التحايل على ضابط الإسناد وهذا في حالة الغش نحو القانون، وكذلك نتوصل إلى مجموعة من النتائج المتمثلة فيما يلي:

1- تعتبر الإرادة من بين العناصر الأساسية في قيام العقد، إرادة الطرفين هي أساس العقد.

2- الدور الهام لمبدأ سلطان الإرادة في مرافقة الأطراف من مرحلة ما قبل العقد إلى غاية اكتماله سواء بالإيجاب أو القبول أو العدول عن التعاقد.

3- مبدأ سلطان الإرادة مقيد وهذا يحد من حرية الأطراف في استكمال النتائج التي يتوقعونها في حالة اصطدامها بالنظام العام أو الغش نحو القانون.

4- من المعروف أن الدول عند تعاقدها مع الطرف الأجنبي تحاول فرض سيادتها وذلك بتطبيق قانونها الوطني.

ومن أهم الاقتراحات التي يمكن طرحها:

1- الكثير من الدول تسعى إلى تطوير منظوماتها الاقتصادية باللجوء إلى التبادلات التجارية والتعاقدات المختلفة مع أطراف أجنبية حيث نجد هذه الدول تفرض سيادتها وتحاول تطبيق قانونها الوطني وذلك برفض تدخل أي قانون أجنبي لارتباط ذلك بسيادتها.

2- الدولة تحاول الحفاظ على مركزها عند تعاقدها مع الطرف الأجنبي بحيث تحاول تقليل من مركز الطرف الأجنبي في وقت القيام بالعقد ورفضها للمساواة في درجة التعامل، لان العقد يشمل على طرف وهو الدولة و الطرف الثاني هو طرف عادي وهو الطرف الأجنبي.

قائمة المراجع والمصادر

I. الكتب:

1. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1981.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، علم التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996.
3. حفيظة سيد الحداد، العقود المبرمة ما بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
4. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008 .
5. عمار عوابدي ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، الجزائر ، 2002 .
6. فارس سلامة عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999.
7. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008.
8. محمد عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004 .
9. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

II. الرسائل والمذكرات:

أ- الرسائل الجامعية:

1. اقلولي محمد، "النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006 .
2. بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية " جامعة قاصدي مرباح ورقلة "، 2017-2018.
3. تعويلت كريم، فعالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم السياسية، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017 .
4. زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991.

5. عمار معاشو، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 1998 .
6. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولد معمري، تيزي وزو، 2017.
7. عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005 القانون.

ب- المذكرات الماجستير:

1. إيلاف خليل إبراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص 2014 .
2. خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
3. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011/2012 .
4. فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقاً للقانون الجزائري، مذكرة لحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، 2008.
5. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011.

ج- مذكرات الماستر:

1. حكيمة أمهاني، مذكرة مكتملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مسيلة، 2013/2014.
2. دليلة قاسي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون العام، قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2017.
3. سفيان خرصي، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة 2018-2019 .

4. مناصف أمين ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر في قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد شريف مساعدي ، سوق أهراس ، 2019.

III. المقالات:

1. أزهار محمود لهمود، القانون الواجب على منازعات عقود التجارة الدولية، عدد 34، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2020.
2. بلقاسم تروزين ، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية ، مجلة الاجتهاد القضائي مجلد 12 ، العدد 2 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، أكتوبر 2020 ، (ص ص : 347-362) .
3. بلميهور عبد الناصر، " دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري " ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، أجريت فعاليته يومي 21-22 أبريل 2010، جامعة ورقلة .
4. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010.
5. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع و العشرون، الجمعية المصرية، القانون الدولي، 1971.

IV. المحاضرات:

أمينة رايس، النظام العام والغش نحو القانون كموانع للتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربي بن مهدي، أم البواقي، الجزائر، 2006-2007.

V. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75_58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم.

فهرس المحتويات

1	المقدمة
4	الفصل الأول: سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية
5	المبحث الأول: إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة
5	المطلب الأول: تطور قاعدة إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة
5	الفرع لأول: إقصاء دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق
6	أولاً: الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة تنازع القوانين في الفقه الكلاسيكي
8	ثانياً: الإرادة كضابط إسناد سابق لحل مشكلة تنازع القوانين في الفقه الحديث نسبياً
9	الفرع الثاني: إبراز دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق
10	أولاً: استقرار مبدأ اختيار قانون العقد الدولي لدى الفقه الحديث
13	ثانياً: تبني القوانين الوضعية لمبدأ اختيار قانون العقد الدولي
17	المطلب الثاني: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق
17	الفرع الأول: خضوع للقانون الوطني وفقاً لإرادة الأطراف
18	أولاً: الاختيار الصريح
19	ثانياً: الاختيار الضمني
19	الفرع الثاني: تولى المشرع تحديد القانون الواجب التطبيق
20	أولاً: الإسناد الجامد للقانون الواجب التطبيق
21	ثانياً: الإسناد المرن للقانون الواجب التطبيق
23	المبحث الثاني: أهم القيود على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية
23	المطلب الأول: النظام العام
24	الفرع الأول: التعريف الفقهي و القانوني للنظام العام

