

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



منازعات عقود التجارة الدولية

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص

إشراف الأستاذ:

أ.د. بن عمار محمد

إعداد الطالب:

كدرية أمين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. كحلولة محمد
مشرفا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بن عمار محمد
عضوا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د. قاسم العيد عبد القادر
عضوا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	د. هديلي أحمد

السنة الجامعية : 2017-2018

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذه الأطروحة، ومنّ عليّ بنعمته التي لا تعدّ ولا تحصى.

أتقدّم بشكري الجزيل للأستاذ المشرف على هذه الأطروحة
الأستاذ الدكتور بن عمار محمد الذي ساعدني في إنجازها
ولم يبخل عليّ بتوجيهاته البناءة والقيمة رغم انشغالاته الكثيرة.
وأتوجه كذلك بجزيل الشكر إلى الأستاذ الدكتور كحلولة محمد
بتشرفه لرئاسة اللجنة الموقرة.

وأشكر أيضا أعضاء اللجنة كل من الدكتور قاسم العيد عبد القادر والدكتور
هديلي أحمد على ما جادوا به من وقتهم الثمين
لقراءة ومناقشة هذه الأطروحة وتكبيدهم مشقة عناء السفر.

إهداء

إلى روح شهيد العلم والمعرفة والتواضع رحمه الله الدكتور "بن حمو عبد الله"

الذي نزل موته علينا كالصاعقة.

إلى والديّ الكريمين حفظهما الله ورعاهما بالصحة والعافية والخير.

إلى زوجتي ورفيقة دربي التي وقفت إلى جانبي وساعدتني في إعداد هذه

الأطروحة.

إلى أولادي الأعزاء.

أهدي هذا العمل المتواضع

المختصرات العربية :

ص. : صفحة.

ق.م.ج. : القانون المدني الجزائري.

ق.م.م. : القانون المدني المصري.

ق.م.ف. : القانون المدني الفرنسي.

ق.د.خ.: القانون الدولي الخاص.

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

ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج.ر. : الجريدة الرسمية.

ط. : طبعة.

م.س. : المرجع السابق.

ج: جزء

2- المختصرات باللغة الفرنسية :

Al. (al) : Alinéa

Art. (art) : Article

Cass. Civ. : Chambre civile de la cour de cassation française.

C. Civ. Fr. : Code civil français.

L. : loi.

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : Numéro.

Op.Cit. : Option citée.

O.P.U. : Office des publications universitaires.

T. : Tome

v. : Voir.

p. (pp.) : page(s).

Cass.Com. : Chambre commerciale de la cour de cassation française.

Dr.In.P.: Droit International Privé.

Trib.Civ.: Tribunal Civil.

T.G.I.: Tribunaux de Grande Instance.

Cass.Req.: Chambre Requête de la cour de cassation française.

c.: Contre.

CCI. (ICC): Chambre de Commerce Internationale.

CNUDCI.:	Commission des Nations-Unies pour le Droit du Commerce International (UNCITRAL).
CVIM. :	La convention des Nations Unies sur les contrats de vente Internationale de Marchandises du 11 avril 1980.
D.:	Recueil DALLOZ.
Éd.:	Édition.
In.:	Dans.
J.O.R.A.:	Journal officiel de la république Algérienne.
JDI.:	Journal du Droit International (Clunet).
L.:	Loi.
Rev.:	Revue.
RCDIP.:	Revue Critique de Droit International Privé.
RDAI.:	Revue de Droit des Affaires Internationales.
RDC.:	Revue des Contrats.
Rev. Arb.:	Revue de l'Arbitrage.
RIDC. :	Revue Internationale de Droit Comparé.
P.U.F.:	Presses Universitaires de France.
Vol.:	Volume.

المقدمة

المقدمة:

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، باعتبارها الفاعل الرئيسي في إنشاء العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، وهي علاقات قانونية خاضعة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. بموجب اتفاق أو عقد يبرمه أطراف التعاقد استناداً لعادات وأعراف التجارة الدولية.

والواضح أن الإنسان لجأ إلى التجارة إلا منذ زمن ليس ببعيد، بعدما كان سابقاً يعتمد على الزراعة لكسب قوته. ونظراً لتزايد حاجيات الأفراد، وتغير سلم المعيشة اقتحم الناس ميدان التجارة محدثين زلزالاً اقتصادياً على الصعيدين الداخلي والدولي.

وتعد العقود ظاهرة اجتماعية واقتصادية وقانونية اهتم بها كل دارسي العلوم، ولاسيما رجال القانون والاقتصاد. لأنها تعد مكسب مالي لرجال الاقتصاد في تقييم حجم المبادلات، ومكسب قانوني من حيث حجم القضايا التي تثور حولها.

ويكون أساس هذه العلاقة إرادة أطرافها استناداً لمبدأ سلطان الإرادة ومدى حرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد، مما يترتب عليه عدة نتائج والتي من ضمنها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

وتتميز هذه العقود بنوع من الحداثة من حيث الظهور هذا من جهة، ومن جهة أخرى اهتمام دارسي القانون الدولي الخاص بموضوعات عقود التجارة الدولية، كون هذه العلاقات تمخضت عنها معطيات جديدة فرضتها ظروف وملازمات التجارة الدولية، وذلك لعدم ملائمة القواعد الداخلية الوطنية لتنظيم هذه العقود على أساس أنها تظل عاجزة عن مسايرة التطور الحاصل في ميدان التجارة الدولية.

وتتلخص الدراسة بالدرجة الأولى هنا عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية على أساس أن الحياة اليومية تتخللها بعض المعاملات العادية والمعاملات التجارية، ولذا يلجأ الأفراد إلى إبرام مثل هذه المعاملات والمتمثلة في إبرام العقود من

أجل إشباع حاجياتهم اليومية. وقد تكون هذه العقود مبرمة داخل الإقليم الوطني، ولا يتخللها عنصر أجنبي في جميع عناصرها ومن ثم تكون وطنية. وإذا تخلل هذه العلاقة عنصر أجنبي في أطرافها (كاختلاف جنسية الأطراف) أو في موضوعها (كاختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ) أو في سببها (كاختلاف مكان التنفيذ عن مكان وقوع الفعل الضار) وينجم عن ذلك تنقل السلع والبضائع قصد المساس بمصالح التجارة الدولية، ليجعل هذا العقد تتجاذبه عدة قوانين لتكون مختصة في مثل هذه المنازعات على أساس قواعد الإسناد الموجودة في القوانين الوطنية التي تسند العلاقة إلى القانون الواجب التطبيق قصد حل النزاع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة.

وهذه العقود التي يبرمها الفرد قد تكون مع الأفراد العاديين أو مع أشخاص معنوية خاصة، أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة مع أحد الدول متجردة من صلاحيات وامتيازات السلطة العامة على أساس الانفتاح الاقتصادي الحاصل والذي أدى بالدولة إلى إبرامها لعقود التجارة الدولية، والتي لا تتمتع فيها بالسيادة وتتعامل باعتبارها كشخص من أشخاص القانون الخاص وتخضع من ثم لنفس الشروط التي يخضع لها الشخص الخاص، والتي من ضمنها القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

ويثير العقد الدولي مسألة مهمة على الصعيد الوطني والدولي، على اعتبار جل الأنظمة القانونية فشلت في التمييز بينه وبين العقد الوطني، غير أنها حاولت إيجاد معايير للفرقة بينهما إلا أنها باءت كلها بالفشل كالمعيار القانوني والاقتصادي. وعاجلت في قوانينها العقد الداخلي، ولم تتطرق لتعريف العقد الدولي. مما خلق صعوبة في إيجاد

تعريف جامع مانع تعريف العقد الدولي. وكان تعريف للعقد الدولي لأول مرة من طرف معاهدة وارسو المتعلقة بالنقل الجوي الدولي.¹

يعتبر سلطان الإرادة من المبادئ المكرسة في فقه القانون الدولي، والتي تعتمد على خضوع العلاقات الدولية لقانون الإرادة، وبخاصة في العلاقات العقدية من القواعد المفروضة منذ الأزل.² وجرى العمل بها فقها وقضاء على أن يحدد أطراف العلاقة الدولية قانونا بمقتضى إرادتهم المستقلة.³

وتطور مبدأ سلطان الإرادة قديما وسار بخطى بالسماح للأفراد من اختيار القانون الملائم بها. ومن الظاهر، أصبح للإرادة دور بارز في مجال التعاقد الداخلي أو الدولي⁴ وهو الأمر الذي أقرته جميع التشريعات الوطنية بما فيها الدولية وطبقته أحكام القضاء في هذا الشأن.

ولهذا يقال أن هذا المبدأ أصبح عالميا، وله الصلة بسيادة الدولة وفرض نفسه بمثابة مؤسس الحرية التعاقدية.⁵ ومن المعلوم أصبح لمبدأ سلطان الإرادة قاعدة أخلاقية بحثة، تعبر عن المبادئ العليا للأخلاق والآداب العامة وذلك حين يمنح الإنسان الحرية في الاختيار، فيظهر وكأنه قانون أخلاقي يجب الخضوع له، والتسليم بآثاره.⁶

¹ - المادة الأولى من معاهدة وارسو، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 267/65 الصادر بتاريخ 1965/10/25، ج.ر./104، لسنة 1965.

² - خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2006، ص.7.

³ - Mayer (P.), droit international privé, 6 è. édition, Montchrestien, Paris, 1998, p.14.

⁴ - Besson (S.), Droit International Privé, Fascicule 2, contrat international, Genève 2004,p.7.

⁵ - Audit (B.), L'Arbitre, le juge et la convention Bruxelles, un Mélanges, Y. Loussouarn, sur l'internationalisation du droit , Paris, Dalloz, 1994, p.15.

⁶ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.11.

ولم يقف مبدأ الإرادة عن هذا الحد، وإنما وجد مكانته في القانون الدولي الخاص واخترق هذا المبدأ العديد من العلاقات الدولية، التي كانت منظمة تشريعيا بضوابط إسناد جامدة، وقواعد أمره في القانون الداخلي.¹

ومع بروز الدور الهام للإرادة في العلاقات الخاصة الدولية، وبخاصة في العقود التي أعطت الحرية للأفراد في حق الخيار يحكم العلاقة العقدية كأداة لضمان اليقين القانوني، وتحقيق العدالة من وجهة نظر أطراف العقد.²

ونظر لما لعبه مبدأ سلطان الإرادة في العقود، أصبح مبدءا عالميا تسلم له جميع الأنظمة القانونية، بما فيها القانون الجزائري في المادة 18 من القانون المدني. إلا أن التشريعات العالمية اشترطت وجوب إخضاع العقد لقانون دولة ما أو بما يعرف بتنازع القوانين الذي هو جزء لا يتجزأ من القوانين الوطنية. وقد جعل المشرع الجزائري ضابط الإسناد الرئيسي وهو قانون الإرادة، وفي حالة سكوت الأطراف يطبق قانون الجنسية أو الموطن في حالة اتحاد الجنسية أو الموطن، وفي حالة عدم ذلك يلجأ إلى قانون مكان الإبرام.

وقد اعتمد المشرع الجزائري وحدة القانون المطبق على العقد الدولي تماشيا مع ما توصل إليه آراء الفقه والقضاء، للحفاظ على تماسك وحدة ونسق العقد لا إلى تجزئته. إلا انه ظهر اتجاه آخر ينادي بإخضاع هذه العقود لاتجاه مغاير مساندة ومواكبة للتطورات الدولية، وعدم استئثارالدولة بصنع القانون يتمثل أساسا بما يسمى بقانون

¹ - عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط. 2012، ص.86.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990، ص.83.

التجار أو القواعد الموضوعية أو المادية. التي لها منهج تطبق مباشرة على النزاع بطريقة موحدة دون الدخول في تنازع القوانين.

ومن جهة أخرى عملت ظاهرة العولمة في تحرير التجارة الدولية بين الدول من سياسات قومية وإيجاد شكل مناسب من اجل التوحيد بين كافة الدولة قصد إذابة الحدود بين الدول للوصول لمفاهيم عالمية وموحدة.¹ وذلك من اجل الوصول إلى تنظيم موضوعي دولي موحد للعقود. بما يسمى بالقانون الخاص الدولي والاستغناء عن المنهج التقليدي لتنازع القوانين وفي ظل انتشار التجارة الالكترونية الذي ساهم في ازدهار وسائل الحديثة في الاتصال والتقدم المتسارع في الثورة الصناعية.

وتتجلى أهمية الموضوع نظرا لما يلعبه العقد الدولي في زيادة تنظيم العلاقات بين الخواص، وبين الدول، ودوره في توحيد المواصفات الدولية وتنظيمه في زيادة الترابط الاقتصاد العالمي وتحرير التجارة الدولية. ويكمن الأمر في حداثة الموضوع والإشكالات الفقهية والقانونية والقضائية التي يثيرها موضوع العقود الدولية.

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من المسائل المهمة لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، نظرا لخصوصيتها وما يلعبه مبدأ سلطان الإرادة فيها. وذلك لتبيان مقتضيات النظام القانوني لهذه العقود، وتبيان كفاية القواعد المادية الموضوعية لحكم الرابطة التعاقدية.

وعليه ما مدى كفاية القواعد لحل منازعات عقود التجارة الدولية؟
وهل هذين المنهجين متكاملين لحسم منازعات عقود التجارة الدولية؟

¹ - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.28.

ما هو القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقات التجارية الدولية، وما هي خصوصياته؟

اعتمدنا على المنهج الوصفي لتوضيح العقد الدولي عن العقود الأخرى والمنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع.

والمنهج التاريخي للرجوع لأصل وجذور الأفكار الفلسفية وإسقاطها على الواقع، والمنهج المقارن بالاعتماد على الدراسات والأنظمة القانونية المقارنة.

ثم اعتماد التقسيم الثنائي في خطة الدراسة:

- الباب الأول: القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقاً لمنهج التنازع.
- الباب الثاني: القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقاً لمنهج المباشر.

الباب الأول

القانون الذي يحكم العقود الدولية

التجارية طبقاً لمنهج التنازع

الباب الأول:

القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقا لمنهج التنازع.

وبما أن العقد الدولي يعتبر شريان الحياة الاقتصادية، والذي تلعب فيه إرادة الأطراف دورا كبيرا وهاما في تحديد وفي اختيار القانون الواجب التطبيق، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المعمول به في مجال العقود الداخلية.

لكن هذه القاعدة التي استقر العمل الدولي على تطبيقها على الجانب الموضوعي للعقد دون شكله، على أساس أن شكل التصرفات يخضع لقاعدة إسناد محددة مسبقا ولا تكون لإرادة الأطراف أي دور في تحديدها وهو ما يعرف بقانون محل الإبرام.

وإن كانت إرادة الأفراد محل نظر في تحديد القانون الذي يحكم العقود الدولية، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وتماشيا مع متطلبات التجارة الدولية من دون قيود على سلطان إرادة الأفراد.

ويكون اختيار قانون العقد مرده للقانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس لمطلق سلطان القانون، ولهذا تأتي إرادة الأفراد لتصنع القانون الذي يحكم العقود الدولية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة استنادا لحرية المتعاقدين في تحديد النظام القانوني لحكم العقد، ومستعالية على القانون وهو ما سنوضحه في النظرية الشخصية. وان كان الفرض السابق يطلق العنان لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المختص، إلا انه لا يمكن أبدا التعويل عليه وإنما يخضع اختيار الأفراد لضوابط قانونية على أساس أن إرادة الأفراد لا يمكن أن تكون مصدرا للقانون، وعلى أساس أن القانون لا يختار وإنما يفرض نفسه على المتعاقدين ولذلك لا بد من الخضوع لقاعدة التنازع المحددة سلفا من قبل المشرع دون إشراك إرادة الأفراد في تحديد القانون المختار. وهو ما سنفصله في النظرية الموضوعية، ثم

الوقوف على الموقف الواسطي للنظرية المعتدلة، وسيكون الحديث أولاً عن تمييز العقد الدولي عن العقد الوطني ومعايير التفرقة وموقف المشرع الجزائري في الفصل الأول.

أمّا الفصل الثاني فيكون عنوانه تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين وأسباب

استبعاده.

الفصل الأول:

مفهوم العقد الدولي ونظريات قانون العقد.

إنَّ تحديد مفهوم العقد وتمييزه عن العقد الداخلي له أهمية بالغة، الذي تترتب عنه عدة نتائج، والتي ظهرت في العديد من النزاعات المطروحة أمام محاكم الدول المختلفة أو أمام جهات التحكيم، والتي تتطلب حلها تحديد ما إذا كنا بصدد عقد دولي أو عقد داخلي. فلتحديد هذه الميزة التي تعتبر مسألة أولية لإعمال إما قواعد القانون الدولي الخاص وفقاً لمنهج التنازع، أو إعمال القواعد الموحدة لقانون التجارة الدولية، وفقاً للمنهج المباشر أو ما يسمى بمنهج القواعد الموضوعية. كما أن الصبغة الدولية للعقد تفرض على القاضي استبعاده للتطبيق القانون الوطني على هذه العلاقة العقدية. وللأطراف المتعاقدة أيضاً، حرية واسعة في اختيار القانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية، إعمالاً لقاعدة قانون الإرادة أو بما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة¹. بخلاف العقد الداخلي، حيث لا يحق لأطرافه اختيار قانون غير قانونهم الوطني للتطبيق على العقد الذي يخضع له بصورة تلقائية وإلزامية².

إنَّ العقد الدولي يمثل انتقال للأموال والخدمات عبر الحدود، وهذا مما يعبر عن المعيار الاقتصادي، وفي نفس الوقت ارتباط العقد بالعناصر المؤثرة والمحايدة مع وجود عنصر أجنبي مما يعبر عن المعيار القانوني سيكون الكلام عليها في المبحث الأول، والنظريات المختلفة التي تحكم قانون العقد سيكون البحث فيها في المبحث الثاني.

¹ - بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2008، ص.17.

² - طارق محمد عبد الله الهنداوي، الإخلال الجوهري بالالتزامات في عقد البيع الدولي وأثره على أطراف العقد، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2007، ص.17.

المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي.

ولوضع تعريف جامع مانع لعقد الدولي يرتكز أساسا على وضع معيار دقيق يحدد من خلاله الصفة الدولية، ليس بالأمر الهين، وذلك للفرق بين الفقهاء والأنظمة القانونية في المناهج المعتمدة لتحديد هذه المعايير¹. مما جعل في هذا الصدد إلى أن الفقه استقر على اعتماد أحد المعيارين الآتين، فكان جانب من الفقه المعيار القانوني كأساس لتحديد هذه الصفة الدولية. والذي يرتكز على عناصر الرابطة العقدية ومدى تعرض الصفة الأجنبية لأي منها، وهذا ما يطلق عليه بالنظرية الشخصية أو الفقه التقليدي. في حين ذهب رأي آخر إلى تبني المعيار الاقتصادي، والذي يطلق عليه النظرية الموضوعية أو الفقه الحديث. والذي يرتكز على مدى ارتباط العلاقة العقدية بمصالح التجارة الدولية وتأثيرها فيها، أساسا لتحديد هذه الصفة. لذلك سوف نتطرق لكل من الاتجاهين على حدة، ثم ندرس موقف المشرع الجزائري من المعيارين. وقبل ذلك لا بد من الإشارة لمفهوم العقد الداخلي في المطلب الأول.

المطلب الأول: مفهوم العقد الداخلي.

قبل التعرض للعقد الدولي ومعايره، كان لزاما التطرق لمفهوم العقد من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ثم التعرض لمفهومه فقها وقانونا.

الفرع الأول: التعريف اللغوي واصطلاحيا.

العقد لغة هو الوصل والربط، ويأتي هذا المعنى من عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبال ببعضها أي إذا وصل به شدا ومنه يقال عقد فلان بينه وبين فلان عقدا.²

¹ - محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، سنة 2004، ص.159.

² - انظر معجم لسان العرب لابن منظور، دار المعارف.

ويأتي العقد بمفهوم آخر وهو معنى العهد¹. وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾².

أما عن المعنى الاصطلاحي، فهو يفيد على المستوى الداخلي معنى التصرف القانوني القائم على توافق الإرادتين أو أكثر يقصد إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه . أو بمعنى آخر هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في التزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.³

الفرع الثاني: المفهوم الفقهي والتشريعي.

لقد تصدى الفقهاء لفكرة العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر من إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

وكانت رؤية الأخر على أن العقد اتفاق إرادتين على إنشاء التزام فقط، فكل عقد اتفاق، ولكن ليس كل اتفاق عقد.⁴

والواضح من هذا التعريف يجب أن تتوفر الشروط التالية :

- ضرورة وجود إرادتين متقابلتين، وذلك بسبب إن الإرادة الواحدة لا يعتد بها في إنشاء العقد، أي استبعاد التصرف بالإرادة المنفردة.
- أنه لا يكفي وجود إرادة يعتد بها القانون وإنما يتوجب علاوة على ذلك أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين.
- ضرورة وقوع الاتفاقات بين الإرادة في القانون الخاص.¹

¹ - محمود مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، د.م.ج . الجزائر، 2006، ص.19.

² - الآية رقم 1 من سورة المائدة.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1989، ص.5.

⁴ - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1 عمان الأردن، 1987، ص.11.

وبهذا المنطلق، فإن سلطان الإرادة مقيد بحدود النظام العام الذي يفرضه القانون بنصوص أمرة من اجل توجيه إرادة الأفراد المتعاقدة.

أما من الناحية التشريعية لقد تباينت قوانين الدول حول تعريف العقد، حيث قامت بعض القوانين بتعريف العقد بنصوص خاصة مثل القانون الفرنسي² والجزائر وغيرهم. أما بعض التشريعات امتنعت عن إعطاء تعريف للعقد وتركت المسألة للاجتهاد.³

فقد عرفه القانون المدني الأردني في المادة 87 على انه: العقد صورة ارتباط الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر.

وكما عرفه القانون الكويتي في المادة 31 على انه: العقد ارتباط الإيجاب والقبول على إحداث اثر يرتبه القانون.

أما تعريف القانون اللبناني فقد عرفه في المادة 125 من قانون الموجبات والعقود بقولها: الاتفاق هو كل التمام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً.

كما أن العقد الوطني ينحصر تطبيقه في نطاق جغرافي محدد وفي إطار نظام قانوني واحد هو القانون الوطني، عكس العقد الدولي الذي يتعدى عدة قوانين إعمالاً لقواعد الإسناد أو لقواعد موضوعية.

¹ - عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم لنقل البضائع قواعد هامبورغ 1978، دار الكتب القومية القاهرة، ط. 2001، ص. 81.

² - Art. 1101 du c. civ. Fr. dernière modification 13/2/2016 en vigueur au 29/2/2016 qui dispose (Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à ne pas faire quelque chose)

³ - مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كية الحقوق، عين الشمس، سنة 2005، ص. 36.

المطلب الثاني: المعيار القانوني في تحديد العقد الدولي.

حسب هذا المعيار حتى يكون العقد دولياً، يجب أن يكون على اتصال بأكثر من نظام قانوني، مما وجب البحث في عناصر الرابطة العقدية عن العنصر الأجنبي، فإذا اتضح اتصال العناصر بأكثر من دولة بخلاف دولة القاضي المعروض عليه النزاع اكتسبت الرابطة العقدية الصفة الدولية¹. أما عن تحقق العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية فيكون إما في حالة اختلاف دولة إبرام العقد عن تلك التي ينتمي إليها أحد أطرافه، أو اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ. فإذا ما اتصلت هذه العناصر بأكثر من نظام قانوني اعتبر العقد دولياً.

وبما أن هذا الرأي بني العقد على اتصاله بأكثر من نظام قانوني اعتبر العقد دولياً، فبمفهوم المخالفة لو اتصل بنظام قانوني واحد تجردت عنه صفة الدولية².
ومما يجب التنبيه إليه في هذا الخصوص إلى أن ثبوت الصفة الدولية للعقد من عدمها، مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية. لذلك انقسم الفقه المؤيد لهذا المعيار إلى فريقين: فريق ينظر بنظرة موسعة (الفرع الأول)، وفريق يأخذها بنظرة ضيقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعيار القانوني التقليدي أو الواسع.

هذا الفريق³ يتزعمه عميد القانون الدولي الخاص الفرنسي باتيفول Batiffol، ويرى أنه يجب النظر إلى جميع عناصر العقد على حد السواء، حيث أنه يكفي توفر الصفة الأجنبية في أي عنصر من عناصر العلاقة العقدية لاعتبار العقد دولياً بغض النظر

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2001، ص. 72.
² - سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشلف، سنة 2008-2009، ص. 10.
³ - أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007، ص. 42.

عن مدى أهمية وتأثير ذلك العنصر على العقد من عدمها. فيكفي مثلا أن تختلف جنسية المتعاقدين أو موطنهم، أو أن يقع التعاقد على بضاعة موجودة في دولة أجنبية أو تم إبرامه في دولة أجنبية¹.

ويعتبر الفقيه باتيفول Batiffol من أشد المناصرين لهذا الاتجاه والداعمين له، إذ كان تعريفه للعقد الدولي بأنه: "يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة أطرافه، سواء من حيث جنسيتهم أو محل إقامتهم، أو من حيث تركيز موضوعه، تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني"².

ونظرا للطريقة التي اعتمدها أنصار هذا الفريق، إلا أنهم لم يسلموا من سهام النقد، ذلك أنهم لم يميزوا بين العناصر المهمة في العلاقة العقدية والعناصر غير المهمة³. فمن غير المعقول أن يعتبر عقد البيع المبرم في فرنسا بين فرنسي وجزائري مقيم في فرنسا لتوريده كمية من الخضر لبييعها لمواطن جزائري في السوق الفرنسية عقدا دوليا مجرد اختلاف جنسية المتعاقدين. كما أن إضفاء الصفة الدولية على العقد لوجود عنصر أجنبي ضمن عناصر الرابطة العقدية منتقد على أساس أن الرابطة العقدية التي لا تتوفر على عنصر أجنبي هي علاقة وطنية محضة تطبق عليها القواعد الموضوعية للقانون الوطني وحده دون سواه، وهي لا تستدعي حتى مجرد التفكير في أعمال قواعد الإسناد. أما في حالة ما إذا كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي، سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها، فهذا من شأنه أن يفسح المجال لإعمال قواعد الإسناد دون مراعاة ما إذا كان

¹ - اعتمد المشرع التونسي على المعيار القانوني وذلك من خلال المجلة لتونسية للقانون الدولي الخاص الصادرة بمقتضى القانون 97/98، والذي ينص في المادة 2 منه: "يعتبر العقد دوليا إذا كانت لأحد عناصره صلة على الأقل بنظام أو عدة أنظمة قانونية خارج النظام القانوني التونسي".

² - Batiffol, (H.), encyclopédie juridique, Dalloz, répertoire de droit international, Tome 1, 1968, contrats et conventions, N. 9, p.564.

³ - Chatillon Stéphane, Le contrat international, 3 édition, Vuibert, Paris, 2007, p.10.

العنصر الأجنبي مؤثر وإيجابي أم أنه مجرد عنصر سلبي غير مؤثر في العلاقة العقدية¹. لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء قيمة للعنصر الأجنبي ومدى تأثيره على الرابطة العقدية، ومدى ربطها بأكثر من نظام قانوني. وهو رأي الفريق الثاني.

الفرع الثاني: المعيار القانوني الحديث أو الضيق.

هذا الاتجاه² يرى بتقسيم عناصر العقد إلى عناصر فعالة وأخرى غير فعالة، وقد اختلفوا في تصنيف الكثير منها.

فبالنسبة لمحل إبرام العقد، يعتبره الكثير من الفقهاء عنصرا هاما ومؤثرا في تحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية³. ولهذا يرى الفقيه Mayer بأنه لا يمكن الاعتداد بمحل الإبرام كأساس لتحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية، وذلك لإمكانية حدوث الغش نحو القانون من قبل الأطراف المتعاقدة نظرا لإمكانية تحديد مكان إبرام صوري ووهمي من قبل الأطراف⁴. لذلك فإن المسألة نسبية، تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة كل العلاقات التعاقدية، ولا يمكن الحكم مسبقا بأن محل الإبرام له تأثير على العلاقة العقدية.

أما لموضوع مكان تنفيذ العقد وموطن المتعاقدين، فله تأثير نسبي على العقد، إذ يكون اختلاف محل تنفيذ العقد عن مكان إبرامه، أو موطن المتعاقدين، من العناصر الهامة والفعالة في منح العقد الصفة الدولية. وبناء على ذلك يمكن اعتبار العقد دوليا عندما يتم إبرامه بين طرفين ينتميان بجنسيتيهما إلى دولة واحدة ولكن أحدهما يقيم بدولة أخرى

¹ - خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 2008-2009 ص.16.

² - Jean Michel Jacquet, Principe d' autonomie et contrats internationaux , publie avec le concours di ministre des universités, economica , 1983, p. 253.

³ - سلامة فارس، وسائل معالجة احتلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، 1999، ص.44.

⁴ - Mayer (P.), droit international privé, 1 ère. Edition, Montchrestien, Paris, 1977, p. 679.

كأن يبرم عقد بيع بين فرنسيين أحدهما مقيم بالجزائر، أو أن يبرم عقد في فرنسا بين فرنسيين يقيمان في فرنسا ولكن يراد تنفيذه في الجزائر. غير أن القضاء الفرنسي أكد في العديد من الحالات أن اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ، لا يعتبر دوماً عنصراً فعالاً يسمح بمنح العقد الصفة الدولية. فهو في بعض الأحيان يقر بأنه فعال¹، وفي مرات أخرى يعتبره عنصراً غير فعال².

وأما في يخص اختلاف جنسية المتعاقدين، لا ريب فيه أن للجنسية دور مهم في تحديد الصفة الدولية لبعض العقود التي تتعلق بحالة الأشخاص كعقود الزواج، وذلك لاعتبارات خاصة بمراعاة خصوصيات الأفراد. لكن ما إن تنتقل إلى مجال العقود المالية والتجارية، ومنها عقد البيع الدولي، حتى نرى أن عنصر الجنسية يقل شأنه كضابط محدد للصفة الدولية للعقد. ويتردد كثير من الفقه في اعتباره كذلك، فبينما يرى البعض³ أنه عنصر فعال ومؤثر، يرى غالبية الفقه⁴ استبعادها كعنصر مؤثر في تحديد الصفة الدولية، وهو الرأي الذي تؤيده لأنه لو افترضنا أن أجنبياً مقيماً بالجزائر أبرم عقداً لشراء بعض الحاجيات التي تخصه للاستهلاك الشخصي داخل الجزائر، فمن غير المعقول أن نصف هذا العقد بأنه عقد بيع دولي لمجرد اشتماله على عنصر أجنبي متمثل الجنسية الأجنبية لأحد أطرافه، فالواضح في المثال المعروض أن عنصر الجنسية ليس له أي تأثير ولا فعالية. وفي هذا الصدد يضرب الفقيه الفرنسي Goldman مثلاً على عدم أهمية عنصر اختلاف جنسية المتعاقدين في منح الصفة الدولية للعقد، بعقد البيع الذي يبرم بين منتج فرنسي للثمار الزراعية وبائع بريطاني يفتح دكانه بباريس، مع الأخذ في عين الاعتبار أن مكان

¹ - Cass. Civ. 18/05/1971, Affaire Empex c/ Moltiriatic, Rev. Clunet, 1972, p. 62.

² - Cass. Civ. 07/10/1980, Affaire Tardieu c/ Bourdon. Rev., Critique, 1981 p. 315.

³ - Alfonsin, contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé, mélanges offerts à Maury Jacques, Tome 1, p. 29.

⁴ - Goldman (B.), note sous l'arrêt Hicto, de la cour d'appel de paris 19/06/1970, Hicto c/ société Buisman, J.C.I. 1971, N1692.

تسليم البضاعة ومكان الدفع بفرنسا. ويقول بأن العقد السالف الذكر يحتوي لا محالة على عنصر أجنبي وهو اختلاف الجنسية، لكن هل من المعقول تصنيف هذا العقد ضمن طائفة العقود الدولية، مع الأخذ في الاعتبار أن موضوعه يعد من الناحية الاقتصادية فرنسيا خالصا¹. كما نجد أن اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، وهي اتفاقية أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، وتتضمن القواعد الموضوعية الموحدة لأحكام عقد البيع الدولي، فهي تستبعد صراحة من خلال الفقرة الثالثة من المادة الأولى عنصر الجنسية كعنصر محدد لمجال اختصاصها إذ تنص: "... لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية".

ولم يسلم هذا الفريق الثاني من النقد²، الذي ركز على ضرورة أن تكون للعنصر الأجنبي أهمية وتأثيرا على العلاقة العقدية، حتى يعتمد كأساس لتحديد دولية العقد من عدمها. بأنه وقع في خطأ جوهري يتمثل في أنه صنف مسبقا عناصر العلاقة العقدية إلى عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة، متناسيا أن المسألة نسبية³. فالعنصر الذي قد يكون مؤثرا في عقد معين، قد لا يكون مؤثرا في عقد آخر ولو تشابهت ظروفهما وتقاربت في بعض الأحيان. لذلك فإن تصنيفهم هذا يعتبر حكما مسبقا آليا وجامدا. ومن هنا يجب التأكيد على نسبية هذه المعايير. لكن ونظرا لأن المسألة نسبية فإن الأمر قد يختلف بالنظر

¹ - Kneopfleuer François, Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse, Travaux des journées d'étude organisées par le centre de l'entreprise les 9 et 10 Oct, 1987 à L'université de Lausanne, 1988, p.81

² - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في القانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.2.

³ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990-1991، ص.15.

إلى المسألة المعروضة، إذ يعد العنصر الأجنبي في هذه الحالة عنصرا فعلا ومؤثرا في منح الصفة الدولية للعقد.

ويرى جانب من الفقه¹ أن اعتماد التمييز بين العناصر الفعالة المؤثرة وغير المؤثرة كأساس لمنح الصفة الدولية للعقد لم يعد كافيا، نظرا لنسبية هذا التمييز وعدم دقته. لذا ذهبوا إلى التمييز بين الدولية الموضوعية (المطلقة) والدولية الشخصية (النسبية). فنكون أمام الدولية الموضوعية حينما تتصل العناصر الذاتية للعلاقة العقدية بدولتين أو أكثر، أي بنظامين قانونيين على الأقل، وذلك بغض النظر عن الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها. كما لو كان الأمر يتعلق بتزاع بشأن عقد مبرم بين شخص مقيم في الجزائر وآخر مقيم بفرنسا لاستيراد بضاعة من فرنسا إلى الجزائر، أو العكس. فهذا العقد يعتبر دوليا بصفة موضوعية لاتصال عناصره الذاتية بالنظام القانوني لدولتين مختلفتين هما الجزائر وفرنسا، سواء طرح النزاع بشأنه أمام المحاكم الجزائرية أو أمام المحاكم الفرنسية، أو أمام محاكم أي دولة ثالثة. ونكون أمام الدولية الشخصية لو كانت عناصر هذه العلاقة ترتكز في دولة واحدة بينما طرح النزاع أمام قضاء دولة أخرى. كما لو تعلق الأمر بعقد بيع أبرم في الجزائر بين شركتين مقرهما في الجزائر وتخضعان للقانون الجزائري، ويراد تنفيذ العقد في الجزائر. فلما ثار بشأن هذا العقد نزاع، عرض أمام القضاء الفرنسي. ويرى الفقه² أنه من باب أولى وصف هذه العلاقة العقدية " بالأجنبية " فهو عقد بيع أجنبي بالنسبة للقضاء الفرنسي المعروض أمامه النزاع، ولكنه ليس بعقد البيع الدولي. فمجرد طرح نزاع العلاقة العقدية التي ترتكز عناصرها في دولة واحدة على قضاء دولة

¹ - Mayer (P.) et Vincent Heuzé, Droit international privé, 4^{ème} Edition, Montchrestien, Paris, 1991, p. 11.

² -Ikram El Moussati, Le contrat commercial international tendances a l'internationalisation des relations contractuelles, diplôme d'études supérieures approfondies option droit international, faculté des sciences juridique, université Hassan 2 Casablanca, 2006-2007. p.8.

أجنبية يؤدي في حد ذاته إلى تدويل هذه العلاقة لكنها دولية شخصية لا تصل إلى درجة الدولية الموضوعية، لكون الصفة الأجنبية لم تنطبق على العناصر الذاتية للعقد. ورغم ذلك يتدخل القانون الدولي الخاص في مثل هذه العلاقات العقدية، لكن ذلك لا يتم على وجهه الكامل إلا فيما لو اتصفت الرابطة العقدية بالدولية الموضوعية. ويرى البعض¹ أن الدولية في هذه الحالة نسبية، وهي لا تكفي في ذاتها لإضفاء الطابع الدولي المتطلب كشرط لإعمال قواعد النزاع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة. فلا يعتبر العقد دوليا إلا إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، ولا يحصل هذا الفرض إلا في الدولية المطلقة أي الموضوعية. أما الدولية الشخصية أو النسبية، فتكون فيها عناصر الرابطة العقدية كافة منتمة إلى دولة واحدة، مما يجعله عقدا داخليا يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بعناصره، حيث أنه لا يكفي عرض النزاع الذي طرح بشأن هذا العقد أمام قضاء دولة أجنبية لمنحه الصفة الدولية. ومن هنا ينبغي على القاضي المعروض عليه النزاع، ألا يعمل قانونه الوطني لأن العلاقة العقدية أجنبية عنه، كما لا يحق له إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، لأن العقد ليس دوليا، وإنما يخضع العقد إجباريا للقانون الوطني الذي نشأ في ظلّه وانتمت كل عناصره الذاتية إليه².

المطلب الثالث: المعيار الاقتصادي لتحديد العقد الدولي.

يقصد بالعقد الدولي في مفهوم المعيار الاقتصادي، العقد الذي يمس بمصالح التجارة الدولية. أو العقد الذي يترتب عليه انتقال البضائع من حدود دولة إلى حدود دولة أخرى في مقابل انتقال ثمنها³.

¹ - طارق الهنداوي، المرجع السابق، ص. 27.

² - Lagarde (P.), Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19/06/1980, Rev. Crit. D.I.P., 1991, p. 293.

³ - نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1986، ص. 68.

الأساس الأول فكرة المد والجزر للبضائع عبر الحدود أي كل عقد يترتب عليه مد وجزر السلع والأموال فيما وراء الحدود¹. وقد كان للقضاء الفرنسي أول من أرسى قواعد هذا المعيار، وذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1927²، أين تعرضت لمدى صحة شروط التعاقد المتعلقة بتحديد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها، فقد ارتأت أن شرط التعامل بالذهب لا يمكن أن يكون جائزا إلا في العقود الدولية. وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على المعيار الاقتصادي في تحديد مفهوم العقد الدولي. وهو ما أكده المدعي العام ماتير (procureur générale Matter)، الذي أكد أن العقد الدولي هو العقد الذي يترتب عليه دخول العملة وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، وهو يقول في هذا الصدد أنه: "يتعين في هذا العقد أن يحدث عملية مد وجزر فيما وراء الحدود وأن يرتب نتائج متبادلة في كلتا الدولتين التي تتم العملية في إطارهما، وبناء على ذلك فإنه على سبيل المثال يعتبر موضوعا لوفاء دولي، عقد البيع التجاري الذي يؤدي إلى انتقال البضائع من دولة إلى ثانية، وإلى انتقال الثمن من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى... أما إذا تعلق الأمر بإيجار عقار بفرنسا من طرف انجليزي لصالح فرنسي فإن مثل هذا العقد لا يؤدي إلى دخول أية بضاعة أو نقل نقود إلى فرنسا، وبذلك فإن العملية تكتسي طابعا داخليا محضا، ومن ثم فإن الوفاء في مثل هذه الحالة يجب أن يخضع لقوانين النظام العام السارية المفعول في فرنسا"³.

¹ - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987، ص. 14.

² - Cass.Civ., 17 mai 1927, D.P.1928.I.25, note H.Capitant. Cité par Philippe Fouchard et autre, Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, 1996, p. 59.

³ - « Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières, des conséquences dans un pays et dans un autre est par exemple, l'objet d'un règlement internationale, le contrat de vente commerciale qui doit pousser des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier. Inversement, la location d'un droit immobilier à Alger par un Anglais à un

أما الأساس الثاني المتمثل في المساس بالعقد بالمصالح الاقتصادية،¹ وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فيما بعد اعتمادها على المعيار الاقتصادي في تعريفها للعقد الدولي، وذلك من خلال قرارين لاحقين وقائعهما متشابهة هما قرار Mardelé c. Muller في 1930-02-19، وقرار Dambricourt C. Rossart في 1931-01-27.² ويتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بفرنسا بين طرفين فرنسيين، وكان موضوع هذا العقد يتمثل في نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسي وثن الدفع في قضية "ماردلي" يتم بمقتضى شيك مسحوب بلندن، وكان البائع فيها يتمثل في شركة فرنسية صرحت حينما أبرم العقد أنها تتصرف لحساب شركة هولندية تعتبر أما لها. أما في قضية "دامبريكوت" فان المتعاقدين اتفقا على اعتماد الشروط النموذجية التي وضعتها جمعية التجارة الدولية للحبوب بلندن (London corn Trade Association). وتم الاتفاق أيضا على عرض كل نزاع قد يحدث بصدد العقدين على التحكيم بلندن. وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل العقدين معا خاضعين للقانون الانجليزي. ولما عرض النزاع على القضاء الفرنسي أثرت مسألة صحة شرط التحكيم الوارد بالعقدين، لأن هذا الشرط كان باطلا طبقا للقانون الفرنسي. لكن محكمة النقض الفرنسية قررت بمقتضى هذين الحكمين أن شرط التحكيم الوارد بالعقدين صحيح، على أساس أنه "يتعلق بمصالح التجارة الدولية" «mettant en jeu les intérêts du commerce international». وقد أوضح حكم "دامبريكوت" أن الصفة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج

Français n'a produit en France ni l'entée, ni de marchandises, ni d'espèces, l'opération donc été locale, et son paiement doit donc être nécessairement soumis aux lois d'ordre public en France » v. Philippe Fouchard, op. cit., p., 60.

¹ - محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 50.

² - Cass. Civ., 19 fév. 1930, Mardelé c. Muller, et Cass. Civ., 27 janv. 1931 Dambricourt c. Rossart, Rev. Crit. DIP, 1931. p. 514. 1933. 1. 41, note J- P Niboyet. Cité par Philippe Fouchard, op. cit., p. 60.

تم إبرامها بواسطة وكلاء، وأن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة طبقا لبيع "C.A.F" وحصل تسليمه بسان نازير (أي بميناء فرنسي). وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقا بمصالح التجارة الدولية، وأنه طالما أن بطلان التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليس من النظام العام بفرنسا، فإن الأطراف حتى ولو كانوا فرنسيين فأنهم بإمكانهم بموجب عقد مبرم بالخارج أو فرنسا العدول عن أحكام هذه المادة واختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفاقهم، كالقانون الانجليزي الذي يجيز شرط التحكيم.

وهكذا كان القضاء الفرنسي هو السباق في تحديد مضمون دولية العقود اعتمادا على المعيار الاقتصادي الذي وضع أسسه ومبادئه. وبعد أن تعرضنا لكل من محتوى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في تعريفهما لعقد الدولي، لا بد بنا الآن التعرض للجمع بين المعيارين وموقف المشرع الجزائري منهما.

المطلب الرابع: الجمع بين المعيارين وبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك.

يتجه القضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي للوصول إلى دولية العقد، بحيث لا يكفي بتقرير بدولية العقد إلا إذا تحقق وجود عنصر أجنبي في العلاقة العقدية (المعيار القانوني) وإنما لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).¹

وعلى الرغم من مناداة القضاء الفرنسي بازدواجية المعيارين في قضايا شهيرة استنادا إلى فحص طبيعة العقد²، وتمحور في قضية هشت بويسمان Buisman Hecht بتاريخ 1972/07/04.¹

¹ - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص.14.

² - شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص.26.

كذلك لقد تقرر الجمع بين المعيارين، وهذا ما تم إقراره في اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1986، وتبنيهم موضوع اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، إلى جانب وجود مؤسسات الأطراف المتعاقدة في دولتين مختلفتين².

بعض الفقه يرى تعريفا للعقد الدولي بجمع بين المعيارين، على أن العقد الدولي الذي يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة أي أكثر من نظام قانوني واحد لتعلقه بالتجارة الدولية³.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لتعريف العقد الدولي، ولا نجد مادة تتكلم صراحة عن المعيارين، لكن بعد البحث والتحري في مجال التحكيم التجاري الدولي فإنه يمكننا استخلاص موقف المشرع الجزائري من تعريفه لمصطلح الدولية. فبعد انضمام الجزائر في 7 فبراير 1989 إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المصادق عليها من قبل الجزائر بمقتضى القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988⁴، صدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25

¹- تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام شركات بويسمان عقد توكيل تجاري مع مواطن فرنسي هشت منتوجات الشركات بفرنسا ولحسابها، وأعطى القضاء الفرنسي هذا الحكم تفسيرا للجمع بين المعيارين على أن العقد مبرم في هولندا بين الشركة التجارية خاضعة للقانون الهولندي ومواطن فرنسي يعتبر بمثابة عقد دولي، أي العقد يرتبط بأنظمة قانونية صادرة عن عدة دول، وموضوعه ينصب في إعطاء هشت المواطن الفرنسي صلاحية صلاحيات القيام بتصرفات قانونية باسم الشركة الهولندية، من اجل رفع حجم صادرات هذه الشركة من البضائع بفرنسا. أشار لذلك، نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1995-1996، ص.82.

²- Phillippe Khan, La convention de vienne du 11/4/1980 sur les contrats de vente international de marchandises , R.I.D.C, 33 année, 04, 1984, p.951.

³- الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.44.

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 28 لسنة 1988. وقد تحفظت الجزائر على هذه الاتفاقية في نقطتين: الأولى تتعلق بتطبيق الاتفاقية فقط اذا كان حكم التحكيم صادر عن دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك . والتحفظ الثاني يتعلق بتطبيق الاتفاقية على المواد التجارية فقط دون المدنية. راجع أيضا المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر

أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، والذي وضع الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي. وبعد استقراء المادة 458 مكرر التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي¹، أن المشرع الجزائري قد اعتمد معيارا مزدوجا في منح الصفة الدولية للتحكيم. فقد أوجب توفر المعيار الاقتصادي أي أن يتعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، وأوجب أيضا توفر المعيار القانوني بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج². وهو موقف ساير فيه المشرع رأي أغلبية الفقه الجزائري³. لكن مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008⁴، عدل المشرع الجزائري عن المعيار المزدوج الذي كان يتبناه لتعريف مصطلح الدولية، وأصبح يتبنى المعيار الاقتصادي فقط. وذلك بمقتضى المادة 1039 منه، التي تنص على انه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

بعد التعرض لمفهوم العقد الداخلي والدولي والتمييز بينهما، لا بدّ من استعراض النظريات المختلفة لقانون العقد في المبحث الموالي وموقف الأنظمة القانونية.

الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية عدد 48 المنشورة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

¹ - شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011 - 2012، ص. 29.

² - تنص المادة 548 مكرر على انه: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

³ - لقد دعا لاعتماد المعيار المزدوج لتعريف العقد الدولي كل من: الطيب زروقي حيث يقول في رسالته المشار إليها سابقا: "وبإشارتنا إلى ضرورة تطبيق المعيارين القانوني والاقتصادي تطبيقا جامعا باعتبار أن هذا الحل هو وحده الذي يسمح لنا بتحديد ماهية العقد الدولي بشكل واضح ودقيق... ص. 64.

⁴ - المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، والذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من نشره.

المبحث الثاني: تحديد قانون العقد في إطار النظريات المختلفة ومدى تأثير الأنظمة

القانونية.

للعقد أهمية خاصة في الحياة الاقتصادية، وكما هو معترف به هو تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية¹. على أساس أن الإرادة تلعب دورا كبيرا في تعيين القانون الواجب التطبيق سواء في العقود الداخلية أو العقود الدولية، ولهذا تأتي إرادة الأفراد لتصطع القانون الذي يحكم العقود الدولية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة استنادا لحرية المتعاقدين في تحديد النظام القانوني لحكم العقد، ومستعجلة على القانون وهو ما سنوضحه في النظرية الشخصية، من الوقوف على الأسس التي تقوم عليها في مطلب الأول، ونستعرض في مطلب ثان أسس النظرية الموضوعية. ثم في مطلب ثالث للاتجاه التوفيقى بين النظريتين. وفي مطلب رابع يكون في مدى تأثير الأنظمة القانونية بالنظريات الثلاث.

المطلب الأول: مضمون النظرية الشخصية.

ظهرت هذه النظرية كنتيجة حتمية، عما كان يعانيه الفرد من كبت للحريات في ظل نظام الإقطاعيات وانحسار دور الدولة وظهورها بمظهر الشخص الحارس للحريات، إذ أصبح الفرد أمام هذا الوضع وأمام إطلاق العنان لإرادته الحرة سيد القانون والتنظيم في الدولة.

فالنظرية الشخصية تدعو إلى جعل اتفاق إرادة الأطراف متعاقدة كاف بذاته مجرد بوصفه مصدر الالتزام، فلا يمكن القول معه بلزام الأطراف إخضاع عقدهم لأي قانون آخر غير القانون الذي اختاروه، فإن اختيار قانون الذي تخضع له العلاقة العقدية هو

¹ - حيث نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري المعدلة والمتممة بمقتضى أحكام القانون رقم 05-10 الصادر بتاريخ 20 جوان 2005، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 جوان 2005، رقم 44. على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

اندماج ذلك القانون بالعقد بوصفه بنداً من بنوده، فالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الالتزام إلا في الحدود التي رسمته له تلك الإرادة¹. ومن هنا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في نطاق الروابط التعاقدية، بحيث إن إرادة المتعاقدين تتمتع بالحرية الكاملة في إبرام العلاقات العقدية وتنظيمها وتحديد شروطها بصرف النظر عن صلة هذا القانون بالعقد².

ويفهم مما سبق ذكره، على أن أنصار النظرية الشخصية جعلوا قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد مرده مبدأ سلطان هو ما يخول للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد نفسه، ويرجع هذا الحق والقدرة على الاختيار إلى مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة³.

وعليه لا بد من الوقوف على التطور التاريخي الذي أفرزه قانون الإرادة عبر مراحل التاريخية قصد شرح مضامين النظرية الشخصية (فرع أول). وبعد معرفة مضمون قانون الإرادة وإعماله في تحديد القانون المختص قد تنجم عنه بعض الآثار العملية والقانونية (فرع ثان).

الفرع الأول: التطور التاريخي لمضمون فكرة قانون الإرادة.

كان الفكر الليبرالي يقوم على فكرة تقديس حرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً وفطرياً له، على أساس أن الفرد يولد ومعه حقوق سابقة والتي من بينها حرية التعاقد⁴، إذ يقوم هذا المذهب على فكرة مفادها تقديس الفرد والاعتراف له بحقوق الإنسانية

¹ - سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بدون بلد النشر، طبعة لسنة 1995، ص.26.

² - صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشاركات إيجار السفينة، دراسة مقارنة، بيروت، 1981، ص.77.

³ - محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين شمس، مصر، ص.592.

⁴ - شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، طبعة سنة 1963، ص. 50.

وحرية في التصرف طبقاً لإرادته الحرة، وبأن تلك الحقوق والحريات ثابتة له طبقاً للقانون الطبيعي وقواعد العدالة على اعتبار أن حرية التعاقد منشأها طبيعة الإنسان وهي كائنة وسابقة على وجود القانون.

وهكذا فقد استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة مبدأ سلطان الإرادة وخضوع العقد لقانون الإرادة، وبظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية ونظام الاقتصاد الحر أو الليبرالي الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه في الحدود الوطنية¹.

وحقيقة الأمر أن القائلين بهذه الأفكار كانوا يواجهون السلطات والأنظمة المستبدة في العصور الوسطى، أين كان يسود نظام الإقطاعيات².

وعلى إثر ذلك قامت ثورات للقضاء على العبودية بكل أصنافها، ومحاربة نظام الإقطاعية واستئصالها من جذورها في أوروبا بصفة عامة، وفي إيطاليا وفرنسا بصفة خاصة³، لتحطيم مثل هذه الحواجز الموجودة بين الدويلات وبين الإقطاعيات لتحقيق وحدة الدولة.

ومن هذا المنطلق أُطلقت حريات الأفراد في كافة مناحي الحياة السياسية والاقتصادية، وانحسر دور الدولة في المرافق التقليدية والمتمثلة في الجيش من أجل الدفاع

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية 2000، ص.173.

² - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.2001، ص.103.