24	أولاً: التعريف الفقهي.....
25	ثانياً: التعريف القانوني
25	الفرع الثاني : أثر النظام العام على مبدأ سلطان الإرادة.....
26	أولاً: الأثر السلبي.....
26	ثانياً : الأثر الايجابي
27	المطلب الثاني: الغش نحو القانون.....
27	الفرع الأول: التعريف الغش نحو القانون
28	أولاً: تعريف بالغش نحو القانون
29	ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون
29	1- الشرط المادي
29	2- الشرط المعنوي.....
30	الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون على مبدأ سلطان الإرادة.....
30	أولاً: الأثر الايجابي
31	ثانياً : الأثر السلبي
33	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.....
33	المبحث الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المستقبلية.....
34	المطلب الأول : فرض الدولة تطبيق قانونها الوطني " مظهر سيادي "
34	الفرع الأول: الأسس القانونية للتطبيق القانون الوطني
35	أولاً: تجسيد المبدأ
36	ثانياً: الخلاف الفقهي و القضائي حول تكييف عقود التجارة الدولية
37	الفرع الثاني: تطبيق القانون اعتماداً للقانون الاتفاقي.....
37	أولاً: اتفاقية واشنطن سنة 1965.....

- 38ثانيا: اتفاقية روما سنة 1980
- 39ثالثا: الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر في مجال عقود التجارة الدولية
- 40المطلب الثاني: الأسس السياسية و الاقتصادية لتطبيق القانون الوطني
- 41الفرع الأول: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية
- 42الفرع الثاني: ضرورات التنمية الاقتصادية
- 43المبحث الثاني: القانون الأولى لتطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي
- 43المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات
- 43الفرع الأول: تولى إرادة الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق
- 44أولا: تولى الأطراف تنظيم قواعد الإجراءات
- 45ثانيا: قانون الإرادة قانون وطني
- 45الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود الاختيار
- 46المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
- 47الفرع الأول:تولى الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
- 47أولا:اختيار القانون الوطني
- 48ثانيا: اختيار قواعد التجارة الدولية
- الفرع الثاني: تولى هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود
الاختيار
- 49أولا: اختيار هيئة التحكيم لقانون الدولة معينة
- 49أ- التحديد المباشر
- 50ب- تطبيق المحكم للقانون الوطني من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين
- 50ثانيا: اختيار هيئة التحكيم للقواعد التجارة الدولية
- 52خاتمة

54 قائمة المراجع والمصادر

55 الفهرس

56 الملخص

المخلص

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دوراً كبيراً في الاتفاق على الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية بمعنى ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا المبدأ أصبح سائد سواء على المستوى الداخلي أو على الصعيد الدولي.

إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً لأن هناك قيود تحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق منها الحالات المذكورة سابقاً كالنظام العام والعش نحو القانون، وكذلك التطورات الخاضعة في التجارة الدولية غيرت من وجهة النظر فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق وفض الإشكال الواقع بين القانون الوطني والأجنبي وذلك بوضع وقاعد قانونية بتنظيم وتسهيل إسناد القوانين.

Le résumé

Le principe de l'autorité de la volonté joue un rôle majeur dans la conclusion des clauses contractuelles dans les contrats commerciaux internationaux en ce sens qu'il laisse aux contractants la liberté de choisir la loi applicable au contrat, et ce principe s'est imposé tant au niveau interne qu'au niveau international.

Cependant, ce principe n'est pas absolu car il existe des restrictions qui limitent la liberté des parties de choisir la loi applicable, y compris les cas précédemment mentionnés tels que l'ordre public et la fraude à la loi, ainsi que les évolutions soumises au commerce international qui ont changé la point de vue quant au choix de la loi applicable et à la résolution du problème entre la loi nationale et l'étranger en mettant en place une base juridique pour organiser et faciliter l'attribution des lois.