³ - ظهرت مبادئ القانون الطبيعي في هذا العصر للقضاء على نظام الاستبداد والطغيان الممارس على الأفراد. وعلى ذلك اثر قامت الثورة الفرنسية لعام 1789، للقضاء على الاستبداد وظهور إعلان حقوق الإنسان والمواطن. La déclaration des droits de l'homme كعنوان للحريات الفردية. وقد تأثر نابليون بهذه المبادئ، مما جعلتها ينص عليها في القانون المدني لعام 1804، والتي من بينها الملكية حق مطلق، العقد شريعة المتعاقدين، لا مسؤولية بدون خطأ.

V. François Terré, Dominique Fenouillés, Droit Civil, Les Personnes, La Familles, Les Incapacités, Dalloz, 6^e édition 1996, p. 41.

عن سلامة ووحدة التراب الوطني، وجهاز القضاء من أجل الفصل في الخصومات التي تنشأ بين أفراد المجتمع وذلك حفاظاً على استقرار المجتمع ولتجنب الفوضى، وقطاع الشرطة من أجل إحلال الأمن والمحافظة على السكينة العامة. أي ظهور الدولة بمظهر الدولة الحارسة أو المتفرجة.

ولقد غالى هذا الفكر الحر بتقديسه للفرد، إذ جعل الجماعة مسخرة لفائدة الفرد وبعبارة أخرى الفرد هو أساس المجتمع، فالجماعة وجدت من أجل الفرد ولم يوجد الفرد من أجل الجماعة¹.

إذن قد رفع هذا المذهب من شأن وقدر الفرد إلى قمة التنظيم القانوني باعتباره سيد الجماعة، لكون الجماعة مسخرة لتحقيق مصالحه ومآربه الشخصية². ومن المعلوم في ظل هذه المفاهيم، انكمش دور المشرع في سن القواعد القانونية، مما نجم عنه في الأخير تراجع تدخل الدولة، بل أكثر من ذلك أصبحت الدولة تراقب عن بعد عما يدور في الحياة المجتمع مكتوفة الأيدي دون حراك لترويض وتطويع حريات الأفراد المصقولة بالتححر المتطرف، إذ كان تحركها محدود ومقيد بشروط لردع هذه الاعتداءات الممارسة على الحريات والحقوق. وبذلك أصبحت إرادة الأطراف مناط لوجود القاعدة القانونية، باعتبارها هي التي تسن القواعد القانونية. وترتب عن ذلك كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني³.

وعلى هذا الاعتبار ظهر مبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط العقدية . فإرادة المتعاقدين حرة وطليقة في إبرام العقد وتحديد شروطه، ومن تم ينشأ العقد ويصبح ملزماً

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2001، ص. 122 .

² - شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص. 51.

³ - سلطان عبد الله محمودي الجواربي، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الخليلي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى 2010، ص. 95.

لأطرافه بوصفه شريعة أو قانون المتعاقدين، ولذلك نصت على هذا المبدأ مجموعة من التشريعات بما فيها القانون المدني الجزائري في مادته 106 والتي نصها كالآتي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"¹.

وظهر مبدأ سلطان الإرادة في كافة مجالات العقود، وأصبحت كلمته هي السائدة على القانون، إذ يستمد العقد وجوده وقوة إلزامه من ذاته تبعاً لإرادة المتعاقدين ولا يستمده أبداً من سلطة القانون.

وكان دور القانون في هذا المجال يتمثل في توفير الحماية لصالح الأفراد في الروابط العقدية دون الاكتراث برعاية المصالح العامة للجماعة، وكان ينظر الفكر الليبرالي إلى القواعد القانونية كأنها خصم الحرية الفردية وعدوها اللذوذ، فلهذا كان دور التنظيم يتدخل ويقتصر على حماية الطرف الضعيف².

هذا على صعيد معاملة العقود الداخلية، أما بخصوص معاملة العقود الدولية فلقد تأثرت أيضاً بمبدأ سلطان الإرادة الذي كان سائداً ومعروفاً لدى المذهب الفردي الحر، وظهر بما يسمى في المجال الدولي بمبدأ قانون الإرادة أو قانون العقد الذي خول للأفراد الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، ولهم كذلك ما

¹ - والتي تقابلها نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

Art. 1134 du C.Civ.Fr., qui dispose, Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 125.

يشاءون من تضمين عقودهم بالشروط التي يرونها تلاءمهم، ولهم الحق في اختيار أي قانون يرون فيه منفعة ويحقق لهم أكبر قدر ممكن من المصلحة¹.

وعليه فإن مبدأ سلطان الإرادة يشكل جزءا من قواعد القانون الدولي الخاص والذي بفضلها يمكن للأطراف أن يختاروا بكل حرية القانون الواجب التطبيق على العقد. وقد أخذ بهذا المبدأ الأول مرة في سنة 1884، عندما أقرت محكمة النقض الفرنسية السماح للأطراف بإخضاع العقد لقانون اختيارهم².

وإن اصطلاح سلطة الإرادة يعني قدرة الإرادة الذاتية على خلق القواعد التي تحكمها، أو قدرة المتعاقدين على قانونهم الخاص في هذا الإطار، كان فقهاء القانون الدولي الخاص هو أول من استخدموا هذا الاصطلاح "سلطان الإرادة" أو "الاستقلال الذاتي للإرادة"، وذلك بعد أن كانوا يعبرون عن هذه الفكرة في البداية باصطلاحات وتسميات مغايرة مثل "سلطان الأطراف" أو "سلطان المتعاقدين"³.

ولقد عرف البعض⁴ مبدأ سلطان الإرادة على أنه: "القانون الواجب التطبيق في العقد هو ذلك القانون الذي اختاره الأطراف أنفسهم، وهو المبدأ المطبق بشكل واسع". ولهذا أصبح قانون الإرادة ضابطا للإسناد في مسائل الالتزامات التعاقدية، إذ يستمد ضابط الإسناد في مسائل العقد من عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للتصرف على اعتبار أن هذا العنصر هو أحد عناصر العلاقة القانونية، باعتباره مركز الثقل في العلاقات

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هوم، الجزائر، الطبعة الثالثة عشر لسنة 2006، ص.60.

² - Cass. Req , 18 Mai 1884 S 1885.1.1.113. D.P.1884.1, 286.

³ - شنضيض المصطفى، البيع التجاري للبضائع بين التأصيل والتنازع، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الحسن الثاني، عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999، ص.250.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.19.

المتعلقة بالعقود، ومن هنا جاء الاعتماد على إرادة الأطراف كضابط للإسناد في الروابط العقدية على أساس كونه معيارا أكثر ارتباطا بهذا العنصر من غيره من المعايير الأخرى¹. ويعتبر العقد دوليا ذلك العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني، ويخضع من تم لأحد القوانين المختارة من قبل الأفراد. فمثلا العقد المبرم بين جزائريين، ويتم تنفيذه في الإقليم الجزائري، هو عقد من العقود الداخلية يخضع بالضرورة للقانون الوطني، ولا يستطيع الأفراد الاتفاق أو الخروج على أحكام القواعد الآمرة لهذا القانون. لكن يختلف الأمر للعقد المبرم بين جزائري وفرنسي لتصدير بضاعة من فرنسا إلى دولة بريطانيا، فهنا نكون أمام عقد دولي ويثير مشكلة تنازع القوانين، ومن تم يريد كل قانون أن يطبق على العلاقة العقدية. وعليه، فإن اختيار القانون الذي يسري على العلاقة التعاقدية يثير إشكال قانوني، هل يخضع العقد لأحد القوانين المتزاحمة؟ أم يخضع لمشيئة الأفراد؟.

وبناء على هذا الفرض، قد تخضع الرابطة العقدية للقانون الوطني بناء على قاعدة الإسناد، أو تخضع للقانون المختار من قبل المتعاقدين على أساس تأثر إرادة الأفراد بمفاهيم وتعاليم النظرية الشخصية².

وعلى هذا الأساس، يقوم هذا الاختيار بناء على مبدأ قانون الإرادة، ويتحول هذا القانون المختار إلى مجرد بنود وشروط اتفاقية مدججة في العقد، بدعوى أن الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين كاف لتنظيم كل العلاقات المبرمة بينهما³.

ومناداة الفقه بإسناد العقود الدولية للقانون الذي تختاره إرادة الأفراد الحرة، لم يكن سوى حديث النشأة، إذ كان المعمول به سابقا هو إسناد العقود لقانون محل الإبرام

¹ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1974، ص. 15. وراجع كذلك في هذا الصدد، سامية راشد، فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج. 2، 1992، ص. 25.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 130.

³ - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 54.

أو لقانون بلد التنفيذ على اعتبارهما ضابطي إسناد أمرين لا يمكن لإرادة الأفراد القيام بتغييرهما، وبرروا ذلك بإسناد العقد الدولي (لقانون محل التنفيذ، أو لقانون محل الإبرام) على أساس أن الإرادة الضمنية للأفراد انصرفت إلى تطبيقهما.

ففي المدرسة الإيطالية لم تكن تفرق بين شكل العقد وموضوعه، فاقترحت بإخضاع العقد لقانون محل الإبرام سواء من حيث شكله أو من حيث موضوعه، لكونه القانون الذي يعرفه المتعاقدين أكثر من غيره، ولكونه أيضاً يحقق لهم مصلحتهم المنشودة، وعلى أساس كذلك أن هذه العقود تطبق بشأهما مبدأ إقليمية القوانين¹.

وكانت المدرسة الإيطالية ترد مسألة إسناد العقد لبلد إبرامه سواء من حيث الشكل أو من حيث موضوعه، لسبب ارتضاء الأطراف ورغبتهم بإخضاع العقد بواسطة قانون المكان الذي تم فيه، مما يحقق لهم الأمان القانوني².

وكان إخضاع العقد الدولي لقانون الدولة التي أبرم فيها، على أساس أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف، وتم يقضي إخضاع العقد لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي نشأ التصرف في ظله³.

ونتيجة لذلك فقد حاول أحد الفقهاء الإيطاليين تفسير إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس هو الإرادة الضمنية للمتعاقدین الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد⁴.

ولقد نادى الكثير من الفقهاء بتعميم مبدأ قانون الإرادة، ومن بينهم الفقيه ديمولان Dumoulin الذي اقترح بإسناد العقود لقانون الإرادة، في قضية الزوجين عندما

¹-Batiffol Henri, Lagarde Paul, Droit International Privé, L.G.D.J.T.1.8^e edition, 1993, p.391.

²- محمد أحمد حسن محمود الشربيني، المرجع السابق، ص.574.

³- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002، ص.349.

⁴- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى 2006، ص.97.

أفتى في تحديد القانون الواجب التطبيق على مشاركة الزواج، على أساس أن إرادة الزوجين توجهت ضمينا لتطبيق قانون موطن الزوجية كقانون يحكم النظام المالي الخاص بهما.

وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي: أنه في سنة 1525 تقدم الزوجان من منطقة جيبي والذين يقيمان بالضبط في باريس، وطلبا منه فتوى لتجنب تطبيق القواعد العرفية السائدة على نظامهما المالي، وتطبيق قانون واحد على أموالهما وهو قانون الموطن المشترك المحدد بقانون عرف باريس، فقرر بأن مشاركة الزواج المبرمة بباريس هي بمثابة عقد ضمني اتجهت إرادة الزوجين ضمينا إلى إخضاعها لقانون الموطن الزوجية¹.

لكن لا يستخلص من مفهوم نظرية ديمولان، بأن للأطراف كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم، أولهم ما يشاءون في اختيار القواعد التي تحكم عقودهم، أو تجريد العقد من خضوعه لأي قانون. لأن الفقيه ديمولان قرر أنه في حالة اختيار قانون العقد يطبق كوحدة دون التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة².

وفي ألمانيا قد حدد الفقيه سافيني³ Savigny القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية وفق منهجه القائم على الاشتراك القانوني⁴ وعلى تركيز تحليل العلاقات القانونية بدلا من التركيز على القوانين التي تنازع العلاقة، منطلقا في تحليله من فكرة التركيز المكاني ومميزا بين نوعين من الروابط القانونية: روابط تتصل بالشخص وتتركز في المكان الذي يتوطن فيه الشخص، وروابط تتصل بنشاط الشخص كإبرامه العقود أو تملكه

¹ - Gutmann Daniel, Droit International Privé, Dalloz, 3 e édition, 2002, p. 213.

² - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص. 63.

³ - الفقيه سافيني، عاش (1779-1861)، والذي يعتبر أحد الرواد المدرسة الألمانية، يراجع في ذلك، عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، المرجع السابق، ص. 47.

⁴ - افترض الفقيه سافيني حين تحليله للروابط القانونية على منهج تركيز العلاقة القانونية في مكان معين هذا من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر أن الدول الأوربية مشتركة في الديانة المسيحية ومشتركة أيضا في المصدر التاريخي للقانون الروماني.

للأموال أو ارتكابه أفعال وتخضع لقانون المكان الذي تترتب فيه آثار العقود أو قانون موقع المال أو قانون وقوع الفعل¹، وبناء على ما تقدم ذكره اقترح بإسناد العقود في مجال تنازع القوانين لقانون دولة التنفيذ على اعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، فتركيز العقد مكانياً في دولة التنفيذ ينبىء افتراض وعلم إرادة الأطراف مسبقاً بالخضوع لقانون هذه الدولة التي ينفذ بها العقد .

وقد علمنا أن سافيني يجعل القانون الذي يحكم الرابطة العقدية من حيث موضوعها محكومة بقانون الجهة التي ستنفذ فيها، ما لم تكون إرادة الأطراف اتجهت إلى تطبيق قانون آخر صراحة، أو إذا تبين من الظروف أنهم لم يقصدوا الخضوع إلى هذا القانون المختار من قبلهم².

وقد انطلق الفقيه سافيني من فكرة مفادها تحليل الروابط القانونية، من أجل إسنادها لقانون الملائم لها وتركيزها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا المكان على أساس أن هذا المقر أو المكان هو الذي تتحقق فيه كافة آثارها أو البعض منها³. وترتيباً على ما سبق ذكره، رأى الفقيه بإسناد الروابط التعاقدية للمكان الذي يجرى فيه تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتحقق الآثار المترتبة عنه.

¹ - قسم الفقيه جيرك Gierke، العلاقة القانونية إلى ثلاث عناصر: الأطراف، المحل، السبب فعلى كل مشروع حين وضعه لقواعد الإسناد عليه أن يراعي مركز الثقل centre de gravité في العلاقة القانونية . فمثلاً في الأحوال الشخصية يراعي عنصر الثقل في الأشخاص وتخضع مسائلهم الشخصية دائماً لقانون الجنسية، وفي مسائل الأموال يراعي عنصر الثقل في موضوع المال، وتسند الأموال لمكان تواجدها، كما تناولها الفقيه باتيفول Batiffol الذي تكلم عن التوطن الموضوعي للعلاقة القانونية محل النزاع . لمزيد من التفاصيل يراجع في ذلك، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، طبعة أولى لسنة 2007، ص. 46 .

² - عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة، مصر سنة 1927، ص. 560.

³ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 45.

أما في إيطاليا فقد أقر الفقيه مانسيني (Mancini) للأفراد الحرية التامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، وخرج بقاعدة إسناد التي تخضع التصرفات والعقود للقانون الذي يختاره المتعاقدان سواء بإرادتهم الصريحة أو الضمنية.

ولو حللنا نظرية الفقيه مانسيني، لوجدناه أتى بمبدأ عام الذي يقضي بوجوب تطبيق مبدأ شخصية القوانين أي خضوع الأفراد لقانون جنسيتهم على أساس أن القوانين شرعت من أجل أشخاص وليس لفائدة الأقاليم وتطبيق امتداد القوانين على الأشخاص أينما ذهبوا والاستثناء هو تطبيق القوانين بمبدأ الإقليمية.

وبذلك قد وضع الفقيه مانسيني استثناء على مبدأ شخصية القوانين، وهو وجوب خضوع العقد لقانون الإرادة، بغض النظر عن جنسية الأطراف المتعاقدة¹.

هذا عن الفقه الأوربي، أما الفقه الأمريكي فقد نادى أيضاً بتطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية، وقد تبني الفقيهان (Morris, Dicey) دايسي وموريس هذا المنهج حيث عرف المصطلح Proper law of contract القانون الواجب التطبيق على العقد بأنه: "النظام القانوني الذي يختاره المتعاقدان ليحكم العقد، وفي حالة عدم التعبير صراحة عن الإرادة واستحالة استخلاصها من الظروف، يكون النظام القانوني الذي تربطه بالصفقة أكثر العلاقات قرباً وواقعية"².

ومن أهم العقود التي وضعها الفقيه دايسي Dicey للوصول إلى تعيين القانون الخاص بالعقد طبقاً لإرادة العاقدان وهي:

أولاً: إذا ظهرت إرادة المتعاقدان من ألفاظها فيجب أن يعمل بها من دون الالتفات إلى أي قرينة.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى لسنة 2008، ص.618.

² - سلطان عبد الله محمودي الجوارى، المرجع السابق، ص.138.

ثانياً: وفي حالة عدم وجودها تتبين منه إرادة المتعاقدين بخصوص القانون الذي قصدوا تطبيقه فيلجأ إلى قانون الجهة التي أبرم فيها، وإما إلى قانون الجهة التي نفذ بها.

ثالثاً: وإذا لم تظهر إرادة المتعاقدين صراحة من الألفاظ المستعملة، فيجب الرجوع إلى العبارات المستعملة في العقد والى طبيعتها¹.

وقد عرف القضاء الانجليزي المصطلح على أنه: " للقاضي السلطة الكاملة في تحديد قانون العقد على ضوء ظروف التعاقد وملابساته وفقاً لما تشير به أحداثه المادية"². وكما وضع الفقيه دايسي مجموعة من القواعد والقوانين التي يجعل من شأنها العقد محكوماً من حيث صحته بالقانون الذي قصده المتعاقدون أو الذي يعتبر أن المتعاقدين قد قصدوه، وهو في نظره قانون الجهة التي حصل فيها العقد، مع استثنائه في أحوال عديدة بإخضاع العقد لقانون بلد تنفيذه³.

ووضع أيضاً القانون الانجليزي بما يسمى قانون العقد أو القانون الخاص بالعقد الذي يحكم العقود الدولية⁴ The proper law of the contrats والذي هو صورة من صورة فكرة التركيز الموضوعي للعقد، إذ يراد به اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إخضاع العقد لأحكام قانون معين، ويتم تحديده إما صراحة من قبل المتعاقدين أو يمكن استخلاصه من ظروف وملابسات العقد، وفي حالة انعدام قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية يتم تحديده بالبحث عن النظام القانوني الذي يرتبط به العقد ارتباطاً وثيقاً⁵.

¹ - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص. 561-562.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى 2006، ص. 259.

³ - عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص. 560.

⁴ - احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، ص. 198.

⁵ -Yvon Loussouarn, Bourel Pierre, Droit International Privé, Dalloz, 7 édition .2001, p.172.

إذن يستفاد مما سبق ذكره، أنه إذا تم اختيار القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية من قبل المتعاقدين، فإنه يتعين احترام هذا الخيار. وجرت العادة لدى الفقه الانجليزي على إمكانية استبعاد القانون المختار إذا لم تكن له علاقة وثيقة وحقيقة بالعقد. فإذا انعدمت هذه الصلة بين القانون المختار والعقد، فإن ذلك يعتبر دليلا على توافر نية التحايل على أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة. والمبدأ المقرر في هذه الحالة، لا بد من احترام إرادة الأفراد في اختيار قانون العقد، سواء كان الخيار صريحا أو ضمنيا، وفي حالة تخلفهما لا بد من تطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطا بهذا العقد.¹

هذا وإن كانت القاعدة السابقة منذ القدم تنص على وجوب إسناد العقود الدولية لقانون محل إبرامها دون تمييز بين موضوعها وشكلها على أساس أن إرادة الأطراف انصرفت ضمنيا إلى تطبيق هذا القانون. إلا أنه أصبح منذ القرن التاسع عشر قانون الإرادة هو السائد في تحديد القانون الذي يحكم العقود الدولية، وقد اعترف بذلك كل من الفقه² والقضاء وذلك في قضية شهيرة تعرف باسم قرار (American trading)³ صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/05 حيث قررت: " بأن القانون الواجب التطبيق على العقود فيما يخص شروطها وآثارها، هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين".

وتبنت هذا المبدأ أيضا جل تشريعات العالم⁴، ومن بينها القانون المدني المصري في مادته 19 والتي نصت على ما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية . قانون الدولة

¹ - حيار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.156.

² - Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit, p.488.

³ - Cass.Civ . 05/12/1950 La Cour A Enonce, Que la loi applicable aux contrat, soit en ce que concerne leur formation, soit quant a leur effet et condition et elle parties ont adopté, V.Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit International Privé, Delta, 8 édition, 2001, p.511.

⁴ - على سبيل المثال المادة 27 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، والمادة 117 من القانون الدولي الخاص لعام 1987.

التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وبالنسبة للقانون الجزائري فقد تبني قانون الإرادة سواء في المادة 01/18 السابقة والتي نصها كما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي أبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

أما المادة الجديدة المعدلة فقد نصت على ما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك الجنسية المشتركة. أو في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد."

الفرع الثاني: الإرادة الصريحة والضمنية طبقاً النظرية الشخصية.

أصبح مبدأ سلطان الإرادة هي القول الفاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، استناداً لما تلعبه إرادة الأطراف في تحديد ذلك القانون.

وعلى إثر ذلك ظهر مبدأ قانون الإرادة كأداة يركز عليه الأفراد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، مما يوفر لهم الاستقرار والعلم المسبق بأحكامه، كون هذا الخيار يكون على بصيرة قصد تحقيق الأمان القانوني في نفوس المتعاقدين، وعدم الإخلال بتوقعات الأطراف المستقبلية¹.

وواقع الحال أن هذه التركة قد تأثرت إلى حد بعيد بأفكار التيار الليبرالي الحر، على أساس أن العقد يستمد قوته من اتفاق الأطراف. حيث أن اختيار المتعاقدين لقانون

¹ - محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000، ص.79.

العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة.

وأدى في نهاية المطاف هذا المبدأ في ظل النظرية الشخصية إلى نتيجة هامة، إذا سمح للأطراف بالابتعاد عن قاعدة الإسناد التقليدية التي كانت تقضي بإخضاع العقد من حيث موضوعه لقانون محل الإبرام، وخول للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يروونه ملائماً لحكم العقد المبرم بينهم.

وبهذا المنطلق تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية، وذلك عن طريق إعلان رغبتهما في تبني قانون معين ببند منصوص عليه في العقد¹.

قد يكون التعبير عن الإرادة بصفة صريحة حسب المظاهر الاجتماعية وليس عن طريق المظاهر النفسية، وذلك بوضع بند صريح في العقد لتطبيق قانون معين، وهذه العبارات تكون ملزمة للقاضي وللأطراف، ولا يمكن للقاضي البحث عن القصد المشترك للمتعاقدين².

هذا عن الإرادة الصريحة، أما عن الإرادة الضمنية فيكون العبرة بالنية الخفية والتي لا تأتي في مظهر خارجي، وإنما يتم الكشف عنها وفقاً لمقتضيات وظروف المعاملات³. هذا ما يقال على العقود على مستوى الداخلي، أما على مستوى المعاملات الاقتصادية الدولية، فدائماً إرادة الأطراف هي الغالبة في تنظيم الحياة الاقتصادية على

¹ - الإرادة الصريحة، هي الشيء المادي الذي يقف عنده المتعاملون ويضمنون إليه في تعاملهم . يراجع في ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، لسنة 2000، ص. 96.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2008، ص. 90.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج.الجزائر، ط. السادسة لسنة 2006، ص.32.

وجه الخصوص، ويتحول القانون المتبنى من قبل الأطراف إلى مجرد بنود وشروط اتفاقية، بل أكثر من ذلك يمكنهم استبعاد القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون المختار¹. ويكون الوقوف على إرادة الأطراف في تعيين القانون الذي يحكم الرابطة العقدية وذلك بوضع عبارة صريحة في العقد، كإخضاع الأطراف العقد المبرم بينهم للقانون الانجليزي إذا كان محله عقد تأمين بحري².

أولاً: الإرادة الصريحة:

يكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يخضع له عقدهما صريحاً عندما يعينان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه، وعلى الطرفان تعيين القانون الذي يحكم الرابطة العقدية بصورة واضحة وجلية³.

ومن تم يكون تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعباً مادام على الطرفين صراحة عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، وذلك تحاشياً لما يثيره غياب اختيار الأطراف، كتخصيص الأطراف عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد الاختصاص التشريعي⁴. ولقد ذهب إلى ذلك مجمع القانون الدولي وتأكيداً على صراحة تحديد قانون العقد عند بحثه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول، وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية في دورته المنعقدة بمدينة آثينا عام 1979، بدعوة أطراف العقد بأن يعينوا بأنفسهم وعلى نحو صريح القانون الواجب التطبيق على عقودهم، فنصت

1 - محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية ولنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص22.

2 - هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1999، ص 354.

3 - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.351.

4 - هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.418.

المادة 4 فقرة أولى من قرار المجمع على أنه: " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم"¹.

ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد ما نصت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton company limited ودولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على هذا العقد. وأيضا ما ورد في العقد المبرم بين حكومة جاميكا وشركة Alcoa Minerals of Jamaica من أن: "محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكى وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها"².

إن قيام الأطراف صراحة بتعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهما، ضمن الواجب على المحكمة تنفيذ اختيارهم، على أساس أن الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يسري على الرابطة العقدية باعتبارهم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم³.

وفي إطار هذه النظرية تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية، وفي حالة عدم تعيين القانون المختار صراحة، فعلى القاضي أن يستظهر في هذه الحالة إرادتهم الضمنية، فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال، فالإرادة المفترضة هنا تبدو باعتبارها إرادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي أو المشرع⁴.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص.190.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.418.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1989، ص.62.

⁴ - سلطان عبد الله محمودي الجوارى، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.116.

وبهذا الأساس، وإن أعترف للمتعاقدين بأن لهم الحق في تعيين القانون الذي يسري على عقدهم، فإن هذا الحق هو حق طبيعي يمارسونه المتعاقدان عن طريق إعلانهم بإرادتهم الصريحة، ومن ثم يستخلص القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.¹

ثانياً: الإرادة الضمنية:

إذا لم يتم التعبير عن قانون العقد من قبل المتعاقدان صراحة ليحكم الرابطة العقدية، فإنه من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد، ففي هذه الحالة يجد القاضي أو المحكم نفسه مضطراً في غياب الاختيار الصريح لقانون العقد باستخلاص إرادة الأطراف الضمنية، إذا كانت هناك قرائن أو مؤشرات تدل على وجود هذه الإرادة التي أدت إلى اختيار نظام قانوني معين.²

وفي حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم، يلجأ القاضي للكشف عن القانون المختص من ظروف وملابسات التعاقد للوقوف على إرادتهم الضمنية لتحديد القانون الذي يسري على الرابطة العقدية. ويتم الكشف عن الإرادة الضمنية من قبل القضاء عن طريق قرائن ذاتية تستمد من الرابطة العقدية ذاتها، أو خارجية يمكن الوقوف عليها من ظروف وملابسات العقد. ولقد تصدت لذلك محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 16 ماي 1970 على أن: "الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين لتطبيق قانون معين...مسألة واقع مستقل به قضاة الموضوع".³

ومن أمثلة القرائن الذاتية التي تكشف عن القانون الواجب التطبيق، قانون دولة الموثق الذي حرر لديه العقد أو اللغة التي حرر بها العقد أو العملة المتفق على الوفاء بها. أما القرائن الخارجية من بينها قانون محل تنفيذ العقد، الذي يستفاد منه على أن إرادة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 964.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص. 109.

³ - راجع هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 654.

الأطراف انصبت ضمنا على تطبيقه، أو تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين على أساس أن الأطراف يتبعان هذه الدولة بجنسيتهم المشتركة¹.

ولقد أخذت بهذا المنوال كل من اتفاقية لاهاي لعام 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، لاعتماد قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية سواء من نصوص العقد أو ظروف وملابسات العقد أو استنادا إلى كل من نصوص العقد والظروف المحيطة به. كما نصت اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية في المادة 01/03 على أن: "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلصا من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"²، غالبية على ذلك وقد أكدت تشريعات العالم كالقانون السويسري لعام 1987 في المادة 01/16³، وكذلك المشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني، إلى جانب المشرع الجزائري الذي نص في المادة 01/18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"⁴.

وإن كان المشرع الجزائري أخذ بقانون الإرادة كأساس لتحديد القانون الذي يسري على الرابطة التعاقدية، لكن لم يفصح عن ذلك في نص المادة 18 المذكورة آنفا. هل يأخذ بقانون الإرادة الصريحة دون الإرادة الضمنية، أم يأخذ بهما معا؟. بعد الرجوع

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص.111.

² - محمد أحمد حسن محمود الشربيني، المرجع السابق، ص.213.

³ - نصت على ما يلي: "اختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف"

⁴ - عدلت هذه المادة بمقتضى قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المنشور في ج. ر. رقم 44 بتاريخ 26 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري .

إلى أحكام القانون المدني ولا سيما المادة 60 منه نجده يجيز الأخذ بالإرادة الصريحة بما فيها الضمنية¹.

وكذلك المادة 111 من ق.م.ج تجيز للقاضي الأخذ بالإرادة الضمنية إذا لم يفصح الأطراف صراحة عن إرادتهم الصريحة وذلك في مجال تفسير العقد².

وظهر إلى جانب الإرادة الصريحة والضمنية نوع آخر وهو قانون الإرادة المفترضة أو المحتملة، فهي مجرد وهم ومجاز لا يستجيب إلى الواقع في غالبية الفروض، فهي ليست في الحقيقة أن تكون إرادة المشرع أو القاضي الذي طرح أمامه النزاع³. وكما تتطلب نوعا من الدقة للبحث في ظروف وملازمات كل عقد للوقوف على القانون المحتمل تطبيقه من قبل المتعاقدين، وهذه العملية يقوم بها القاضي، وأول من أخذ بها هو القضاء الألماني، وأعطى تعريفا لها بأنها: "القانون الذي يحتمل أن تنصرف إليه إرادة المتعاقدين لتطبيقه"⁴.

الفرع الثالث: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية:

يتمحور الكلام في هذا المطلب للإشارة إلى للآثار والانتقادات.

أولا: الآثار المترتبة عن النظرية الشخصية.

¹ - تنص المادة 60 من ق.م.ج. على انه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

² - تنص المادة 111 من ق.م.ج على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."

³ - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 253.

⁴ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 467. وانظر في هذا الصدد، سلطان عبد الله الجوارى، عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 116.

تقوم هذه النظرية على مبدأ هام وهو دور إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، ومن أهم الآثار التي تترتب عن إعمالها:

النتيجة الأولى: تحول القانون المختار إلى مجرد شروط اتفاقية: لما كانت إرادة الأطراف تلعب دورا فعالا في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية بمقتضى سلطان الإرادة لتنظيم مصالحهم الخاصة، يتحول هذا القانون في الأخير إلى مجرد بنود وشروط اتفاقية وذلك ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير American Trading، والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: أنه ثار نزاع بين الشركة Amarican Trading وشركة Québec Steamship اللتان أبرمتا عقد البيع واتفقتا في عقدهما على تطبيق قانون ولاية نيويورك على أن ينقل الشيء المباع من الولايات المتحدة إلى فرنسا بحرا وورد في العقد شرط صحيح يقضي بالإعفاء من المسؤولية . وقد أثير نزاع بين الشركتين فيما يخص شرط الإعفاء من المسؤولية، فاستبعدت محكمة النقض الفرنسية القانون المختار صراحة من قبل المتعاقدين (قانون ولاية نيويورك بوصفه قانون محل الإبرام الذي يبطل شرط الإعفاء) وطبقت محله القانون الفرنسي الذي يقضي بصحة هذا الشرط (قانون محل التنفيذ) على أساس أنه قانون الإرادة الضمنية¹.

وبذلك نبهت محكمة النقض الفرنسية بأن الأطراف قد قصدوا مقدما، إخراج اتفاقاتهم من سلطات كل الإجراءات التشريعية التي يمكن أن تجعل العقد محل بطلان² حيث يستخلص من القرار المذكور سالفاء، بان محكمة النقض الفرنسية، حينما رجعت إلى تطبيق القانون المختص والمحدد بالقانون الأمريكي (قانون ولاية نيويورك)، تبين لها أنه يقضي ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، الذي أدرجه الطرفان في

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 21.

² - انظر أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، المرجع السابق، ص. 16.

عقدهما، ومن تم طبقت محكمة النقض الفرنسية مباشرة القانون الفرنسي الذي يقضي بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية على أساس أن إرادة الأطراف ضمينا اتجهت إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون محل التنفيذ هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنقذت العقد من وشك البطلان وذلك حفاظا على استقرار المراكز والمعاملات الاقتصادية.

كما يستشف من قرار American Trading أن محكمة النقض الفرنسية أنزلت القانون المختار من قبل الأطراف منزلة الشروط والبنود الاتفاقية، وعلى هذا الأساس يفقد القانون المختار صفته كقانون ويتحول إلى مجرد تنظيم اتفاقي يجوز تعديله والأخذ ببعض أحكامه واستبعاد الأخرى، ومن تم أصبح الأطراف هو مشرعي أنفسهم¹.
وعليه، لا يطبق القانون المختار كقانون أي لا يتميز بخاصية الالتزام والعموم، وإنما يطبق كاتفاق لا يرقى إلى قانون بمعنى الكلمة، وإن القانون المتبنى من قبل المتعاقدين يجوز التمييز بين قواعده الآمرة وقواعده المكملة لتفادي أسباب بطلان العقد.
وبهذا المفهوم يتحول القانون إلى مجرد شروط اتفاقية يؤدي إلى إدماجها في العقد، ومن تم يعامل القانون المختار من قبل الأفراد معاملة الوقائع أمام القاضي المعروض أمامه النزاع. فلا يجوز للقاضي البحث في مضمونه، وإنما يتعين على الخصم الذي تشبث بتطبيقه أن يثبت مضمونه أمام القضاء²، ولقد عاملته محكمة النقض الفرنسية في مناسبات عديدة القانون الواجب التطبيق بمثابة وقائع لا غير³.
وترتبيا على ما سبق ذكره، جعل تحديد قانون العقد بيد المتعاقدان لحكم العقد، من دون أن يكون له صلة بأحد القوانين الوطنية، وجعل في المقابل إرادة الأفراد مساوية

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 95.

² - هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 1968، ص. 269.

³ - Cass. Civ. 12 Mai 1959 v. Batiffol Henri, Lagarde Paul, Op. Cit., p.531.

لقوة إلزام القانون أي أن العقد يكون محكوم بإرادتهم أيا كانت جنسيتهم، أو موطنهم، أو المكان الذي أبرم فيه العقد. وبمعنى آخر هو عدم تحديد الاختصاص التشريعي من قبل القاضي الوطني، للقانون الذي يحكم الرابطة العقدية، والى تجسيد قدرة عدم الخضوع لأي قانون، وذلك لتخفيف المبدأ القائل الكفاية الذاتية للعقد¹.

ونفس الشيء نلتمسه بالنسبة للتشريع الجزائري، إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، ويكون هذا القانون متعلق بالأحوال الشخصية هنا يعامل في هذه الحالة من قبل القاضي معاملة القوانين الوطنية، أما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي غير متعلق بمسائل الأحوال الشخصية، يعامل من قبل القضاء معاملة الوقائع². وأساس ذلك أنه إذا كان قانون الإرادة لا ينطبق على العقد الدولي بوصفه قانوناً، وإنما باعتبار أن نصوصه قد اندمجت في العقد، وتحوّلها إلى مجرد بنود تعاقدية، وما دام أن الأطراف أحرار في اختيار أي قانون فإنه يترتب على ذلك معاملته كواقعة من الوقائع.

إن من أهم الآثار التي تنجم عن فكرة الإدماج وتجريد القانون المختار لحكم العقد من سلطانه، وكأنه قد أصبح شيئاً بيد المتعاقدين والتي من بينها: تجريد قانون العقد من سلطانه، أي لا يطبق بوصفه كقانون، وإنما باعتبار أن نصوصه قد اندمجت في هذا العقد³.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي المطبق، المرجع السابق، ص.43.

² - لقد حددت المادة 233 في فقرتها الخامسة في قانون الإجراءات المدنية القديم على أوجه الطعن على ما يلي: "مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية".

و لقد حددت المادة 358 في فقرتها السادسة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، والتي نصت على ما يلي: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: - مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة."

³ - هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.135.

النتيجة الثانية: يمكن للأفراد المتعاقدين اختيار أكثر من قانون ليسري على الرابطة العقدية أو بما يسمى بتجزئة العقد Le Morcellement de contrat، وهذه الفكرة معروفة منذ القدم لدى الايطاليين¹ الذين كانوا يفرقون بين الآثار المباشرة للعقد ويخضعونها لقانون محل الإبرام والآثار غير المباشرة للعقد ويسندونها لقانون محل التنفيذ. وفي التشريعات الحديثة تعرف مسألة تجزئة العقد بطريقة خاصة مثلا تفصل الأهلية² وشكل العقد من مضمون الفكرة المسندة لموضوع العقد³، على أساس أن الأهلية لصيقة بالشخص ومتعلقة بحالته المدنية ومن تم وجوب خضوعها لقانون الشخصي، أما الشكل فيتعلق بإظهار التصرف إلى العالم الخارجي مما يستوجب خضوعه لقانون محل الإبرام، وباستبعاد لهاتين المسألتين من الفكرة المسندة لموضوع العقد الذي يخضع كأصل عام لقانون الإرادة.

ولهذا وجد في هذا الصدد رأيين فقهيين حول مسألة تجزئة العقد:

الرأي الأول: الذي يرى أن العقد هو رابطة متعددة الجوانب فهناك تكوين وإنشاء العقد بما فيه آثاره وانقضاءه، وليس ما يمنع من أن يخضع المتعاقدين كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فيصح لهم أن يتفقا بإخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، وعليه ينادي هذا الرأي بتجزئة العقد ويجيز للمتعاقدین اختيار أكثر من قانون لحكمه⁴.

1 - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، المرجع السابق، ص. 25.
 2 - حيث تنص المادة 10 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على انه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بحسبتهم". والتي تقابلها المادة 01/11 من ق.م.م، والمادة 3/3 من ق.م.ف.
 3 - تنص المادة 19 من ق.م.ج على انه: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدین أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ".، والتي تقابلها المادة 20 من ق.م.م.
 4 - محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 125.

وبناء على ما تقدم يمكن للأطراف بان يخضعوا العلاقة القانونية الواحدة لأكثر من نظام قانوني واحد، كما يمكن قصر التجزئة على آثار العقد وعلى انقضائه فقط، بشرط ألا يكون هذا الاختيار مبني على قصد التهرب من أحكامه الآمرة.¹ ولقد اعترفت بعض الاتفاقيات بحق الأطراف في تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون، ومن بينها اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، بالاعتراف للأطراف بحق في التجزئة العقد وإخضاع كل عنصر من عناصره لقانون مختلف.

وأكدت على ذلك بعض التشريعات ومن بينها القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، فقد نصت المادة 01/27 منه على انه يمكن للمتعاقدین اختيار أكثر من قانون معين لحكم الرابطة العقدية في كل جانب من جوانبها. الأمر الذي يستشف منه إمكانية تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقانون معين.

وتقرر ذلك أيضاً في قرار محكمة النقض الفرنسية الذي أتى بعدة المبادئ السالفة الذكر، ومن بينها أيضاً أثارت مسألة تجزئة العقد في قرارها American Trading، حينما أخضعت الرابطة العقدية لأكثر من قانون، وذلك عندما أسندت شرط الإعفاء من المسؤولية الذي كان يطله القانون الأمريكي (قانون ولاية نيويورك)، وأخضعته للقانون الفرنسي لتفادي بطلان العقد.

أما الرأي الثاني: الذي ينظر إلى الرابطة العقدية كوحدة لا تتجزأ من الناحيتين النفسية والاقتصادية، وعليه أوجب بخضوع العقد في جميع عناصره لقانون واحد، وهو الرأي أكثر رواجاً لدى الفقه. وقد أكد الفقه المصري رفضه القاطع لمسألة تجزئة العقد، وإن

¹-Pierre Mayer, Vincent Heuzé , Op. Cit., p. 525.

كان ظاهر المادة 19 من ق.م.م.¹، قد يوحي سريان قانون العقد على آثاره دون تكوينه على أساس أنه قد اقتصر على مواجهة الالتزامات التعاقدية، إلا أن الأعمال التحضيرية تكشف عن قصد المشرع في التعبير عن اصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة العقدية سواء من حيث تكوينها وآثارها²، حيث جاء في شرح المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يلي: "...و يراعى بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار...".

النتيجة الثالثة: أنه من حق الأطراف أن يتفقا القانون المختار بشرط أن يطبق أحكامه وقت إبرام العقد فقط، دون التعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون مستقبلاً. ذهب بعض الفقه إلى أن مسألة إدراج شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد يعد قرينة على اتجاه إرادة الأطراف إلى تدويل العقد. فهذه الشروط نظراً لاتصالها بممارسة الدول سيادتها يترتب عليها تقييد تلك السيدة تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين³.

¹ - نصت المادة 19 من ق.م.م. على انه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي ينتمي التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أو قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه."

² - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 667.

³ - جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية لسنة 2003، ص. 162.

ويجسد شرط الثبات التشريعي صورة من صور الحد من اختصاص القانون الوطني المختار، ويعني سريان القانون المختار وقت إبرام العقد، دون الاعتداد بالتعديلات الجديدة التي ستطرأ عليه مستقبلاً¹.

حيث يتم تجسيد هذا الشرط من قبل الأطراف المتعاقدة بموجب شرط أو بند في العقد، بإخضاع العقد كله للقانون المختار عند إبرام العقد، حتى لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وإضراراً بالطرف الآخر المتعاقد².

وقبل الخوض في هذه المسألة لا بد من التذكير بأن هناك اختلاف بين شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد. لكون شرط الثبات التشريعي يهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة من المخاطر التشريعية في حالة لجوء الدولة التي أسند العقد لقانونها أن تعدل في منظومتها القانونية، أما شرط عدم المساس بالعقد فهو تعهد أحد الأطراف العلاقة العقدية بان لا يلجأ إلى تعديل بنود العقد بواسطة إرادته المنفرذة قصد الإضرار بالطرف الآخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى عدم المساس والإخلال بتوازن الرابطة العقدية³.

ويكون إدراج شرط الثبات التشريعي صراحة في العقد، حيث يتعهد الطرفان على نحو صريح بعدم الخضوع للتعديلات اللاحقة للقانون المختار بعد وقت إبرام العقد. وقد يكون هذا الشرط عام يهدف إلى عدم سريان كافة التشريعات المعدلة بعد إبرام

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة، القاهرة الطبعة الأولى، 2000، ص.303.

² - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.164.

³ - صلاح الدين، جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، وقانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 1993، ص. 623 وما بعدها.

العقد، وقد يكون خاص يهدف إلى عدم سريان بعض من القوانين، كالتشريع الخاص بالضرائب أو القانون الخاص بالجمارك.

وبمعنى أدق يهدف شرط الثبات التشريعي إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على ما هو عليه في لحظة إبرام العقد، ويدمج هذا الشرط في العقد على أساس أنه بند اتفاقي حتى ولو كان هذا القانون المراد تجميده يتضمن أحكام ذات طبيعة أمر¹. وهذا بهدف تحقيق الاستقرار للرابطة العقدية وحفظ توقعات الأفراد، على أساس أن إرادة المتعاقدين انصبت على تطبيق قانون العقد وقت إبرام العقد، وليس طبقاً لمضمونه الجديد الذي طرأت عليه تعديلات لاحقة².

ومن مناصري أخذ بشرط الثبات التشريعي في العقود الدولية، لأن ذلك يؤدي إلى احترام مبدأ قدسية العقد وعدم المساس به، لأن الأطراف أحرار ولهم مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية وذلك وقت إبرام العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مثل هذا الشرط يضمن حداً أدنى يتمثل في الحفاظ على توقعات المتعاقدين وعلى استقرار الروابط العقدية أيضاً³.

ولقي هذا الشرط تأييد دولياً، لاسيما من خلال التوجيه الصادر عن معهد القانون الدولي بأثينا في دورته المنعقدة بتاريخ 1979 والذي ذهب إلى إقرار حق الأطراف في اختيار قانون العقد وقت إبرام العقد ليسري على الرابطة العقدية حسب المادة 3 منه

¹ - وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى لسنة 2008، ص. 763.

² - محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، المرجع السابق، ص. 44.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2001، ص. 348.

"يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"¹.

وقد أكد على ذلك مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة بال السويسرية عام 1991 عند تصديده لمشكلة قانون الإرادة في العقود الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاصة حيث نصت المادة 8 على انه: "إذا اتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق أحكامه كشروط مادية مندمجة في العقد. ومع ذلك، تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو أمر العقود السارية، ووجب تطبيق تلك القواعد"².

وكما أذنت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 21 جوان 1950 المعروف بقرار (Messageries Maritimes)³، حيث قررت المحكمة رفض ادعاء الشركة المدينة فيما ذهبت إليه من عدم التزامها بالوفاء على أساس قيمة الذهب، من منطلق بطلان هذا الشرط عملا بالتعديل التشريعي الذي لحق القانون الكندي فيما يخص قانون الذي يحكم القروض التي يكون دفعها على أساس شرط الذهب. وترتبا على هذه الأسباب اعترفت محكمة النقض بإخراج العقد من نطاق التعديلات على قانون العقد المختار في وقت لاحق على إبرام العقد⁴.

¹ - وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص. 768.

² - احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 311.

³ - Cass. Civ. 21 Juin 1950, v. Stéfanien Chation , Le Contrat International, Vuibert, Paris, 2^e édition 2006 , p.260.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 716.

وقد ورد النص على شروط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المبرمة في سنة 1933 بين إيران وشركة النفط الأنجلو-الإيرانية، إذ نصت على التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه¹.

وكذلك ما ورد في قانون الاستثمار الجزائري قبل التعديل لسنة 2001 من تقرير لمبدأ الثبات، حيث أكد على أنه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة والحصول على التعويض العادل والمنصف إذا تمت مصادرة إدارية والتي لا يمكن أن تطبق إلا وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به².

فقد نصت أيضاً المادة 15 من قانون الاستثمار الجزائري على أنه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"³.

ولقد نصت المادة الجديدة 22 من قانون الاستثمار الجديد لسنة 2016 على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁴. إن الهدف والغاية من وضع شرط الثبات التشريعي، هو منع طرف المتعاقدين من تغيير الوضع القانوني طول مدة العقد، وتثبيتته على ما كان عليه وقت التعاقد⁵.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، المرجع السابق، ص.102.

² - بن ميمونة عبد الحق، ملتقى التنظيم القانوني للاستثمار في الجزائر، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السابعة والعشرون، يونيو 2003، ص.382.

³ - الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 21 أوت 2003، المنشور في ج.ر. رقم 47 بتاريخ 22 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار.

⁴ - يراجع قانون رقم 9/16 الصادر في 2016/8/3 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. رقم 46.

⁵ - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.170.

وهذا ما يعكس على أن الشرط يعتبر بمثابة بند مدمج في العقد الأصلي وتقديس مبدأ شريعة المتعاقدين، ويؤدي في النهاية إلى تجسيد نظرية العقد الطليق، وإفلاته عن كل نظام قانوني¹.

أما معارضو الأخذ بشرط الثبات التشريعي، فينطلقون من أساس قانوني وهو أن من يملك حق اختيار القانون ليس الأطراف، وإنما مشرع الدولة التي صدر عنها القانون الواجب التطبيق، وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى مساس المتعاقدين بسيادة الدولة، وكما لا يقبل بتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة للدولة، أو وضع الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة الطرف الخاص.

إن شرط الثبات التشريعي يعتبر عاملاً من العوامل التي يتعين أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب، مع الاعتراف بحق الطرف المتعاقد في تعديل البنود المطبقة على العقد، على أساس الاعتراف بحق الدولة في تعديل التشريعات التي تقتضيها المصلحة العامة تطبيقاً لمبدأ سيادة الدول بشرط ألا يضر بمصلحة الطرف المتعاقد معها².

كما يتفق هذا الرأي مع المنطق القانوني السليم الذي يذهب بسمو القانون على العقد، مما يعني هذا رفضاً تلقائياً للأخذ بشرط التجميد، وعليه لا بد من معاملة العقود الدولية كالعقود الداخلية من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة على مراكز القانونية، أو على الأقل استبعاد هذه التعديلات من ميدان التطبيق على الرابطة العقدية على أساس الدفع بالنظام العام³.

النتيجة الرابعة: عدم اشتراط أي صلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق عليه.

¹ - خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث سنة 1999، ص. 89.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص. 390.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص. 393.

أي عدم تقييد حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يسري على الرابطة العقدية لما للإرادة من دور في تحديد هذا القانون، بهدف التيسير على الأفراد في المبادلات الدولية وعدم إخلال بتوقعاتهم.¹

وبرر الفقه إلى عدم اشتراط الصلة بين القانون المختار والعقد، على أساس القانون الدولي الخاص ينظر إلى إرادة الأطراف هي الغالبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية ونتيجة تأثرها بتعاليم المذاهب الفردية وتحرر العقد من سلطان القوانين، ولا يمكن للقاضي أن يحل محل الأفراد في تعيين القانون المختار.²

وإن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لا يتوقف على أي صلة بينه وبين الأفراد المتعاقدين، بل يمكن الوقوف عليه استناداً لجنسية المتعاقدين أو موطنهما أو محل العقد.

ولقد تبنت المادة الثانية من اتفاقية روما الصادرة بتاريخ 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات التعاقدية على أن العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف وبالتالي فهي لم تقيّد هذا الاختيار باشتراط توافر الصلة بين القانون المختار وبين العقد.³

ويترتب على عدم اشتراط إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون غير مختص أصلاً بحكم العلاقة التعاقدية أي بما يسمى بالغش نحو القانون، ويفرض كل طرف في النهاية القانون الذي يراه يحقق له مصلحة على حساب الطرف المتعاقد الآخر.⁴

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص. 347.

² - محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص. 101.

³ - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، المرجع السابق، ص. 442.

⁴ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، د.م.ج، الجزائر، طبعة 2003.

هذا وإن كان للمتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد بدون أن تكون له صلة بالعقد، إلا أن جل الفقه¹ ينادي بإسناد العقد لقانون الذي يكون له صلة بالعقد، وكذلك أقر القضاء مبدأ صلة القانون المختار بالمتعاقدين ومن بينها القضاء الألماني في قرار صادر عنه بتاريخ 1936/05/28 بقوله أن تكون هناك صلة جادة، وكذلك القضاء السويسري أشار إلى ذلك في قرار صادر عن محكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 1965/05/23 بقوله: "يجب توافر مصلحة معقولة بين القانون المختار والعقد"².

ثانياً: الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية.

على ضوء ما قلناه عن النظرية الشخصية بأنها تجعل من الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وتجعل من القانون المختار كبند من البنود الاتفاقية، إلا أنها لم تسلم من النقد، ومن أهم الانتقادات التي وجهت إليها في الصدد ما يلي:

النقد الأول: أنها نظرية لا تقوم على اعتبارات فلسفية وتاريخية ثابتة فقولها بأن العقد يكفي نفسه بنفسه، أي يكون تحديد القانون الذي يحكم العقد من قبل الأطراف أنفسهم، وفي الأخير يتحول إلى مجرد شرط مثله مثل البنود الاتفاقية الموضوعة في العقد، فإطلاق الحرية للأفراد هذا غير صحيح، لأن الحرية نسبية مقيدة بمقتضيات المصلحة العامة وحقوق الآخرين³.

ومن الناحية التاريخية فإن القانون المختار طبقاً لنظرية ديمولان، هو القانون الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين لكونه متصل بالعقد، وحين تطبيقه على العقد يبقى محتفظاً بقوته الملزمة كقانون لا يتحول إلى بند تعاقدية ولا يفرق في شأنه بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، بل يجب النظر إلى القانون المختار كوحدة لا تتجزأ.

¹ - محمد اسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، د.م.ج. الجزائر، ط. 1989، ص. 299.

² - أشار إليهما محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 121.

³ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص. 101.

إن التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون والذي يحكم العقد، يعني الاعتراف لهما بكل تنازع القوانين، مع أن هذه المسألة تعتبر من صميم عمل المشرع، لأنها عبارة عن عملية تحديد لنطاق سلطان القانون¹.

النقد الثاني: وجه انتقاد لهذه النظرية هذه من قبل الفقيه باتيفول Batiffol، بأنه لا يمكن للمتعاقدين اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم، ولكن للقانون أن يقرر ما هي العلاقات التي يحكمها.

« Il n'appartient pas aux parties a-t-on dit de choisir la loi qui gouvernera leurs relations, mais à la loi de décider quelles relations elles gouvernement. »²

وبهذه الفكرة يكون الكلام منطقي وقانوني، لأن المشرع هو وحده المختص بوضع قواعد الإسناد وتحديد مجال تطبيقها، وما يسمح به للأفراد وما لا يسمح به ويستفاد من ذلك: إن القانون يفقد معناه إذا سمح للأفراد التخلص من أحكامه عن طريق التمييز بين قواعده الآمرة والقواعد المكملة، وعلى هذا الأساس فإن القواعد القانونية بنوعها يتكفل المشرع بوضعها لتعيين مجال تطبيقها. لأن القواعد الآمرة تعتبر بمثابة صمام الأمان لحماية النظام العام والمصلحة العامة.

النقد الثالث: في حالة عدم اختيار قانون العقد من قبل المتعاقدين، وعرض النزاع أمام القاضي، فإنه لا يحكم في النزاع المعروض أمامه إلا بموجب قاعدة قانونية، وبالتالي يستخلص القانون الواجب التطبيق من ملاسبات العقد وظروفه، وقد يصل إلى قانون لم يخطر ببال المتعاقدين، فينسب إليهما قانوناً لم تنصرف إرادتهم إليه. وعليه، يتحكم القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية وإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين³.

¹ - سلطان عبد الله محمودي الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 969.

² - V. Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit., p.174

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 108.

النقد الرابع: إن إطلاق الحرية للأفراد في تعيين القانون الذي يسري على الرابطة العقدية متروك لإرادتهم الحرة، مما ينجر عنه في الأخير غش وتحايل على أحكام القانون المختص، بمعنى يتدخل الأفراد لتغيير ضوابط الإسناد التي تعمل على تحديد القانون المختص بناء على إرادتهم كتغيير الجنسية أو الموطن قصد التهرب من الأحكام الآمرة في القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة العقدية¹. ولقد عرف بعض الفقه الغش نحو القانون على أنه: " تدبير لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنائج المتوخاة"².

ولقد تصدى القضاء الفرنسي لمسألة الغش نحو العقد الدولي، وإبطال العقود التي أبرمت بين الأفراد عن طريق الغش نحو القانون³.

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 2004، ص. 317.

² - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. 1997، ص. 196.

³ - Cass. Com., 07 Mars 1963 , V. Phillipe Khan, La convention de vienne du 11/4/1980 sur les contrats de vente international de marchandises , R.I.D.C , 33 année , 04 , 1984.

المطلب الثاني: تحديد قانون العقد في إطار النظرية الموضوعية.

إذا كان فقه النظرية الشخصية يقوم بتحديد قانون العقد بناء على مطلق سلطان الإرادة، وجعل إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها، وبذلك يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد، وبناء على إرادتهم الحرة.

فإن هذه النظرية تقوم على فكرة مؤداها أن تحديد القانون الذي يسري على الرابطة العقدية يتم عن طريق تركيزها في مكان معين، حيث يكون للأفراد بناء على هذه الفكرة القدرة على الاختيار التنازعي لقانون العقد، والرفض التسليم بدور إرادة في اختيار قانون العقد ومن تم تذهب إرادة المتعاقدين لاختيار قاعدة الإسناد المنصوص عليها في القوانين الوطنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد، إذ يتم استخلاص القانون المطبق وفقاً لأسس موضوعية بناء على ظروف وحال العقد والمتعاقدين معاً، عكس ما كانت تروج له النظرية الشخصية بإمكانية عدم خضوع العقد لأي قانون¹.

وبالتالي فإن إرادة الأطراف مقيدة بأن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد وفقاً للقوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة التعاقدية وفقاً لمبدأ تنازع القوانين، ومن تم يكون القانون المختار وثيق الصلة بالعقد².

وإن كانت النظرية الشخصية تجعل من قانون الإرادة ذو طبيعة مادية، فإن قانون العقد طبقاً للنظرية الموضوعية ذو صفة تنازعية وفقاً لمنهج تنازع القوانين. سنعالج في الفرعين الآتيين، الأول مضمونها والثاني الآثار والانتقادات.

الفرع الأول: مضمون النظرية الموضوعية.

¹ - احمد إبراهيم حسن، تنازع القوانين عن الشرائع القديمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص.125.

² - محمد أحمد حسن محمود الشربيني، المرجع السابق، ص.596.

إن مضمون النظرية الموضوعية يرجع أصولها إلى الفقيه الألماني (سافيني) فهو أول من نادى بضرورة تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع حتى يتسنى تركيزها في مكان معين، فإذا ما عرف هذا المكان أمكن إسنادها للقانون المناسب لها، فقد اعتمدوا في ذلك على الإرادة الصريحة والضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق إلى جانب توافر الصلة ما بين القانون الواجب التطبيق والرابطة العقدية¹.

تنطلق هذه النظرية من فكرة مفادها أن دور الإرادة يقتصر على تركيز الرابطة العقدية في مكان معين، فإذا تم تركيزها على هذا النحو فما على القاضي إلا تطبيق القانون المكان الذي اختاره المتعاقدون باعتباره مركزاً للرابطة العقدية².

وتذهب النظرية الموضوعية إلى إرجاع سلطان المتعاقدين في الاختيار إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على هذا الخيار بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، ويؤدي إلى نتيجة، وهو خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون الذي يختاره إرادة المتعاقدين³.

وتتمثل منهجية النظرية الموضوعية أساساً في استخلاص القانون الواجب التطبيق عن طريق تركيز الرابطة العقدية، بناء على إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية، وللقاضي دور واسع في البحث عن القانون الواجب التطبيق باعتماده على منهج التركيز مراعيًا في ذلك توطين الرابطة العقدية في مركز الثقل قصد إسنادها للقانون الأوثق صلة بها بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية⁴.

¹ - سلطان عبد الله محمودي الجوارى، المرجع السابق، ص.112.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.504.

³ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، المرجع السابق، ص.74.

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، د.م.ج. الإسكندرية سنة 2005، ص.

ويتم تحديد قانون العقد عن طريق تركيز العقد على أساس معطيات وظروف العقد، من أجل ربطه بنظام قانوني معين قد يكون قانونا وطنيا أو قاعدة من قواعد الأعراف التجارية الدولية. إذ يقتصر دور إرادة الأطراف على اختيار القانون الذي تتركز فيه العلاقة والذي يرتبط معها بروابط وثيقة.¹

وان فكرة التركيز تقوم أساسا على فكرة ارتباط العقد نفسه بنظام قانوني معين، بحيث إذا كان العقد غير مرتبط بالنظام القانوني المختار فإنه يتعين حينئذ استبعاد قانون الإرادة وإحلال محله القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، لأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال حلول إرادة الأفراد محل إرادة المشرع بل لهم فقط مسألة إبرام عقد اختيار القانون الذي يسري على العلاقة العقدية.²

وبناء على ما سبق ذكره، تعد فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من أجل تحديد القانون المؤهل لحكمها وخضوعها وجوبا لقانون معين، والتي يتم إسنادها لضوابط أو معايير معينة للمكان الذي يشكل مركز الثقل في العقد إما على أساس ضوابط إسناد جامدة محددة مسبقا أو على أساس ضوابط إسناد مرنة.

في حالة غياب الاختيار لقانون العقد، يمكن إبراز ذلك اعتمادا على عناصر معينة لتحديد قانون العقد، وتعد هذه العناصر مركزا ثقل الرابطة العقدية.³

وفي الحقيقة تعد هذه الطريقة التي من خلالها يكشف عن قانون العقد، في حالة عدم تحديد قانون الإرادة الصريح ومن أهم هذه القرائن أو قواعد الإسناد الاحتياطية التي ابتكرها الفقه أو طبقها القضاء أو تم التنصيص عليها من قبل المشرعين.⁴

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، المرجع السابق، ص. 101.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 132.

³ - محمد أحمد حسن محمود الشربيني، المرجع السابق، ص. 632.

⁴ - يوسف عبد الهادي خليل الأكياي، النظام القانوني لعقود التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، 1989، ص. 325.

أولاً: ضوابط الإسناد الجامدة.

لقد تم اعتماد هذا المبدأ سابقاً من قبل الفقه القديم في تحديد قانون العقد، وذلك بقدرته الإرادة على تركيز الرابطة العقدية إما على أساس قانون مكان الإبرام أو على قانون محل التنفيذ، أو يكون كذلك تحديده بناء على أساس الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

البند الأول: قواعد الإسناد المرتبطة بالعقد.

الفقرة الأولى: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام.

لقد ظهرت فكرة إسناد العقد لمكان الإبرام منذ القدم، ولقد طبقها الفقيه ديمولان حينما قام بتركيز النظام المالي للزوجين وكيفه على أساس أنه عقد وأخضعه في الأخير لقانون محل إبرامه على أساس أنه ضابط إسناد إلزامي محدد مسبقاً.

وان مسألة إسناد العقد لقانون محل إبرامه يمثل الصلة القوية التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من مدى صحة الشروط المدرجة في العقد، وأكثر من ذلك يكفل تطبيق قانون محل الإبرام وحدة القانون الذي يسري على الرابطة العقدية تلافياً لمسألة تجزئة العقد.

كم أن بعض الفقهاء القدامى دافعوا عن قاعدة إخضاع العقد لقانون محل إبرامه مثل الفقيهين سافيني ونبوييه، على أساس أن هذه القاعدة سهلة في التطبيق العملي، ومكان إبرام العقد هو دائماً وموجود ومعروف لدى المتعاقدين¹.

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الخاص، المرجع السابق، ص. 153.

كما يعتبر قانون مكان الإبرام هو القانون الذي ارتضاه الأطراف ضمناً تطبيقه وكما قيل أيضاً أن مكان الإبرام له الأولوية منطقية باعتباره قانوناً موحداً بين الطرفين ومن السهل التيقن به والعمل بأحكامه، كما يتوقف على القواعد الآمرة لقانون محل الإبرام في حل مسألة أولية والمتعلقة بوجود العقد من عدمه، وبالمقابل فإن تطبيق قانون محل الإبرام على العقد يجسد فكرة إقليمية القوانين، وبالتالي يخضع من حيث صحته لقانون بلد الإبرام¹.

ويرى الفقه في تطبيق قانون محل الإبرام أمراً أساسياً ومهماً وذلك في حالة إبرام العقد بين طرفين من جنسية مختلفة يبقى الأمر بتطبيق قانون محل الإبرام إلزامياً². لقد اعتمد المشرع قانون محل إبرام كضابط إسناد احتياطي وذلك حسب ما جاءت به المادة 18 ق.م.ج.

وفي الحقيقة تعد قاعدة إسناد العقود الدولية لمكان انعقاد العقد أفضل القواعد وأسهلها عملياً في التطبيق، فمكان إبرام العقد لا يتعدد وهو دائماً موجود معروف لدى المتعاقدين ويدل بوضوح على قصد المتعاقدين في إخضاع عقدهما لقانون هذا المكان³. ومع ذلك رغم سرد هذه الحجج التي تطبق قانون محل الإبرام إلا أنها لا تقوم على أساس سليم، على اعتبار أن مكان الإبرام يعد ميلاد الأول للعملية العقدية إلا أنه لا يعبر عن صدق عن حقيقة مصالح المتعاقدين المرتبطة بالرابطة العقدية، مما يصعب معه التسليم بالصلة القوية التي يدعي أنصار هذا الإسناد بين الرابطة العقدية وقانون محل إبرامها⁴.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1994، ص.60.

² - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص.97.

³ - مصطفى عبد الله العالم، انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي، بدون بلد نشر، طبعة 1999، ص.114.

⁴ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000، ص.238.

كما يلاحظ من جهة أخرى، أن مكان إبرام العقد ليس من الهين دائما تحديده على أساس أنه يمكن للأفراد اختيار مكان آخر لا شأن له بالتعاقد كأن يكون ذلك القانون المختار قد اختير بناء على الصدفة أو ظروف الرحلة.¹

وقد يثار الأمر كذلك بصعوبة عند تحديد قانون محل الإبرام، وذلك في حالة اختلاف دولة إرسال الإيجاب مع دولة محل القبول مما يجعل في النهاية صعوبة تحديد مكان إبرام العقد، مما يترتب عن هذا الأخير إلى عدم الارتكاز لضابط إسناد محدد مسبقا بقانون محل الإبرام، ويؤدي في النهاية إلى تجزئة الرابطة العقدية.²

ومهما يكن من أمر، فإن إسناد العقد لقانون بلد الإبرام عندما يسكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يحقق العلم المسبق بالقانون المطبق على الرابطة العقدية قصد توفير الأمان القانوني لاستقرار التجارة الدولية.³

ولقد تأثر القانون الايطالي⁴ إلى حد بعيد الأخذ بفكرة إسناد العقد لقانون محل الإبرام في حالة اختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة، على أساس أن للأطراف العلاقة لهم علم مسبق بتطبيق أحكام هذا القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى يوفر لهم الأمان والاستقرار في المعاملات التجارية الدولية.

ولقد نادى المشروع الأول الفرنسي للقانون الدولي الخاص بإخضاع الرابطة العقدية لمكان انعقادها في حالة عدم اختيار قانون العقد من قبل الأفراد.⁵

¹ - عكاشة، محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، د.م.ج الإسكندرية 2006، ص. 337.

² - مصطفى عبد الله العالم، المرجع السابق، ص. 115.

³ - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، ط. 2006، ص. 328.

⁴ - Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit., p.174

⁵ - Art, 57 qui dispose: « Sous réserve des dispositions de police et de sureté les contrats sont soumis, en ce qui concerne leur conditions de fond et leur effets obligatoires a la loi que les contractants ont choisie dans un intérêt légitime.

Faute par eux d'y avoir exprimé clairement, leur volonté, les contrats sont soumis à la loi du lieu de leur conclusion t'el qu'il est défini par la loi française ».

وبناء على ما سبق فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية قانون مكان الإبرام بشأن عقد عمل أبرم بين رب عمل فرنسي مقيم بالخارج مع عامل له موطن بفرنسا، على أساس أن هذا الحل طبيعي، لأن العقد نشأ في فرنسا¹.

ونجد تطبيق للقضاء الجزائري في قراره الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/4/10 في قضية رقم 48455²، تنازع القوانين من حيث المكان - عقد ابرم بالخارج - تطبيق قانون مكان العقد - تطبيق صحيح القانون، حيث جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا انه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم العقد، ومن ثم فان النص على القرار المطعون فيه مخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن ابرم العقد مع الشركة الأجنبية في بلدها فان قضاة الموضوع بتطبيقه قانونا مكان العقد طبقوا صحيح القانون. "

الفقرة الثانية: إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ.

لقد دفعت بعض الاعتبارات بتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية لقانون مكان التنفيذ، على أساس أن هذا المكان هو الذي يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفذ فيه الرابطة العقدية³.

ونشير هنا إلى أن أول من نبه لهذه الفكرة هو الفقيه سافيني SAVINGY، وذلك بتركيز الروابط العقدية لقانون دولة التنفيذ على أساس أن هذه العلاقة التعاقدية ترتب

¹ - Cass. Soc , 25 Mars 1963.V. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Op, Cit., p.524

² - عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001، ص. 80.

³ - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص.121.

آثارها في هذه الدولة، ودعم فكرته القائمة على تركيز العقد مكانيا يرجع إلى افتراض رضا الأطراف مسبقا بالخضوع لقانون هذه الدولة التي ستنفذ فيها العقد¹.

ويتم تحديد مركز الثقل في العقد على أساس المكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية والأساسية للمتعاقدين وهو عادة ما يعرف بمكان التنفيذ الرئيسي للعقد الذي يتحدد به الإسناد المسبق القانون الذي يحكم العقد².

إن مسألة إسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ يترتب عنه فكرة التركيز الطبيعي للرابطة العقدية بوصفه القانون السائد في مركزها، والذي تتحقق فيه مصالح المتعاقدين والغير هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن قانون التنفيذ يشكل الرابطة الفعالة والصلة الوثيقة بين العقد والمتعاقدين في هذا المكان، ويصبح العقد حقيقة ملموسة، وكما يفترض فيه أيضا القانون المناسب للعقد³.

ولقد نادى أيضا المشروع الفرنسي للقانون الدولي الخاص لسنة 1967 للفقهاء فويه Foyer في المادة 2313 بإسناد الرابطة العقدية لمكان التنفيذ الرئيسي المرتبط بالعقد في حالة تخلف قانون الإرادة الصريح والضميني⁴.

وفي هذا السياق سار القضاء الفرنسي على هذا المنوال⁵، وطبق على العلاقة العقدية قانون بلد التنفيذ بغض النظر على ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين في تحديد

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1990، ص.124.

² - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 436.

³ - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص.125.

⁴ - Art.2313 qui dispose: « Le Contrat de caractère et les obligations qui en résulte, son soumis à la loi sous l'empire de la quelle les parties ont entendu se placer. A défaut de volonté manifestée, le contrat est régié par la loi avec la quelle il présente, par son économie, et notamment par le lieu principale de son exécution, le lieu le plus étroit ».

⁵ - Cass. Com ., 19/01/1978.V. Pierre Mayer, Vincent Heuze. Op.Cit., p. 517.

القانون المطبق، على أساس أن قانون دولة التنفيذ يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية والقانون الأوثق صلة بالعقد.

وكما طبقت محكمة النقض الفرنسية¹ في قرارها الصادر بتاريخ 03 فيفري 1971 قانون مكان التنفيذ، المحدد بالقانون الفرنسي، مع العلم أن العملية أبرمت ببلجيكا. لقد حاد القضاء الانجليزي عن إسناد العقد لقانون بلد الإبرام في حالة تخلف الاختيار الصريح، وأهم بإخضاع العقد الدولي لقانون بلد التنفيذ بدء من سنة 1951². وبناء على ما سبق يعد تطبيق قانون مكان التنفيذ كأساس لتركيز الرابطة العقدية، وكما يعد قانون بلد التنفيذ قاعدة تمتاز بنوع من الموضوعية والواقعية لا يمكن على أساسها اختيار مكان وهمي للتنفيذ لا علاقة له مطلقا بالعقد.³

ولهذا يرى بعض الفقه وجوب إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ لما له من مزايا، والتي من بينها تحقيق مصالح الأطراف، وكما تؤدي هذه الفكرة إلى تطبيق قانون واحد على العقد⁴.

البند الثاني: قواعد الإسناد المرتبطة بالمتعاقدين.

سيتم معالجة ذلك في نقطتين قانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن المشترك

الفقرة الأولى: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة.

يكون القانون الواجب التطبيق على العقد على أساس قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدون بقانونهما الشخصي. ولرابطة الجنسية أهمية كبرى في تحديد القانون الواجب

¹ - Cass.Civ., 8 /02/ 1983.V. Jean Michel Jacquet, Droit Du Commerce International, Dalloz, 1^{er} édition 2007, p.261.

² - شنضيض المصطفى، المرجع السابق، ص.343.

³ - مصطفى عبد الله العالم، المرجع السابق، ص.116.

⁴ - محمد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ترجمة فائق أنجق، د.م.ج. الجزائر. 1989، ص.364.

التطبيق على أساس أنها صفة في الشخص تفيد انتماءه لدولة معينة يتمتع بمقتضاها بمجموعة من الحقوق والواجبات¹.

وارتبطت فكرة تطبيق الشخصي بالفقيه مانشيني الذي ركز على تطبيق قانون الجنسية، فعلى الشخص أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها سواء داخل الإقليم أو خارجه².

وفي الحقيقة نجد أن الفقه يعتنق تطبيق القانون الشخصي بوصفه قانون الإرادة على أساس أن رابطة الجنسية تعد أكثر ثباتاً واستقراراً لا يمكن زوالها هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن من شأن تطبيق القانون الوطني للأطراف يؤدي إلى علم الأطراف المتعاقدة بهذا القانون ويكونون ملمين بأحكام قانونهم الوطني أكثر من أي قانون آخر³. ويرجع تطبيق قانون الجنسية بخلاف الحال بتطبيق قانون محل الإبرام وقانون بلد التنفيذ لسهولة تحديده وله الفائدة بأنه الأنسب لمصالح الأفراد ويسهل الرجوع إليه والتعرف على أحكامه⁴.

وقد اعتنقت هذه الفكرة من قبل التشريعات كالقانون الإيطالي الذي يعتد بالجنسية المشتركة في حالة سكوت الخصوم عن تحديد القانون الواجب التطبيق⁵. بما فيها القانون المصري في مادته 19.

¹ - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، ط. 2009، ص. 77.

² - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، ط. 2004، ص. 83.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، المرجع السابق، ص. 130.

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 212.

⁵ - Art. 25 De Code Civil Italien qui dispose: « Les obligations qui naissent d'un contrat sont régies par la loi nationale des contractants si elle leur est commune, autrement par celle du lieu ou le contrat a été conclu, sauf exception, dans chaque cas, de la volonté contraire des parties ». V. Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit., p.174.

وإن الاعتماد على القانون الوطني للأطراف يؤدي إلى نتيجة هامة، وهي توفير الحماية للأفراد على أساس عنصر السيادة، لأن للدولة سيادة على أفرادها سواء على إقليمها أو على إقليم دول أخرى استنادا لمبدأ شخصية القوانين¹.

لكن قانون الجنسية يعول عليه في المسائل الشخصية كإخضاع الأهلية لقانون الجنسية بما فيها المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق.

ويفهم مما سبق بأن ضابط الإسناد المستمد من جنسية الأطراف لا يعول عليه إلا بصفة احتياطية على أساس أن إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة هو ضابط متغير، قد يسعى الأفراد إلى تغييره ما بين إبرام العقد وقيام النزاع².

الفقرة الثانية: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك.

تحظى فكرة الموطن بأهمية خاصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة كأساس لإسناد الرابطة العقدية، وبذلك يكون الموطن هو استقرار الأفراد بمكان معين بحكم عملهم وبحكم مصالحهم.

ويعد الموطن رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين باعتباره أداة لحل تنازع القوانين³.

ولقد اختلفت رؤى الفقه في تحديد فكرة الموطن، فمثل الفقه الانجليزي عرف الموطن على أنه: "موطن الشخص هو القطر الذي يعتبره القانون الانجليزي مقره الدائم"، ومن هذا المنطلق يتكون الموطن من عنصرين، عنصر مادي المتمثل في الإقامة، والآخر معنوي المتمثل في نية البقاء أو الاستقرار.

¹ - الطيب زروقي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2002. ص. 28 وما بعدها.

² - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص. 109.

³ - عز الدين عبد الله، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المرجع السابق، ص. 534.

وكما يعتبره البعض بأن الموطن هو مركز الأعمال الرئيسي، وممن أخذ بهذه الفكرة كالتقنين الفرنسي في مادته 102 من القانون المدني الفرنسي¹ على أساس أن يكون لكل شخص مكان الذي يكون فيه مركز أعماله الرئيسي. بينما يرى رأي آخر² بأن الموطن يتمثل بالاستناد على الإقامة الدائمة لتكوين فكرة الموطن.

ولقد عرف القانون المدني المصري في مادته 40 على ما يلي: "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة". وتبع المشرع الجزائري هذا الرأي في تعريف الموطن في العلاقات الداخلي دون العلاقات الدولية الخاصة على أن الموطن يعرف على ما يلي في المادة 36 من القانون المدني الجزائري: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محلها مكان الإقامة العادي".

ولقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج السابق أثناء صياغته للمادة 36 في قالب جديد حيث نصت على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".³

ولهذا يعتبر الموطن أقدم في الظهور من قانون الجنسية على أساس أنه يستجيب لمتطلبات العلاقات القانونية الدولية الخاصة، ويمثل أيضا مركز مصالح الشخص باعتباره المقر الذي تتركز فيه حقوقه والتزاماته، وكما سبق الذكر أنه من الطبيعي أن يحترم

¹ - Art 102, Al.01, Du C.Civ.Fr. qui dispose: « Le Domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droit civils, est an lieu ou il a son principal établissement. »

² - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 475.

³ - أنظر القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بقانون 10/5 الصادر في 20 جوان 2005، ج.ر رقم 44، المنشورة بتاريخ 26 جوان 2005.

المتعاقدان قانون الدولة التي يعيشان فوق أرضها أو يوجد بها مركز الأعمال المشترك للمتعاقدين¹.

وكما يحقق قانون الموطن الذي تسند له الرابطة العقدية الشعور بالأمان القانوني وحماية مصالح الأطراف المتعاقدة ومعرفة القوانين المحلية المؤهلة لحكم هذه العلاقة، وكذلك حماية المصالح الوطنية.

ولقد تقرر ذلك في قضية شهيرة تسمى قضية ليزاردي Lizardi، والتي أسند فيها القضاء الفرنسي الرابطة العقدية لقانون الموطن بغض النظر عن قانون جنسية الشخص ليزاردي الحامل للجنسية البرازيلية وطبقت القانون الفرنسي على أساس أن الصفقة أبرمت في الإقليم الفرنسي².

ويجد هذا الاستثناء سنده في الاجتهاد القضائي الفرنسي الشهير ليزاردي LIZARDI بتاريخ 16 يناير 1861 الذي وضع أسس هذا الاستثناء. وتمثل وقائع هذا النزاع في أن: " ليزاردي " شاب مكسيكي في الثالثة والعشرين من عمره، قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي في باريس، ووقع بشأن تلك الصفقة عدة سندات، لكن عندما طُلب أمام القضاء بالوفاء بها، دفع بالبطلان لنقص أهليته على أساس أنه لم يكن بالغاً سن الرشد وقت إبرام التصرف، وذلك وفقاً لما يقضي به القانون المكسيكي، والذي يحدد سن الرشد بخمسة وعشرين عاماً. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة تلك السندات واستند حكمها على أنه ليس من المتعين على الفرنسي معرفة مختلف القوانين الأجنبية في أحكامها الخاصة بالقصر والبلوغ. ويكفي أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد مع الأجنبي بحسن نية ودون خفة ورعونة، حيث قررت المحكمة:

¹ - مصطفى عبد الله العالم، المرجع السابق. ص. 117.

² - Cass. Req., 16/01/1861 . V. Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit ., p.199.

«Dans ce cas, le français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'entendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité; au il suffit alors, pour la validité du contrat qui, le français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi.»

فلهذا يمكن الاعتماد على هذه الافتراضات في حالة عدم التعبير عن الإرادة بصفة صريحة، ويعتمد على هذا النحو على قانون محل الإبرام أو محل تنفيذه أو الموطن المشترك أو الجنسية باعتبارها أقرب القوانين صلة بالعقد، ويلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بأن يطبق الضابط الذي حدده له المشرع، وحسب الترتيب الذي وضعه له مشرعه¹.

ثانيا: ضوابط الإسناد المرنة.

يكون تحديد قانون العقد ضمن الإسناد المرنة، إما أن يكون العقد له صلة بالقانون المختار(البند الأول)، أو يكون تحديده حسب الأداء الذي يتقدم به الطرف في العقد مميزا عن الطرف الآخر (البند الثاني).

البند الأول: نظرية التركيز الموضوعي للعقد (localisation du contrat).

تنطلق هذه الفكرة من مؤداها بأن القاضي هو الذي يقوم بعملية استخلاص القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية من خلال ظروف وملابسات التعاقد. ويرى صاحب هذه النظرية، الذي أشار إليها في بحثه الخاص " بتنازع القوانين في مجال العقود". إذ قام بتعميم هذه الفكرة على كافة طوائف النظم القانونية في مجال القانون الدولي الخاص، والتي تعرف تحت اسم نظرية تركيز العلاقات القانونية الدولية. وقد لاحظ الفقيه صاحب هذه النظرية، بأن الفقهاء القدامى بتبنيهم لنظريته لم يسمحوا أبدا للأفراد بحرية الاختيار المطلقة، وإنما كان تحديد الأطراف لقانون العقد يتم

¹ - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص.256.

بناء على ظروف وملابسات العقد، أي على أساس ذهاب إرادتهم الضمنية إلى تركيز العقد في مكان معين لاستخلاص القانون الواجب التطبيق¹.

فالمتعاقدان يحددان بإرادتهما مقر العقد، والقاضي يكشف عن القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف وملابسات وعناصر العقد من أجل ربط العقد بنظام قانوني معين².

ولقد استوحى الفقيه باتيفول نظرية تركيز العقد مسaire منه وتأثره إلى حد بعيد بنظرة القضاء الانجليزي بشأن فكرة القانون المناسب، الذي يتم تحديد قانون على أساس ظروف وملابسات العقد³.

وسار القضاء الفرنسي على هذا المنوال وذلك بتركيز الرابطة العقدية بتطبيق قانون الأوثق صلة بالعقد، وأن يكون هذا القانون المختار له صلة معقولة بالعقد بناء على معطيات وظروف العقد⁴.

ويقوم منهج التركيز الموضوعي للعقد على وجوب ضرورة ارتباط بين العقد أو التصرف القانوني بصفة عامة والقانون الواجب التطبيق عليه، ومن ثم يتحمل القاضي مباشرة تركيز الرابطة العقدية من أجل إسنادها للقانون الواجب التطبيق عليها⁵.

إذن جاءت هذه النظرية بتركيز العلاقات القانونية في مكان معين واتخاذ هذا التركيز معيارا لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، أي تقوم إرادة الأفراد بتركيز

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص. 109.

² - صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. لسنة 2007، ص. 20.

³ - Cass.Civ., 07/06/1977.v. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Op.Cit ., p.531.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 197.

⁵ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى لسنة 1998، ص. 242.

الرابطة العقدية تركيزاً شخصياً في المكان الذي يسود فيها هذا القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية¹.

وتقوم هذه النظرية على أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز أو توطين العقد في دولة معينة، وليس اختيار القانون الواجب التطبيق، فالأطراف هنا لا يختارون قانوناً معيناً يلتزم به القاضي، بل يركزان عقدهما في مكان معين، ومن تركيز الأطراف يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق².

فإذا اختار الأطراف قانون العقد لا يتناسب مع تركيز أو توطين العقد، فعلى القاضي أن يحجم عن هذا الاختيار، ويلجأ في النهاية إلى تحديد القانون الواجب عن طريق ملائمة وظروف العقد.

إذن في إطار هذه النظرية، يجب على القاضي مراقبة مدى صحة اختيار الخصوم، وأن يصحح هذا الاختيار إذا كان لا يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، وذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، الذي يتم تحديده وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمحيطه بظروف التعاقد وذلك كله من أجل حماية المصالح الاجتماعية والاقتصادية لهذه العقود الدولية³.

البند الثاني: فكرة الأداء المميز في العقد.

مفاد هذه النظرية أنها تقوم على فكرة تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام

¹ - طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة 2000، ص. 298.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 170 وما بعدها.

³ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، بدون بلد نشر، سنة 2005، ص. 209 وما بعدها.

الأساسي في العقد¹، حيث ينفرد كل عقد بأدائه يميزه ويحدد خصائصه، مما يترتب عليه أن يختلف القانون المطبق في كل عقد على حدا.

وبعبارة أخرى يسند المشرع كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها، وهو القانون السائد في محل الأداء المميز في العقد².

ففي هذه الحالة يتوجب على القاضي من أجل تحديد القانون المطبق على العقد أن يقوم بتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية، أي البحث عن الالتزام الجوهرية الذي يفرضه العقد. حيث يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء المميز.

وتعتبر نظرية الأداء المميز في العقد صورة من صور التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية من خلال الطبيعة الذاتية للتعاقد³، والتي ابتدعها الفقه السويسري وتفنن القضاء في تطبيقها على أساس البحث، عن مضمون المميز في العلاقة القانونية أي الأداء المميز، أي البحث عن إخضاع العقد لقانون المكان الذي يكون الأداء المميز محققا فيه مثل مكان ممارسة مهنة المحاماة، وذلك دون البحث عن إرادة الخصوم، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة قصد تحديد قانون العقد بعيدا كل البعد عن عناصر خارجية ليس لها أي علاقة بروح الإلتزام⁴.

وفي هذا الصدد كان قرار محكمة السويسرية الفيدرالية يجسد فكرة الأداء المميز، بقرارها الشهير الصادر عنها في 11 مايو 1966 بقولها: "وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.969.

² - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.352.

³ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص . 193.

⁴ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص.248.

العقدية، تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة قانون محل إقامة بطرف الذي يعد أداؤه مميزا في العقد محل النزاع¹.

وتعتبر فكرة الأداء المميز في العقد هو البحث من له دور فعال وظاهر في إبرام العقد، والنظر للطبيعة العقدية من حيث الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها الطرف الذي يعد أدائه مميزا وغالبا في التعاقد²، فمثلا عقد البيع الذي يبرمه البائع (الإلتزام بتسليم الشيء المبيع)، يعد أداءا مميزا على خلاف أداء المشتري (الإلتزام بدفع الثمن)، والذي يقل أهمية مما يبرر إسناد العقد لقانون محل أداء الأول. ومن تم تخضع العقود وفقا لهذه النظرية لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز فيها (قانون محل إقامة البائع) وهو المكان الذي يفترض مسبقا أنه محل هذا الأداء.

ويعد الأداء المميز في العقد هو البحث عن القانون الأكثر ارتباطا وصلة بالعقد تطبيقا لفكرة الفعالية للعقود الدولية، والذي يتحدد بقانون الموطن المعتاد للطرف الذي يصدر منه الأداء المميز³، وأن يكون دائما تنفيذا للإلتزام الرئيسي في العقد في محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في كل الأحوال.

وتعتمد فكرة الأداء المميز في العقد على وسيلة وظيفية مستمدة من قاعدة النزاع، بدلا من الأساس الإقليمي المستمد من قاعدة النزاع الذي تبناه الفقيه سافيني بشأن التركيز المكاني للروابط العقدية⁴.

¹ - أشار إليه، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.571.

² - خليل عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.152.

³ - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص.279.

⁴ - Audit Bernard, Droit Internationale Privé, Economica, 1991 , p. 296.

فالهدف الوظيفي لقاعدة التنازع التي تقوم عليه نظرية التركيز الموضوعي للروابط العقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية، هو إسناد هذه الرابطة للنظام القانوني الذي يتحقق في إطاره الأداء المميز في العقد¹.

ومما لا شك فيه² أن إسناد العقد للقانون الأكثر وثوقاً وصلته بدولة معينة، يجب أن تكون قرينة تؤكد على وجود ارتباط العقد بروابط أكثر مع دولة المدين بهذا الأداء المميز في العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يكون إسناد الرابطة العقدية على أساس الأداء المميز في العقد كضابط إسناد يؤدي إلى المحافظة على الأمان القانوني وحماية توقعات الأطراف.

وعليه لا يفهم مما سبق أن إسناد الرابطة العقدية على أساس استخدام الأداء المميز في العقد قد يؤدي في بعض الأحيان في المساس وإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، وذلك مرده إلى الطبيعة المركبة التي تتسم بها بعض العقود المركبة، والتي يستحيل فيها تحديد الأداءات المميزة في مثل هذه العقود مثلاً كالعقد بين صاحب الفندق والتزيل، الذي يترتب عنه عدة عقود، كعقد إيجار الغرفة، وكعقد وديعة الأمتعة الخاصة بالنزيل³.

ولقد تأثر بفكرة الأداء المميز كل من الاتفاقيات والتشريعات، ونذكر على سبيل المثال اتفاقية لاهاي الصادرة في 15 جوان 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنتقولات المادية حيث نصت المادة الثالثة منها بإسناد عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته المدين بالأداء المميز في هذا العقد.

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.199.

² - أحمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص. 150.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 158.

وكان تطبيق فكرة الأداء المميز على عقود الاستثمار مثل عقود النفط وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال الدولية، فمثلاً كانت عقود البترول تخضع لقانون محل استخراجها.

وفي مقابل ذلك فقد انتهجت هيئات التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية في قرارها الصادر في 18 ديسمبر 1985 بشأن نزاع كان ما بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية يتعلق بإنشاء خط سكك الحديدية، وفي ظل غياب شرط القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق القانون الجزائري على العقد، حيث أن العقد يتركز في القانون الجزائري، فقد أبرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها¹.

ومن التشريعات التي اتخذت بذلك مثل مجلة القانون الدولي الخاص التونسي سنة 1998 في مادتها 62 والتي أخذت بفكرة الأداء المميز، حيث أكدت في حالة عدم تحديد قانون العقد، فإنه يطبق قانون دولة لموطن الطرف الذي يكون إقامته مؤثراً في تكييف العقد².

ولقد نص عليها المشرع السويسري في المادة 17 من القانون الدولي الخاص بما يلي: "يسري على العقد عند غياب اختيار 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..."³.

¹ - أشار إليه، محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم الدولي، الجزء الأول، بدون دار النشر 1986، ص. 205.

² - Art. 62 De Code Droit International Privé Tunisienne qui dispose: « Le contrat est régi par le droit désigné par les parties. A défaut par celles-ci de désigner la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'état du domicile de la partie dont l'obligation est détermination pour la qualification du contrat, ou celle du lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. »

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 352.

ولقد سكت بعض التشريعات عن ذلك بما فيها المشرع الفرنسي، والمشرع المصري، وقد ارتئ القضاء المصري في هذه الحالة والتي لم يتم النص عليها بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي كل مشكلة النزاع التي لم يرد بشأنها نص صريح¹. ونفس الشيء يقال بالنسبة للقانون الجزائري ويطبق في ذلك المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص².

إن فكرة الأداء المميز تحقق الأمان للتعاقدين، حيث يتم تركيز الرابطة العقدية على أساس ذاتية الرابطة العقدية بغض النظر عن إرادة المتعاقدين كما قد تشير إليه ظروف التعاقد وملاساته.

الفرع الثاني: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية.

قد تلعب هذه النظرية دوراً هاماً في حماية الأطراف المتعاقدة، وذلك من خلال القيود التي تفرضها على الأطراف من جراء عدم استخدام مبدأ سلطان الإرادة، على أساس أنهم في كل الأحوال يذهبون إلى اختيار القانون الأفضل، والتهرب من نتائج قانون آخر هو أصلاً غير مؤهل لحكم العلاقة، وعليه ستم معالجة ذلك في آثار أعمال هذه النظرية (أولاً)، ثم ماهي الانتقادات الموجهة لها (ثانياً).

أولاً: آثار النظرية الموضوعية:

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي للأستاذ الألماني الشهير سافيني، وتطورت هذه الفكرة على يد الأستاذ باتيفول، والذي يرفض التسليم بدور الإرادة في اختيار قانون العقد. وإن كان المذهب الشخصي يجعل من القانون المختار من قبل أفراد مجرد

¹ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص. 254.

² - يراجع في ذلك المادة 23 مكرر 2 المضافة بالقانون رقم 05-10 السالف الذكر بقولها: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيها لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بنزاع القوانين".

اتفاق، إلا أن المذهب الموضوعي يبحث في تحليل دور إرادة الأطراف ويحتفظ للقانون المختار بصفته كقانون¹. وتتلخص أعمال هذه النظرية في النتائج التالية:

النتيجة الأولى: تقوم نظرية التركيز الموضوعي بالإبقاء على دور الإرادة في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق، مع رفض الكامل لنظرية العقد بدون قانون والتي تجعل من القانون المختار مجرد شرط يتزل إلى منزلة الاتفاق، حيث يستنتج من ذلك أن إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية والخضوع للقانون المؤهل لحكم العلاقة العقدية في جميع أحكامه بما فيها القواعد الآمرة. ولهذا تستخدم إرادة الأفراد كأداة لتحديد قانون العقد من أجل حل النزاع في مجال العقود الدولية.

وبناء على ما سبق تعد إرادة الأفراد ضابط إسناد أصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية لتحديد قانون العقد².

ويرى في هذا الصدد الفقه أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وإنما تركز العقد في مكان معين بالنظر لموضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، ومتى تم تركيز هذه العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون المختار من قبل الأفراد هو الذي يطبق على العقد في النهاية³.

وفي الحقيقة أن الأطراف يركزون عقدهم، والقاضي يستخلص القانون الواجب التطبيق على ضوء هذا التركيز، سواء بالاعتماد على إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، طبعة أولى 1996، ص. 222.

² - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 132.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 127.

أو المفترضة، لينتهي إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق¹، مع وجوب ربط العقد بقانون دولة ما، وهو إخضاع العقد لقانون الدولة التي تم تركيزه بها².

النتيجة الثانية: يجب عند اختيار قانون العقد أن يراعى مصالح الأفراد بما فيها مصالح التجارة الدولية ومصالح الدولة.

بخصوص احترام الأفراد لضرورات التجارة الدولية، بما لهم الحرية الفردية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، لأن المسألة تتوقف على اختيار قانون العقد الذي يسري على الرابطة العقدية على أساس إرادة الأفراد، وذلك للحفاظ على مصالح الاجتماعية والاقتصادية لهذه الدولة.

ونشير هنا أن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية من قبل الأفراد هو القانون الذي يكون له علاقات حقيقية مع مصالحهم الدائمة.

وفيما يتعلق بمصلحة الدولة باعتبارها مصلحة عامة، لأن المصلحة الأساسية للدولة تكمن في ضمان احترام سلطة القانون، لأن القانون الصادر عن دولة معينة يمثل كل لا يتجزأ³.

النتيجة الثالثة: لا بد من توافر صلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد: أي لا بد من ربط العقد الدولي بقانون ما أي بقانون المعين، وأن يقوم القاضي باستخلاص القانون الواجب التطبيق ويجب عليه التقيّد بقواعد تركيز العقد ويراقب إرادة الأطراف في تحديد قانون العقد⁴.

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص. 116.

² - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص. 93.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، د.م.ج. الجزائر، 2006، ص. 51.

وتظهر هنا إرادة الأطراف كميّار إسناد الرابطة العقدية للقانون الذي يحكمها، وأن إرادة الأطراف في عملية اختيار قانون العقد تكون مجرد إبداء الرغبة في تركيز العقد وإخضاعها للقانون السائد في مركز الثقل¹.

وإن مسألة السماح للأطراف باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي في المسائل التي تنظمها القوانين تنظيماً آمراً قد يؤدي إلى إنزال القوانين المذكورة إلى منزلة الشروط الاتفاقية، وتفلت الرابطة العقدية في الأخير من سلطان القانون².

ولذلك يرى الكثير وجوب الربط بين الاختيار الإرادي لقانون العقد وتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، أي إسنادها لقانون المكان الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة ويرتبط معها بروابط وثيقة³.

وكما يجب القول بأن التركيز الموضوعي يحمل في طياته وجوب ربط العقد بنظام قانوني معين، ومن الضروري توافر الصلة بين القانون المختار والعقد والمتعاقدين، وإذ كان القانون المختار غريباً عن العقد أو المتعاقدين فيجب استبعاد من ميدان التطبيق، على أن يتم ذلك الخيار على أساس موضوعي ومعقول ووجود رابطة حقيقية بين العقد أو المتعاقدين وهذا القانون⁴.

وإن مسألة مراعاة الصلة تهدف إلى حماية مصالح الأفراد بما فيها مصالح العليا للمجتمع، ويمكن للقاضي عدم تطبيق القانون المختار من قبل الأفراد، إذ يتبين له أنه ليست له صلة بالعقد أو المتعاقدين، على أساس الغش نحو القانون من قبل الأفراد قصد

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.50.

² - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.130.

³ - محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص.148.

⁴ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين، المرجع السابق، ص.114.

التهرب من الأحكام الآمرة لهذا القانون المختص بحكم العلاقة العقدية، وإحلال محله القانون المرتبط بالعقد.

النتيجة الرابعة: عدم القبول بفكرة تجزئة العقد، وإخضاعه لقوانين متعددة، أي لا يمكن تصور فكرة حرية الأطراف في تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقانون مختلف، لأن هذه التجزئة تؤدي إلى نتيجة خطيرة تتمثل في إحلال بانسجام العقد، وإفلاته من سلطان القانون¹، ولهذا يرى الفقه إلى القول بإخضاع الرابطة العقدية في جميع تراتيبيها للقانون الأوثق صلة بها وهذا حفاظا على وحدة العقد.، لأن فكرة التجزئة تسائر منطق النظرية الشخصية لأنها تجعل من القانون المختار مجرد شرط، وان السماح للأفراد وفقا لمنهج النظرية الموضوعية بتجزئة العقد حتى وان كان العقد قابلا لتجزئة سيؤدي إلى نتيجة هامة، وهو إفلات من سلطان القوانين بفضل تنوع القواعد القانونية التي تحكم الرابطة العقدية².

وقد تباينت الآراء حول فكرة تجزئة العقد فمنهم من نادى بتجزئة العقد *Le Morcellement de contrat*، ويرى أصحاب هذا الرأي بتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد بالنظر إلى كل عنصر من عناصره وآثاره على حدة، وقد تشعبت الآراء في شأن القانون الواجب التطبيق على كل ركن من أركان العقد وعلى مختلف آثاره التي تترتب عليه³.

أما الفكرة الثانية التي تنادي بوحدة القانون المطبق على الرابطة العقدية، وهو مذهب وحدة العقد *L'Unité de contrat*، والذي يرى بوحدة القانون الواجب تطبيقه

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 541.

² - محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية، المرجع السابق، ص. 121.

³ - Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Op.Cit. , p.498.

على موضوع العقد سواء في ذلك تكوين العقد وآثاره ويسمى القانون الذي يحكم موضوع العقد بوصفه وحدة لا تتجزأ بقانون العقد¹.

الأمر الذي يفهم منه، يجب أن يكون العقد بكامله خاضعاً لقانون واحد يحكمه، وخاصة فيما يتعلق بالأحكام الآمرة بهذا القانون.

النتيجة الخامسة: عدم السماح للأفراد بتجميد أحكام القانون المختار، ومؤدى هذه النتيجة أن الأطراف لهم الحرية في اختيار قانون العقد ويطبق كقانون من دون تطبيق الشرط الذي يقضي بتطبيق قانون العقد وقت انعقاد العقد دون الأخذ بالتعديلات الجديدة له، لأن هذه الفكرة نادت بها النظرية الشخصية وهي عدم الأخذ بالتعديلات الجديدة للقوانين بعد الفترة اللاحقة لإبرام العقود.

وهذا التجميد الزممي للقانون المختار، يجعل العقد الدولي بلا قانون يحكمه، وتحريره من سلطان القانون الواجب التطبيق أي تجميد القانون المختص على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، ونجد له تطبيقاً في ميدان العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، ولاسيما عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية².

وفي الحقيقة فإن الشرط الثبات قد يكون في صورتين إما في صورة الشروط التعاقدية أو الاتفاقية: أي تضمين العقد في أحد شروطه على أن القانون المختار يسري على العقد عند المنازعة هو القانون النافذ وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق. أما الصورة الثانية: الشروط التشريعية: أي ورود في صلب قانون دولة ما، التي هي طرفاً في عقد دولي مع شخص أجنبي خاص بتعهداتها بالألا تعديل قانونها أو تلغي أحكامه³.

¹ - عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون دار النشر لسنة 2004، ص. 870.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 306.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع نفسه، ص. 322 وما بعدها.

ومما لا شك فيه أن الأخذ بفكرة التجميد يؤدي إلى فقدان القانون لصفته القانونية، ويصبح العقد بلا قانون، وهذا يتنافى مع منظور النظرية الموضوعية في تحديد قانون العقد¹.

النتيجة السادسة: رفض الأخذ بفكرة الإحالة: إن النظرية الموضوعية تقوم على فكرة عدم الأخذ بنظرية الإحالة في مجال العقود الدولية، لأن إرادة الأطراف لها دور في تحديد قانون العقد وذلك لصيانة توقعات الأفراد على أساس منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، والتي حولت للمتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية².

وتنتج الإحالة في القانون الدولي الخاص نتيجة اختلاف قوانين الدول، على أساس إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع، على القاضي بالرجوع إلى أحكام القانون الأجنبي لاستشارة قواعد التنازع الخاصة به، والتي بدورها قد تحيله إلى قانون آخر³.

وتجدر الإشارة هنا، عندما يكون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد هو قانون إرادة المتعاقدين كما هو الحال في الالتزامات التعاقدية التي تخضع لقانون الإرادة، أي لقانون الذي يختاره الأطراف، فإن الأخذ بقواعد الإسناد في هذا القانون المختار قد يتنافى ويتعارض مع إرادة الأطراف، فيما لو أشارت هذه القواعد إلى تطبيق قانون آخر⁴.

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص. 340 وما بعدها.

² - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية، المرجع السابق، ص. 125.

³ - غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، طبعة رابعة لسنة 2005، ص. 123.

⁴ - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 655.

وبالمقابل ذلك، يجب على القاضي أن يتجه مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ليطبقها على واقعة الدعوى، أي على موضوع العقد.

النتيجة السابعة: احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية مع إمكانية إبطال العقد وفقاً لأحكام القانون المختار.

يتوقف مضمون النظرية الموضوعية على أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد لا تقوم على مبدأ سلطان، بل تعتبر إرادة الأفراد مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون المختص الأمر الذي يفهم منه، أن القانون المختار ينطبق على العقد بوصفه قانوناً، وقد يؤدي هذا القانون المختار إلى إمكانية بطلان العقد إذا كان يحمل في طياته أمور لا تتوافق مع طبيعة العقد الدولي، ومن ثم يمكن للقاضي أن يصحح تحديد قانون العقد، وذلك بالكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين وتطبيق القانون المصحح للعقد باعتباره قانون يعبر عن إرادة المتعاقدين¹.

وهذا الرأي لا نسايره، لأنه لم يمكن في أي حال من الأحوال تطبيق الإحالة على موضوع العقد كما خلصنا سابقاً وهي عدم الأخذ بفكرة الإحالة في مجال العقود الدولية طبقاً لمفهوم النظرية الموضوعية.

ثانياً: الانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية:

رغم الآثار التي رتبها النظرية الموضوعية إلا أنها لم تسلم من سهام النقد، والتي سنوجزها فيما يلي.

النقد الأول: تجاهل دور إرادة الأفراد في تحديد قانون العقد.

¹ - Cass.Civ., 28 Juin 1966, v. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Op, Cit., p.524.

حيث أن النظرية الموضوعية، تقوم على فكرة تركيز العقد أي تتجاهل الدور الأساسي للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، الأمر الذي يفهم منه الإنكار التام لتدخل الإرادة في إطار هذه العقود، ويؤدي إلى نتيجة هامة وهي إخلال بتوقعات الأفراد وتهدر ثبات العقد واستقراره على أساس أن القاضي هو الذي يملك سلطة استخلاص وتحديد قانون العقد¹.

ويفهم مما سبق أن فكرة التركيز تقوم أساساً على فكرة ارتباط العقد بنظام قانوني معين، بحيث أنه كان العقد غير مرتبط بالنظام القانوني المختار، فإنه يتعين حينئذ استبعاد هذا القانون وإخلال القانون أكثر ارتباطاً بالعقد محله، لأن إرادة الأطراف كما سبق تحليله سوى عنصر من العناصر المعتمدة عليها للتوصل إلى تركيز العقد².

النقد الثاني: إعطاء للقاضي حق رقابة سلامة القانون المختار للتأكد من نوعية العقد هل هو دولي أم داخلي لمكافحة تهرب الأفراد من تطبيق القانون المختص، فقد يعتمدون إلى إضفاء الصفة الدولية للعقد المبرم بينهما كإشارتهم قد أبرم مثلاً بالخارج، ومن ثم يتصدى القاضي لذلك، واعتبار هذا العقد بأنه داخلي³.

لذا يرى الكثير بأن النظرية الموضوعية غير واقعية، لأنها لا تتماشى واختيار الأطراف المتعاقدة، لكن تدخل القاضي لتصحيح إرادة الأطراف هو من أجل حماية مصالح الأفراد والمجتمع معاً، وإسناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بها. وعليه سيتم دراسة الرأي التوفيقى بين النظريتين السالفتي الذكر في المطلب الموالي.

¹ - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص.85.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.47.

³ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين، المرجع السابق، ص.87.

المطلب الثالث: مفهوم النظرية الذاتية المعتدلة.

لموضوع حرية التعاقد جملة من الحريات، وهي حرية الفرد في التعاقد أو في امتناعه عن التعاقد، وفي اختيار مع من يتعاقد، وفي تحديد بنود وشروط العقد، فاستناداً لمبدأ سلطان الإرادة، للفرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد مع حرية تحديد مضمون العقد. وقد أدت الإرادة دوراً بارزاً، ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، فكان للمتعاقدين أن ينظما علاقتهما التعاقدية وتحديد حقوقهما والتزاماتهما في حدود النظام العام والآداب. ولكن هذه الحرية في التعاقد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محدودة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة.

ولذلك ومن أجل توضيح هذه التقييد والوصول إلى تعريف المقصود من موضوعية الإرادة التعاقدية، يتوجب علينا أولاً إعطاء نظرة عامة في سلطان الإرادة التعاقدية، وذلك من أجل محاولة الوصول إلى تعريف موضوعية الإرادة التعاقدية. وبهذا سيقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتين:

الفرع الأول: سلطان الإرادة التعاقدية.

ينشأ العقد أساساً على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة. هذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها¹.

فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني الجزائري (والتي يطلق عليها العقود المسماة)². كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يربتها المشرع على عقد

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 141.

² - بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)، العراق، جامعة الموصل، كلية القانون، فرع القانون الخاص، ص. 95.

من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في تضيق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها. كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه¹.

فيقوم مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية إذاً على أساسين هما، الحرية والمساواة. الأساس الأول المتمثل في الحرية أساس النشاط، وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وأن الإرادة الحرة قادرة على حفظ المصالح، وهي مقدره لهذه المصلحة فعلاً ما دنا نطلق لها الحرية. وإذا تم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية. أما الأساس الآخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة لأن المصلحة الخاصة - وهي أساس المصلحة العامة - لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم².

فإذاً يترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية على إطلاقه النتائج الآتية:

- حرية الأفراد في أن يبرموا ما شاءوا لهم من عقود، وحريتهم في ألا يبرموا عقداً من العقود، فلا يجوز تقييد حريرتهم من هذه الناحية.
- للأفراد الحرية الكاملة في تحديد الالتزامات العقدية ومكانها ومدائها. ففي عقود الإيجار مثلاً لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك في تحديد بدل الإيجار التي يلزم بها المستأجر وهكذا الشأن في سائر العقود.
- إرادة الفرد الحق في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله كذلك.³

¹ - رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984، ص25.

² - بسام مجيد سليمان، وأكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص. 97.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص142-149.

ونقول أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما لزم شخص بتصرف قانوني (وبخاصة العقد)، فإنما يلتزم لأنه أراد، وبالقدر الذي أراد¹.

ويقصد بمبدأ الرضائية في أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزامات، ولا يكتمل معنى المبدأ إلا إذا فسر بأن توافق الإرادتين يلزم ويكفي للانعقاد². إن كفاية هذا التوافق هو الذي جعل أساس المبدأ لا يتطلب أوضاعاً خاصة لانعقاد العقد، وجعل العقد بإرادة الطرفين، فأصبحت العبرة بهذه الإرادة بغض النظر عن طريقة التعبير عنها.

إلا أنه يجب القول بأن مبدأ الرضائية لم يبقى مطلقاً أو بمعنى آخر أن توافق الإرادات قد لا يكفي بمفرده أحياناً لتكوين العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين³.

ونتفق مع جانب من الفقه في وجوب التمييز ما بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث يتعلق مبدأ سلطان الإرادة بقدررة الإرادة على اختيار التعاقد أو عدم التعاقد، لا بمجرد كفاية الإرادة كما في مبدأ الرضائية "فالرضائية هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف"⁴.

أو بتعبير آخر، يؤدي المبدأ الأول إلى إطلاق سراح الإرادة وفك قيودها، أما المبدأ الثاني فهو يؤدي إلى إظهار جوانب النشاط التي تتسع لتلك الإرادة الطليقة.

¹ - مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط1، 1991، ص.40

² - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، بدون سنة نشر، ط. 1978، ص.364.

³ - سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، 2001، ص.87.

⁴ - بسام مجيد سليمان، وأكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص.99..

فمسألة حرية الشخص بالدخول في تعاقدات مع أشخاص آخرين أو تقييده بعدم السماح له بالدخول في هذه التعاقدات يتحدد بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي. أما بعد أن يقوم الشخص بالتعبير عن رغبته بالتعاقد، ففي هذه الحالة فإن مبدأ الرضائية سيحدد مدى كفاية هذا التعبير في إبرام العقد استناداً إلى أحكام القانون في مدى اعتبار العقود هي عقوداً رضائية أم شكلية أم عينية.

وخلاصة لما سبق ذكره في مجال التمييز بين مبدأ سلطان الإرادة وبين مبدأ الرضائية، هو أن المبدأ الأول سيعتبر الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية أو كفاية انعقاد العقد فلو افترضنا بأن القانون اشترط الشكلية في إبرام عقد معين فسيعتبر هذا الاشتراط إحدى الحالات الاستثنائية¹ التي تدرج ضمن القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في أثناء تكوين العقد.

فمدى اشتراط الشكلية في العقود الشكلية أو وجوب التسليم (تسليم محل العقد) في العقود العينية هي عبارة عن إلزام قانوني يحدده المشرع شعوراً منه بأن ذلك هو من متطلبات التعاقد.²

الفرع الثاني: تقييد الإرادة التعاقدية.

يعد مبدأ سلطان الإرادة من مخلفات وتراكمات المذهب الفردي³، الذي يقدر ويمجد الحرية الفردية، والذي يعتبر الفرد هو محرك المجتمع. فالهدف من تنظيم المجتمع، في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة. فطالما كان الإنسان حراً فأنا

¹ - مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين الشمس، سنة 2005، ص. 26.

² - حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص. 36.

³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، الجزائر، 1992، ص. 209.

إرادته يجب أن تكون كذلك. وهذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره بمعزل عن أي قيد يرد في القوانين¹.

ومن التشريعات التي تأثرت إلى حد كبير بالمبدأ السالف الذكر، القانون الفرنسي (تقنين نابليون الصادر عام 1804) فالمادة (1134) منه قد جاءت عنواناً لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، حيث نصت على "أن الاتفاق إذا تم شرعاً فإنه يقوم مقام القانون لمن تعاقد".

كما ذهب القانون المدني المصري لعام 1948 في نفس الاتجاه، إذ نصت المادة (147) فقرة (1) منه على ما يلي "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

ونفس الشيء أخذ المشرع الجزائري بنفس الفريق في نص المادة 106 من القانون المدني².

نجد أن المسار المتبع في كلا التشريعين المصري والجزائري، هو إبراز لقوة الرابطة العقدية والتزامها بفعل الإرادة يعود لنص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، لأن تلك القوانين قد تأثرت بصورة مباشرة بما صاغه المشرع الفرنسي في تلك المادة. ومما يلفت الانتباه إليه في هذا المجال إلى أن القوانين المدنية المقارنة المذكورة سالفاً، لم تكن الغاية منها الأخذ بالمذهب الفردي على إطلاقه، بل حاولت تلك القوانين مساندة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة.

فلهذا أصبحت الاتجاهات المعاصرة تنادي نحو تقييد دور الإرادة في ميدان العقود¹، ذلك أن حرية الإرادة ترتبط بالاتجاه الفردي، ولما كانت الأفكار السائدة في

¹-رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص26.

²- تنص المادة من الأمر رقم 58/75 الصادر في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/5 الصادر في 2005/6/20: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

المجتمعات الحديثة هي الأفكار الاجتماعية، فقد أدى ذلك إلى ازدياد القيود على سلطان الإرادة، "فالالتجاهات الاجتماعية تنادي بضرورة تدخل الدولة بمقتضى أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم الخاصة، تنظيمًا إجبارياً لا يترك لإرادتهم كثيراً من الحرية في تنظيم تلك المعاملات، من أجل كبح جماح التغلغل الفردي".

ولما تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في رحابها مبدأ سلطان الإرادة، انتهجت بعض تشريعات الدول النهج الاشتراكي التي ترى فيه لا بد من تغليب مصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، فظهر أنصار المذهب الاجتماعي².

فالاهتمام بمصلحة الجماعة يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، من أجل خلق توازن عقدي بين الأطراف قصد إحساسهم بالأمان القانوني.

ومن المعلوم أيضاً لم يعد يسمح للأفراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء قد تخالف النظام العام والآداب أو مقتضيات الأسس التي يقوم عليها المجتمع، فالصالح العام يعلو المصلحة الفردية³.

فحرية التعاقد لم تعد مبدأً مطلقاً كما كان عليه الحال في السابق، فيتدخل القانون لاجبار الفرد على إبرام عقد معين أو يحرمه من تعاقد يريد إبرامه⁴.

ونفس الشيء يقال لم تعد الإرادة حرة في تحديد بنود وشروط العقد، فقد أصبح الآن تدخل المشرعين أمراً طبيعياً في تحديد هذا المضمون.

¹ -سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، المرجع السابق، ص.87.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص.187.

³ - همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص.231.

⁴ - رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص.27.

كما لم تعد إرادة الأفراد حرة في إنهاء العقد بالاتفاق أو في تعديله، لذلك فقد يتدخل القانون ويضع تنظيمًا معيناً لعقد من العقود، بحيث لا يجوز لإرادة الأفراد الخروج على هذا التنظيم بالتعديل، "فالصالح العام يخول الدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين، لمنع تحكم فريق بالاستناد إلى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية... وتطبيقاً لهذا المذهب صدرت في مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير بأجر معين، وتقرر تجديد عقود الإيجار بعد فوات مدتها جبراً على المؤجرين، وتحدد شروط عقد العمل، وتخضع كثيراً من السلع للتسعير الجبري. مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعي في تغليب صالح الجماعة على مصالح الفرد"¹.

ولوحظ إزاء هذه التطورات على أن إبرام العقد لم يعد مجرد عمل خاص ينجزه الأفراد، فقد يخضع لأحكام القانون قصد تطويعه، وقد تجبر المحاكم على إتباع تفسير خاص، أو مستمد من قواعد تفسير القوانين². فقد انتهى تطور المجتمع إلى أن جعل وضع العقد في ذاته يتغير إلى حد أن قيل أن العقد الحر في طريقه إلى أن يصبح عقداً موجهاً³. ونظراً لتدخل المشرعين في العقود بنصوص أمرة، وظهور ما يسمى بالعقد الموجه، فذهب جانب من الفقه⁴ بالقول إلى اختفاء الصفة الإرادية للعقد، وتحوله إلى مجرد (شروط وبنود)، خاضعاً في إبرام وترتيب آثاره لسلطان القانون. لذلك يرى بعض الفقهاء⁵ أن نظام العقد الحر لم يعد هو السائد اليوم، فقد وجد نظام العقد المقيد، ثم نظام العقد المنظم، فنظام عقد الإذعان.

¹ - عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972، ص 364.

² - أحمد حسن قدارة، شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 73.

³ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1998، ص 17.

⁴ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002، ص 49.

⁵ - محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين، المرجع السابق، ص 125.

ومع مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم العقود، فإننا نتفق مع جانب من الفقه¹. بأن هذا التدخل ما هو إلا تماشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر².

ومن المعلوم أيضاً³ ينتج عن هذه القيود من تزايد سلطان القانون وضعف سلطان الإرادة إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني والتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

فوصف العقد حقيقة لن يكون إلا بالخضوع لمقتضيات النظام العام، وخضوع الإرادة وقدرتها على خلق الالتزام لهذه المقتضيات، لأن الواقع العملي والمنطقي يقضي أن تكون الغلبة في تكوين العقد للنظام العام، لأجل ترتيب آثار الالتزام، نظراً لمساسها لحقوق الغير وتأثيرها على نظام المبادلات وتبادل الثروات المادية⁴.

لذلك فقد ابتدأ ظهور العقد الموضوعي، الذي هو ليس صنع جديد من قبل الأفراد، بل هو العقد منذ القدم، ولكنه أخذ يخضع لمقتضيات النظام العام، وأن "دور الإرادة الذي أصبح مشكوكاً فيه في كثير من العقود، قد جعل جانب من الفقه يقول بتسمية مبدأ موضوعية الإرادة بدلاً من سلطان الإرادة، ويحافظ بذلك على الأساس

¹ - عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص. 359.

² - عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، 1981، ص. 3186.

³ - حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 49.

⁴ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، المرجع السابق، ص. 49-50.

الإرادي في إنشاء الالتزام مع إعطاء هذا الأساس الإرادي مفهوماً نسبياً يخضعه للتنظيم الموضوعي للقانون"¹.

والخلاصة، هي أن الفقه المعاصر والقوانين المدنية المعاصرة تقر بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، ولكن في حدودها المعقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام. وهذا ما يقصد به بموضوعية الإرادة التعاقدية.

لذلك يمكن تعريف "موضوعية الإرادة التعاقدية" بأنها (إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون، بالاستناد إلى المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، وباستخدام معيار العدالة)².

الفرع الثالث: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الذاتية المعتدلة:

تشكل هذه النظرية كحل توفيقى للنظريتين السابقتين، سنتعرض لآثار وانتقادات الموجهة اليها.

أولاً: الآثار المترتبة عن النظرية الذاتية المعتدلة.

تتلخص هذه النتائج فيما يلي:

1- قاعدة قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ذات غاية مادية:

يرى البعض أن قاعدة التنازع لم تكن قاعدة مادية، وإنما قاعدة تنازع ذات غاية مادية أو موضوعية، إذ أن المتعاقدين غير محايدين إزاء مضمون القانون المختار فهم يضعون في حسابهم مضمون هذا أو ذاك قبل اختياره، وان هذا الاختيار غالباً ما يكون نتيجة لملائمة القانون المختار على خلاف الأصل في قواعد التنازع التقليدية.³

¹ - محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.30

² - بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص.105.

³ - صفوت احمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.134.

لكن يبدو أن هذا الاتجاه اغفل حقيقة القواعد المادية ذات الغاية المادية وفن إعمالها إذ انه إذا كانت قاعدة قانون الإرادة تخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون كما لا تفرض عليهم هذا الاختيار، إلا أن الأمر يختلف بشأن قواعد التنازع ذات الغاية المادية تلك التي لا تكون تعبيرا عن سياسات تشريعية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع وفي مسائل محددة مثل حماية العامل في عقد العمل، وحماية المستهلك فهذه القاعدة هي أمره من حيث الغاية التي تهدف إلى تحقيقها.¹

وعلى هذا الأساس إن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة تنازع ذات غاية مادية لان طبيعة هذه الأخيرة لا تعترف بدور إرادة الأطراف إلا في إطار تحقيق الغاية المادية المستهدفة فإذا كان شأن الإرادة الإطاحة بهذه الغاية فلا سبيل إلى الاعتداد بهذه الإرادة.

2- قاعدة قانونية تتميز في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي:

يرى هذا الاتجاه أن قاعدة قانون الإرادة لا تمثل قاعدة قانونية مادية، على أساس أن قاعدة قانون الإرادة لا تعط حلا مباشرا للنزاع ولكن تشير الى القانون الذي يعطي حلا. كما أن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة إسناد بالمعنى الدقيق بل تمثل قاعدة إسناد لها طابع مادي وتنازعي في آن واحد، أو بمعنى آخر قاعدة إسناد ذات هدف مادي محدد، بحيث تظهر طبيعتها كقاعدة إسناد إمام القاضي الوطني في حين يتم تغليبها المادي أمام المحكمين.²

¹ - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص.29.

² - Pommier, jean Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé, conventionnel, paris, 1992, p.250.

والراسخ من هذا الرأي، انه يجعل من القاعدة القانونية تغير لوئها بحسب الجهة المعروضة أمامها، وهذا ما ترتب عليها ازدواج في الوظيفة، كما لا يجب إهمال الجانب الأخلاقي في العقود وتوحيد الطبيعة القانونية لقاعدة قانون الإرادة.¹

3- قاعدة مادية ناقصة:

إنه من حق المتعاقدين في الاختيار يسند إلى قاعدة قانون مادي المسند الى قانونها محل النزاع، بحيث يندمج القانون في العقد وتصير أحكامه بمثابة نصوص تعاقدية تخضع هي والعقد المندمجة فيه للأحكام الآمرة في قوانين المحددة سلفا، ولا شان لإرادة الأطراف في اختياره.²

ثانيا: الانتقادات الموجهة للنظرية الذاتية المعتدلة.

إن اختيار القانون الواجب عل العقد ليس مرجعه إلى إرادة الأطراف المطلقة، بل مصدره الإجازة التي يمنحها القانون للأطراف لإجراء عملية الاختيار لا يحدث اثر إلا إذا اعترف لهم القانون بذلك. إن الالتزامات التعاقدية للأطراف تحدد على ضوء القواعد المادية الواردة بالقانون المختار وليس مرجعا إرادة الأطراف، أي أن الأطراف بمجرد إخضاع العقد لقانون دولة معينة فان هذا القانون هو الذي يتولى حكم كل مسألة المتعلقة بالعقد.³

ومن أهم الانتقادات:⁴

1 - صفوت احمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.140.

2 - صفوت احمد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص.144.

3 - محمودي مسعود، المرجع السابق، ص.50.

4 - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.116.

- أنه يتعين استبعاد هذه الحرية في العقود التي لا تتوفر بها الصفة الدولية فعلا، ذلك لان المقرر هو أن أطراف عقد داخلي لا تتوفر لهم هذه الحرية.
 - أنه واجب استبعاد القانون المختار من قبل الأفراد إذا مخالفا للنظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، فقواعد النظام واجبة التطبيق في مثل هذه الحالة دون إغارة اهتمام لإرادة الأفراد.
 - يتعين استبعاد القانون الواجب التطبيق المنطوي على استبعاد القواعد الآمرة للقانون المختار، أي بما يسمى بقوانين الأمن العمومي، كالقوانين المنظمة لساعات العمل.
 - أن القانون المختار يتعين أن لا يكون اختياره مبني على غش نحو القانون، أي يعمد الأطراف لتغيير ضوابط الإسناد كضابط الجنسية أو غير ذلك من اجل خضوع عقدهم لقانون آخر يحقق لهم مزية أحسن من القانون المختص أصلا بحكم النزاع.
- بعد ذلك ننتقل للإشارة مدى تأثير الأنظمة القانونية بالنظريات المختلفة في تحديد قانون العقد.

المطلب الرابع: تأثير الأنظمة القانونية بالاتجاهات المختلفة في تحديد قانون العقد.

لقد اعتمدت الأنظمة القانونية المختلفة مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية، فكان المشرع الفرنسي، لم يشر إلى ذلك في قوانينه المختلفة، لصعوبة صياغة مواد متعلقة بالعقود الدولية وإنما اكتفى إلى العقود في جانبها الداخلي. وكانت المهمة من نصيب الفقه والقضاء للتصدي لها، فكان القضاء مترددا بالأخذ بقانون مكان الإبرام أو قانون محل التنفيذ أو قانون الإرادة، إلا انه استقر الأمر بالأخذ بفكرة قانون الإرادة وكان ذلك

في قرار شهير صادر عن محكمة النقض 1910/12/05، والذي تبنت فيه صراحة قانون الإرادة، ثم مالت إلى فكرة تركيز العقد حسب ما توصل إليه اجتهاد الفقيه باتيفول.¹ وقد اخذ القانون الاسباني بمقتضى قانون 1974/5/31 في نص المادة 10 والتي نصت على ما يلي: " تخضع الالتزامات العقدية للقانون الذي اختاره الطرفان المتعاقدان صراحة، شريطة أن تكون لهذا القانون المختار صلة بالعقد المبرم. وفي حالة تخلف مثل هذا الخيار فانه يلجأ إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للطرفين، فان اختلفا في الجنسية طبق قانون محل إقامتهما العادي المشترك، فان انعدما ذلك لجأ في نهاية المطاف إلى قانون محل الإبرام."²

أما تشريع دولة جمهورية ألمانيا الديمقراطية لعام 1986 إذ ذكر في إحدى المواد، أقر الأخذ بقانون الإرادة أي القانون المختار صراحة أو ضمناً، وأقر بتطبيق الجزأ على العقد أي إخضاع كل جزء لقانون خاص بها، ونص على الصلة الحقيقية أيضاً، وعدد ضوابط إسناد احتياطية.

أما الوضع في القانون الأمريكي والانجليزي فتبنى القانون الخاص بالعقد، فالقانون الأمريكي في الرستانت الثاني لسنة 1960، فقد اخذ بفكرة قانون الإرادة، واكتفى القضاء الانجليزي بما توصل إليه في الحلول المتعلقة بالعقود الدولية.

أما المجموعة الاشتراكية، فقد اعتمد قانون الاتحاد السوفياتي في المادة 126 والتي نصت على ما يلي: " تتحدد حقوق وواجبات الأطراف في التصرفات الخاصة بالتجارة الخارجية، طبقاً لقانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم ينصرف اتفاق الأطراف إلى غير ذلك"³.

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.79.

² - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.166.

³ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.83.

واعتمد المشرع البولوني لسنة 1965 في مادته 25 منه: "الالتزامات التعاقدية يجوز للأطراف إخضاع علاقاتهم القانونية للقانون الذي يختارونه شريطة أن تكون صلة بالعلاقة القانونية".

أما القوانين العربية فقد اعتمدت قانون الإرادة في تشريعاتها، مثل القانون المدني المصري والسوري والعراقي والليبي. والقانون الكويتي والتونسي والمغربي. بعد الانتهاء من النظريات المحددة لقانون العقد، تنتقل في الفصل الموالي للقانون المختار من قبل العاقدين والى أسباب استبعاده.

الفصل الثاني:

تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين وأسباب استبعاده.

يعتبر قانون الإرادة من المواضيع الهامة في مجال القانون الدولي الخاص، بوصفه القواعد القانونية التي تتم من خلاله المعاملات الدولية، فلا يمكن تقرير هذا المبدأ إلا إذا وصف العقد بأنه دولي والذي يكون خاضعاً بالضرورة لأكثر من نظام قانوني، يكون في المبحث الأول تحديد الإطار المكاني والزمني للقانون المختار من قبل الأطراف وموضع المادة 18 من القانون المدني الجزائري .

ولتحديد هذا القانون وجب علينا تحديده بدقة، لان كل اختيار من قبل الأفراد قد لا يتطابق مع صفة القانون وقد لا يؤخذ بهذا الاختيار واستبعاده من ميدان التطبيق وإحلال محله القانون الواجب التطبيق أصلاً لحكم العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي سيكون الإشارة إليه في المبحث الموالي.

المبحث الأول: تحديد القانون المختار ونطاقه.

إن مجال تطبيق المبدأ المتعارف عليه في العقود الدولية، ينصب أساس القانون المختار من قبل المتعاقدين، فعلى القضاء التأكد من وقوع الاختيار على قانون دولة معينة، أو بعبارة أخرى على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يتحرى في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويوجه إرادة المتعاقدين.

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق والمختار من قبل المتعاقدين هل يقع تطبيقه على الشروط الموضوعية دون الشكلية أو على أركان العقد دون آثاره.

المطلب الأول: تحديد القانون المختار.

يتطلب الأمر منا بيان القانون الواجب التطبيق من قبل العاقدين من الناحية المكانية والزمانية.

الفرع الأول: القانون المختار من حيث المكان.

على الرغم من الحرية الممنوحة للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق، فلا بد أن يكون هذا الاختيار صادراً عن سلطة تشريعية لان نصوص تنازع القوانين تتطلب لزاماً قانون دولة معينة صادر عن سلطتها وسيادتها المحددة بالقانون.

ولقد استقر على هذا المبدأ من خلال تكريسه من قبل محكمة النقض الفرنسية في قضية مشهورة، والتي قالت فيه: أن كل عقد يخضع لقانون دولة معينة.¹

وسار المشرع الجزائري على هذا المنوال بالتنصيص على ذلك سواء قبل التعديل أو بعده.

ولقد أولت بعض التشريعات أهمية للموضوع، خاصة لما وضع الفقيه باتيفول مشروع القانون الدولي الخاص لفرنسا من خلال المادة 7¹ من المشروع التمهيدي الثاني لسنة

¹ - يراجع في ذلك قضية الإرساليات البحرية الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1950/6/21.

1959 والمشروع التمهيدي الثالث لسنة 1967 في مادته 2313 بقولهما أن: العقد الدولي، لا بد من خضوعه للقانون الداخلي لدولة ما.²

وأيدت محكمة العدل الدولية في قضية القروض البرازيلية- الصربية في قرارها الصادر في 1929/7/12 بقولها: " إن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون... ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها. " ³

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre les états, en tant que sujets de droit international, a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie de droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie de conflit de lois. »

وفي هذه الحالة يعامل القانون المختار من قبل الأطراف المختص وفقا لقواعد التنازع، لحكم العقد الدولي يعامل معاملة الوقائع بالرغم من أن الدولة التي تصدره تعامله معاملة القانون.⁴

ولقد أوضحت اتفاقيات دولية، ومن بينها اتفاقية فيينا الصادرة في 1980/4/1 والتي دخلت حيز التنفيذ في جانفي 1988 المتعلقة بعقد البيع الدولي، تميزت هذه الاتفاقية

¹ - Art.07 qui dispose: « les contrats prèsetant un caractère international et les obligations qui en résultant sont soumis à la loi interne de l'état désigné expressément ou implicitement par les parties contractantes. »

² - Henri Batiffol, Rev. Crit. D. I. P., 1970, p.833.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010-2011، ص.301.

⁴ - خالد شويرب، المرجع السابق، ص.51.

المتعلقة بعقد البيع الدولي بوجود قواعد مباشرة لحل النزاع، والتي لها صفة العالمية لإقرارها من قبل هيئة الأمم المتحدة.¹

ومن الثابت انه يمكن للعاقدين الرجوع إلى أحكام هذه الاتفاقية وتنظيم عقودهم الدولية وفقاً لأحكامها وتصبح واجبة التطبيق عندما يكون احد العاقدين تابعاً لدولة صادقت على مضمون هذه الاتفاقية.

ومن الواضح أيضاً يمكن للأطراف اختيار أكثر من قانون لحكم علاقاتهم العقدية، وقد يشمل هذا الاختيار احد القوانين التي تقر في بعض الأوقات إبطال العقد ومن بين ذلك² اختيار قوانين متعددة لدول مختلفة من اجل حكم العلاقة العقدية أي يشمل هذا الاختيار عدة قوانين من خلالها يختار الأطراف قواعد قانونية تابعة لعدة تشريعات داخلية مختلفة.

من هذا المنطلق قد يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بالعقد لقانون معين، ويكون قانون إبرام العقد محايد عن القانون الذي اختارته الأطراف، وهذا ما يسمى بتجزئة العقد. وبهذا الخصوص ظهر اتجاهين لتبرير كل منهما موقفه.

الرأي الأول: يقتضي انه لا يترك للإرادة حرية إخضاع العلاقة العقدية الواحدة لأكثر من قانون، أي إخضاع كل عنصر لقانون معين وحتى إن توفر عنصر الصلة ما بين القوانين المختارة وتلك العناصر³. يفهم من هذا الطرح هو عملية عقدية واحدة، لا تقبل فكرة التجزئة، فهو يتناول عمل قانوني ومتجانس، ويفقد العقد مكانته ويجعله رهينة إرادة الأفراد وقد يتهرب الأطراف من قواعده الآمرة.⁴

¹ - عمر طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.543.

² - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2001، ص.480.

³ - ميروك بن موسى، شرح المحلة التونسية للقانون الدولي الخاص، نوفمبر 2003، ص.508.

⁴ - سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مكتبة القانونية، دار الجامعية، 1987، ص.361.

وقد أخذ بذلك كل من التشريع الكويتي¹ والتونسي².

أما الرأي الثاني: فيتيح للأطراف حرية خيار أكثر من قانون لحكم العقد، فهو يرفض فكرة القانون الموحد على العلاقة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها للقانون الذي يتلاءم معها، ويجعل هذا القانون المختار بمثابة شرط من شروط العقد، أي جعل القواعد القانونية المختارة قواعد مكملة وليست آمرة.

ولقد لقي هذا الرأي ترحيبا من بعض الآراء، وذلك بإمكان تطبيق ذلك على علاقة عقدية مركبة قابلة للتجزئة دون التأثير على وحدة العقد، كعقود المساعدة الفنية، وعقود إنشاء المصانع والأشغال، ولا يفهم من ذلك التهرب من أحكام القواعد الآمرة.³ ولقد تبنت ذلك صراحة اتفاقية روما لعام 1980 في المادة الثالثة منها على مايلي: يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأفراد، والتعبير عن هذا الاختيار يجب أن يكون صريحا أو تشبيها بدرجة معقولة من اليقين من خلال شروط العقد أو ظروف القضية ويمكن للأطراف اختيار تحديد واجب التطبيق على كامل العقد أو فقط جزء منه .

¹ - المادة 59 من القانون رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الصادر بتاريخ 14/2/1961، والتي تنص: "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتفقا موطنا، فان اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه...".

² - الفصل 64 من مجلة القانون الدولي الخاص بقانون عدد 97 الصادر في 27/11/1998 والتي نصت: " ينظم القانون المنطبق على العقد خاصة، وجوده - صحته - تأويله - تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه - نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات - الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات - آثار بطلان العقد...".

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 230.

وأيد القضاء الفرنسي ذلك بإخضاع العقد لأكثر من قانون في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1924/3/3 المتعلق ببيع الأرز¹، وكذلك قرار آخر سمح فيه بتطبيق أكثر من قانون على العقد الدولي.²

ويكون للأطراف اختيار قانون يقر بإبطال العقد الدولي: أي يمكن للقانون المختار من قبل العاقدين بإبطال العقد أو ببطان احد شروطه، وهذا ما يتنافى مع مبدأ الآمان القانوني للأطراف المتعاقدة، على أساس أن القانون المختار من قبل الأطراف أوردوا به صحة عقدهم.

وبارك الفقه والقضاء الفرنسي بعدم بطلان العقد وعدم قبوله من عدمه.³ واحترام إرادة الأطراف التي أخذت بالقانون الذي يبطل العقد على أساس أن العقد وجد أن يكون صحيحا ومنتجا لآثاره، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في قراره الصادر في 1910/12/5 على تطبيق قانون بلد التنفيذ أي القانون الفرنسي بدلا من القانون الأمريكي قانون محل الإبرام، لان هذا الأخير أبطل شرطا أساسيا في العقد والذي لا يقوم العقد إلا من دونه.⁴

ولقد تقرر للقضاء الفرنسي بإبطال العقد نتيجة لاختيار الأطراف المتعاقدة، وذلك في قضية شهيرة بتاريخ 1989/10/25.⁵ والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: عقد بين مؤسسة فرنسية والجزائر موضوع العقد يتمحور حول تصدير اللحوم، لكن بعد أيام أبرمت المؤسسة عقد وساطة مع شركة سويسرية على عمولة 4 بالمائة من مقدار الصفقة لهذه الوساطة. فحدث نزاع بخصوص العقد الثاني، فأقرت محكمة النقض الفرنسية بان

¹ - Cass. Req, 3/3/1924, clunet, 1926, p. 349.

² - Cass, Civ, 11/12/1984, J. D. I., 1985, P.945 note Phillippe Khan.

³ - وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص.746.

⁴ - Pierre Mayer , Op . Cit. , p.463.

⁵ -Patrick Courbe, Rev. Cri .Dip. 1990, p.732.

العقد خاضع للقانون الجزائري، وتطبيقا لهذا القانون فان عقد الوساطة يعتبر باطلا نظرا لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية.¹ ولو طبق القضاء هذا المبدأ لأبطل العقد، ولم يبطل العقد الأصلي على أساس استحالة تطبيق نظرية بطلان العقد وذلك لدور القاضي الإيجابي في العلاقة العقدية من اجل تحقيق توازن أداءات العقد وتصحيحه.

وهناك حالات أخرى يتم تعيين عدة قوانين مختارة من قبل الأفراد²، الأول يقر بصحة العقد والثاني ببطلانه، فهنا القضاء فضل تطبيق قانون الذي يصحح العقد ولو كان احدهما يقر ببطلان الرابطة العقدية، وهذه الفرضية لم يتناولها المشرعين على غرار المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: القانون المختار من حيث الزمان.

نظرا لتحديد القانون الواجب التطبيق والحرية الممنوحة للأطراف المتعاقدة، يظهر جليا الوقت الذي يعتد به اختيار الأفراد على أساس انه غالبا ما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق مسبقا على إبرام العقد الدولي³. لان العقد تسبقه مرحلة المفاوضات ويتم تحديده في مرحلة التحضيرية والتمهيدية.⁴ فلا يمكن تغيير القانون المختار لاحقا عندما تكون الدولة احد أطراف العلاقة.

¹ - القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. المنشور بتاريخ 20 يوليو 1988، العدد 29، وقد رفع هذا الحظر بمقتضى دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 1/16 الصادر في 2016/3/6 المتضمن التعديل الدستوري في ج. ر. رقم، 14 في المادة 43 التي كرس "مبدأ حرية التجارة والاستثمار معترف بها، وتمارس في إطار القانون".

² - احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ص. 1093. وانظر أيضا جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1966، ص. 539.

³ - Mohamed Kouddene, Le droit applicable aux relations contractuelles entre états et personnes privées étrangères, thèse du doctorat d'état en droit, faculté des sciences juridique, université Hassan 2 Casablanca, 1992, p.83.

⁴ - تعتبر المفاوضات أعمال تحضيرية لإبرام العقد النهائي، فقد اعتبرها الفقه الألماني بمثابة عقد ويرتب عليها المسؤولية العقدية، واعتبرها الفقه الفرنسي بمثابة إحلال بالتزام ويرتب عليها المسؤولية التقصيرية، يراجع في ذلك، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص. 368. وانظر احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص. 89.

ولقد وضعت الحكومة الجزائرية تعليمة وزارية مفادها كل مؤسسة وطنية لا بد أن تفرض تطبيق القانون الجزائري على كل العقود التي تبرمها الدولة وبخاصة العقود التي محلها ثروات طبيعية من بينها عقود البترول.¹ ومن الثابت أن اختيار القانون قبل عملية إبرام العقد يعد مسألة هامة، أي تحقق العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من اجل تسهيل مهمة تنفيذ العقد ويحقق المنفعة المرجوة من هذا العقد منعا من المفاجآت قد تحدث بعد إبرام العقد.

وقد تبنت بعض التشريعات بالاعتراف للمتعاقدين بحق الاختيار اللاحق لقانون العقد، كل من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر 1986 في مادته 2/27، والمادة 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري. وكذلك المادة 6 في فقرتها الاولى من المشروع الذي أعده معهد القانون الدولي المنعقد في مدينة بال السويسرية سنة 1991 حق المتعاقدين في اختيار اللاحق لقانون العقد مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة من الغير.²

وقد اعتمد الفقه السويسري فكرة اختيار أي قانون غير مرتبط بالأطراف أو ليست له صلة بالعلاقة العقدية، تحقيقا لفكرة المصلحة العادلة للأطراف دون النظر إلى اعتبارات أخرى.³

وقد يكون تحديد القانون متأخر على العقد إلا بعد الإبرام النهائي للعقد، ومن أهم شروطه أن هذا الأمر مسموح للأفراد وليس للدول، ويكون هذا التأخر في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى أسباب والتي من ضمنها:⁴

¹ - خالد شويرب، المرجع السابق، ص.55.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.228.

³ - Besson (S.), Op .Cit, p.12.

⁴ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص.167.

- عدم تفكير الأطراف بحسم مشكلة تحديد القانون المختار.
 - عدم توصل الأطراف للقانون المختار المشترك قبل إبرام النهائي للعقد.
 - اختيار الأطراف للعقد للقانون المختار بصورة ضمنية.
 - كما للأطراف الحرية في تعديل القانون المختار للعقد في أي وقت.
- وهنا نميز بين حالتين:¹

الحالة الأولى: المتعلقة بعدم وجود اختيار مسبق قبل إبرام العقد. يكون هنا تعيين القانون العقد بعد إبرام العقد، ولحل هذه المسألة لابد من تقريب وجهات النظر بين المتعاقدين للوصول إلى حل مشترك .

أما الحالة الثانية: يكون اختيار لاحق للعقد دون الإشارة إلى الاختيار السابق لقانون العقد. أي يكون اختيار سابق ويتبعه اختيار لاحق يعدل من الاختيار السابق أو يبطله، ولقد تردد بعض الفقهاء بالأخذ بالاختيار اللاحق حول مسألة تغيير القانون المختار بعد إبرام العقد بين مؤيد ومعارض.²

-الاتجاه المؤيد:

لقد أيد القضاء الفرنسي من خلال حكمه الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1975/1/29 الذي يجيز للأطراف اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة على إبرام العقد.³

ويدافع الفقه على هذه الحالة بأنها امتداد لمبدأ سلطان الإرادة إلى ما بعد إبرام العقد دون المساس بالحقوق المكتسبة للغير، وجعل التعديلات الناتجة عن قانون العقد المختار الذي تم قبل إبرام العقد مقيدة بالنظام العام وعدم وجود غش نحو القانون.

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين، المرجع السابق، ص. 47.

² - Pierre Mayer, Op , Cit , p.467.

³ - Cass. Civ., 29/1/1975, V. Henri Batiffol , Rev. Crit . Dip. 1976, p.338.

-الاتجاه المعارض:

رفضت محكمة النقض الإيطالية رفضاً قاطعاً للأخذ بالاختيار اللاحق لقانون العقد في قرارها بتاريخ 1966/6/28، واشترطت أن يكون الاختيار متزامناً عند إبرام العقد أو قبل مرحلة المفاوضات، لأن ذلك سيخل بتوقعات الأطراف خاصة في مرحلة التنفيذ قبل الاختيار.

ولا يمنح للمتعاقدين حق الخيار بعد إبرام العقد. فلا يؤخذ به ويعتبر تحت طائلة البطلان، ويبقى القانون الأول هو المطبق في حالة سكوت الأطراف.

والسؤال المطروح هنا هل يشمل هذا الاختيار اللاحق بعد إبرام العقد مرحلة النزاع المطروح أمام القاضي، للتوضيح ذلك فلا بد من توافر شرطين وهما:
- أن يكون كل من المتعاقدين مدركاً لحقيقة الاتفاق وآثاره.
- ألا يكون الاختيار اللاحق للقانون في مرحلة ثانية على الفصل في النزاع.

المطلب الثاني: نطاق القانون المختار.

يندرج المفهوم حول موضوع العقد على أساس أن المادة 18 من القانون المدني تكلمت عن موضوعه دون شكله، من تكوين العقد إلى آثاره.

الفرع الأول: تكوين العقد.

يقتضي الأمر لتكوين العقد الدولي توافر ثلاثة أركان أساسية من تراضي ومحل وسبب، ما لم تنص القوانين على خلاف ذلك.¹

أولاً: التراضي.

يعتبر التراضي ركن أساسي في العقد بوجوده يوجد العقد وبانعدامه ينعدم العقد، أي هو قوام الشيء بوجوده يوجد العقد وبانعدامه يترتب عليه البطلان المطلق.

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.17.

ولانعقاد التراضي لابد من تطابق الإيجاب مع القبول من اجل إحداث أثر قانوني، ويتمثل ذلك في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ولقد اختلف الفقهاء حول تحديد خضوع التراضي لقانون الإرادة، على أساس أن التراضي يدخل في الأهلية، ومن واجب إخضاعه للقانون الشخصي، أو إخضاعه لقانون محل الإبرام، أو إخضاعه لقانون دولة القاضي المعروض أمامه التراجع.¹

ورغم ذلك اوجب الفقهاء بإخضاع التراضي للقانون الذي اختاره المتعاقدان على أساس أن التراضي من موجبات الأساسية لتكوين العقد، فلا يمكن تجزئة الرابطة العقدية، والنظر إليها كوحدة متكاملة.²

وبخصوص الأهلية، يرى غالبية الفقه بإخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد لان مرتبطة بالشخص ولصيقة به وذلك لحماية الشخص في حد ذاته. وقد اخذ بذلك المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني.³ وهو ما يفيد باستبعاد الأهلية من نطاق قانون الإرادة.

أما عيوب الإرادة فلقد تباينت الآراء حولها بخصوص القانون الواجب التطبيق عليها. ففريق يرى بإخضاع عيوب التراضي لقانون محل الإبرام، وليس لقانون الإرادة من بينهم الفقيه بروشي Brocher، لان هذه القواعد جاءت تنظم حماية مصلحة المتعاقد، وتتصل بأهليته.⁴

¹ - علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.212. وانظر محمد بوزلافة، الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دراسة في العقد الدولي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس المغرب، سنة 2001-2002، ص.30.

² - Ikram El Moussati, Op.Cit., p.46.

³ -تنص الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".

⁴ - خالد شويرب، المرجع السابق، ص.60. وانظر حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.442.

أما الرأي الغالب يرى بإخضاعها لقانون الإرادة لأنها تدخل ضمن مسائل تكوين العقد، وان كان القانون الشخصي يهدف إلى حماية المتعاقدين، فان قانون الإرادة يهدف إلى حماية العقد.¹

أما فيما يتعلق بطريقة التعبير عن الإرادة، فلا بد من تطابق الإرادتين تطابقا تاما، فيتحقق إيجاب محدد وقبول مطابق للإيجاب، وهنا يطرح إشكال حول اعتبار السكوت تعيرا عن الإرادة .

فهناك من رأى بان السكوت يدخل ضمن عناصر التعبير عن الإرادة، فلا يعد من قبيل التعبير عن الإرادة لأنه حالة سلبية على أساس لا ينسب لساكت قول. فنجد بعض الأنظمة اعتدت بالجانب السلبي والايجابي للتعبير عن الإرادة وهو ما فعله المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني.

ومن الآراء التي قيلت حول القانون الواجب التطبيق لقانون الموطن أو لقانون الجنسية، أو إلى تطبيق لقانون الجنسية المشتركة.²

وفيما يتعلق بتحديد زمان ومكان إبرام العقد الذي يتم بين غائبين، فانه يرجع إلى قانون القاضي وهو الحل الأفضل، لان الأمر يتعلق بتكييف أولي وتفسير قاعدة إسناد وهو ما يفسر نظرية الفقيه الفرنسي بارتن التي تسند التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.³

ثانيا: المحل.

¹ - عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص.218.

² - Batiffol Henri, Lagarde Paul, Op.cit., p.275.

³ - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.203.

يعتبر المحل من الأركان الأساسية للعقد وهو الذي يولد الالتزامات العقدية، ويجب أن يكون مشروعاً وقابل للتعيين، ورأى الغالبية بإخضاعه لقانون العقد، وهذا القانون يتكفل ببيان من وجود العقد ومشروعيته من عدمها. ويمكن استبعاد القانون المتعارض مع النظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع.¹

غير أن جانب من الفقه يرى بإخضاع المحل لقانون محل الإبرام، على أساس أن وجود هذا التصرف يتحدد بالإقليم الدولة التي نشأ بها.²

بينما رأي آخر بوجود إخضاع هاته المسألة لقانون محل التنفيذ بخصوص إمكانية التعامل، لتحديد مشروعية التعامل على أساس تركيز العقد على ضوء قانون بلد التنفيذ، وهنا يؤدي إلى تقسيم العقد لا محالة منه.³

وعليه يدعو غالبية الفقه إلى تطبيق قانون العقد على المحل بدون منازع للحفاظ على وحدة العقد.

ثالثاً: السبب.

يعتبر من موجبات الأساسية للعقد، وهو السبب الرئيسي إلى انجاز العقد، وهو أمر باطني ونفسي يدخل ضمن نوايا المتعاقدين. وفي السبب يشترط فيه الفقه أن يكون مشروعاً.⁴

وارتأى الفقه بوجود إخضاع السبب لقانون العقد، لكون السبب هو الركن الذي اوجد قيام العقد، ومن وجب إخضاعهما لقانون واحد وهو قانون الإرادة، ويبقى

¹ - محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.377.

² - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص.39.

³ - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.217.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.187.

القانون مقيد بعدم مخالفته للنظام العام بدولة القاضي المعروض أمامه النزاع، أي على القاضي مراقبة القانون الأجنبي في حالة تطبيقه هل مخالف للنظام العام أم لا، ويطبق كلا من قانون القاضي وقانون العقد تطبيقا جامعا.¹

الفرع الثاني: آثار العقد.

قد قسمها الفقه إلى آثار مباشرة وأخضعها قانون العقد وآثار غير مباشرة تخضع لقانون محل التنفيذ، غير أن هذا التقسيم انتقد فاحضع الآثار الشخصية لقانون العقد من حيث انصراف العقد إلى الخلف العام.² أما الآثار المالية مثل تفسير عبارات العقد المبهمه لقانون العقد، وان رأي يرى بإخضاعها لقانون محل الإبرام، أي تفسيرها لقانون مكان الذي أبرمت في ظله.³

أما الحق في الحبس فيسري عليه قانون العقد بالنسبة للقوانين التي تعتبره شخصيا، بينما الدول التي تعتبره حقا عينيا لقانون موقع المال.⁴

وأما عن المسؤولية العقدية فقد يسندها لقانون القاضي، إما الشروط الموضوعية فتسند إلى قانون مكان التنفيذ، ولكن الرأي الراجح فتحضع لقانون العقد في حالة إخلال احدهم بالتزاماته العقدية.⁵

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة.

يتضح من خلال نص المادة 18 من القانون المدني، تتعلق بموضوع العقد، وقانون الإرادة هو المطبق في هذا الخصوص وجعله ضابطا رئيسيا لحكم العقود الدولية، مع

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص.224.

2 - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.252.

3 - احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص.227. وانظر حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.226.

4 - محمد خالد الترجمان، المرجع السابق، ص.376.

5 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.18.

مراعاة مخالفة هذا القانون لأحكام الاتفاقيات الدولية والنظام العام وقوانين البوليس، ولقد أورد في النص الجديد على وجوب توافر الصلة الحقيقية ما بين العقد والأطراف درءا للممارسة الغش نحو القانون قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وإعطاء الصفة القانونية للقانون المختار من قبل الأطراف¹.

ولقد استثنت المادة 18 المسائل التي تخرج من نطاقها وبعض العقود وهو ما سنتناوله بالدراسة في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: المواضيع المستثناة من المادة 18.

أولا: شكل العقد.

وهو ما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني باعتبار الشكل هو إظهار التصرف وإخراج الإرادة إلى العالم الخارجي.²

وبعد توافر أركان العقد من تراضي ومحل وسبب لا بد من إفراده في شكل معين، ولقد نادت التشريعات بإخضاع شكل العقد لقانون الدولة التي يبرم فيها العقد من اجل التسهيل على المتعاملين في مجال التجارة الدولية، والمعرفة المسبقة بالقانون الواجب التطبيق وارتباطه بالتصرف المتعلق بهم، وهذا راجع لتكريس مبدأ حرية الاختيار المعترف بها دوليا.³

ويمكن الاستغناء عن ذلك أي يمكن للأطراف استبعاد قانون محل الإبرام على شكل العقد الدولي وتطبيق مكانه الجنسية المشتركة، من اجل توحيد القانون الواجب

¹ -الطيب زروقي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 5-10، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد 1، ص.85.

² -علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.87. وراجع مصطفى الشننضيض، المرجع السابق، ص.335.

³ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، ج. 1، تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، سنة 2008، ص.237.

التطبيق على العقد سواء من حيث موضوعه أو شكله من اجل اعتبارات التجارة الدولية.¹

ولو كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يشترط الشكلية مثلا كركن في العقد، وكان قانون محل الإبرام يعتبر هذا الأمر جانب رضائي فقط، لا يحتاج لرسمية معينة. فان المسلم به هو إخضاع العقد من حيث شكله لقانون مكان الإبرام، وليس لقانون الإرادة.

أما بالنسبة للشكل المتطلب لإثبات التصرف فالفقه الراجح يرى بإخضاعه للقانون الذي يسري على شكل التصرف.

ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 19 من القانون المدني.² ويلاحظ ان المشرع الجزائري اخذ بمكان إبرام التصرف كضابط أصلي، وعدد ضوابط إسناد احتياطية أخرى لتحديد القانون المختص.

ثانيا: أهلية التعاقد.

معظم القوانين تجمع على تقسيم الأهلية، إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وكل شخص قانوني يعتبر صالحا لأن تكون له حقوقا وعليه واجبات³. وتثبت للشخص الطبيعي بمجرد ولادته حيا، وقد تكون قبل ذلك إذا توفرت شروط، كما هو الحال بالنسبة للجنين⁴. أما أهلية الأداء، فهي قدرة الشخص على القيام بتصرفات قانونية نافذة من جل ترتيب آثار قانونية، أو

¹- Cass .Civ., 10/12/1974, J.D.I 1975, p. 542 , note Khan D. 1975 p. 685.

²- يسري على التصرفات القانونية في جانبها لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 283 .

⁴- تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري المعدلة على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون على أن يولد حيا".

هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق¹. والملاحظ أن أهلية الأداء هي التي تهمنا بالدراسة في هذا الخصوص لأننا سنتطرق لأهلية التعاقد في العقود الدولية.

وسن الأهلية في الجزائر أن يكون الشخص البالغ 19 سنة كاملة أهلا لإجراء التصرفات القانونية طبقا للقانون الجزائري². على خلاف كل تشريعات العالم التي تختلف من قانون لآخر في تحديد سن الأهلية.

لقد أقرت القوانين المختلفة على جعل القانون الشخصي هو مناط مدى أهلية التعاقد، على أساس أن الأهلية ترتبط في غالب الأحيان بحالة الشخص ولصيقة به³. لكن اختلفت الرؤى في تحديد هذا القانون الشخصي، فمن التشريعات من حددته بقانون جنسية التعاقد، ومنها من حددته بقانون الموطن، أو قانون محل الإقامة المعتاد⁴.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الأول وهو ضابط الجنسية، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم⁵...".

وهو نفس الاتجاه تبنته دول العالم وعلى رأسها القانون المصري والقانون الفرنسي الذي أخضع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم لكن صاغ هذا الأخير هذه القاعدة في شكل أحادي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون المدني الفرنسي¹.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 285.

² - تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989، ص. 14.

⁴ - محمد بوزلافة، المرجع السابق، ص. 30.

⁵ - كانت هذه الفقرة قبل تعديلها بمقتضى القانون 05-10 السالف الذكر صياغتها بطريقة أحادية تحكم وضعية الجزائريين أينما كانوا، وكانت تنص: " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية...". وبمناسبة التعديل أخرجت في قالب جديد في صيغة مزدوجة تخص الجزائريين والأجانب على حد سواء.

وعلى المستوى الدولي وجدت الاتفاقيات الدولية التي عاجلت المسألة، التي تجمع تقريبا على إسناد الأهلية بالقانون الشخصي، فهذه اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في مسائل حماية القصر. إذ نصت في مادتها 12 على أنه: "يعتبر في مفهوم هذه الاتفاقية قاصرا كل شخص له هذه الصفة سواء طبقا لقانون الدولة التي ينتمي إليها، أو سواء طبقا لقانون الدولة التي يوجد بها مقر إقامته المعتادة."²

ومن خلال ما سبق ذكره أن الأخذ بالقانون الشخصي كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية هو الغالب عالميا وبالأخص ضابط الجنسية، وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني.

الفرع الثاني: العقود المستثناة من نص المادة 18.

بما أن القاعدة العامة تقتضي بإخضاع كل العقود الدولية لقانون الإرادة إلا هناك استثناءات مهمة ترد على المبدأ المذكور سالفًا.

1- العقود الواردة على العقارات:

¹ – Art. 3 alinéa 3, C. Civ. Fran: « Les loi concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger ».

² – Art.12 de la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs: « Aux fins de la présente Convention on entend par «mineur» toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'Etat dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle ».

تخضع هذه العقود بالضرورة لقانون موقعها، على أساس أن القانون ينص بإخضاعها لمكان تواجدها كون هذا النوع من العقود مرده يتصل بسيادة الوطنية للدولة ويشكل جزء من إقليم الدولة. وسواء أكانت الحقوق عينية عقارية أو بالتبعية.¹

2- عقود الدولة:

تعتبر الدولة شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، إذا تم إبرام العقد بهذه الصفة فتحكمه الاتفاقيات الدولية، ويسري عليها أحكام القانون الدولي العام، أما إذا تعاقدت بغير هذه الصفة مع غيرها فيكون العقد محكوم بقاعد التنازع.²

فقد كان القضاء الفرنسي يطبق قانون الدولة التي هي طرف في العقد على أساس انه يفترض في من تعاقد مع دولة انه قبل الخضوع لقوانينها³، ثم تراجع القضاء ليقضي بتطبيق القانون المختار والمتفق عليه من قبل الطرفين وذلك بتاريخ 1932/5/21.

وعقود الدولة تشهد حاليا انتشارا واسعا لاسيما في مجال التنمية الاقتصادية، وأصبحت تثير إشكالات بين حل منازعاتها أمام القضاء الوطني أو أمام التحكيم الدولي.⁴

3- عقود العمل أو الاستخدام:

هذه العقود يغلبها الجانب التنظيمي نظرا لتدخل إرادة المشرعين على إرادة الأفراد، وذلك لتعلقها بمبدأ إقليمية القوانين وحماية الطبقة العاملة، وهذا راجع لاعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية معينة إذ يرى الكثيرون باستبعاد قانون الإرادة.⁵

1 - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.250. ويراجع في ذلك المادتين 17 و18 فقرة 4 من القانون المدني الجزائري.

2 - حبار محمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.155.

3 - موحد إسعاد، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.361.

4 - صفوت احمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.32.

5 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.226.

فقد ذهب رأي بإخضاع عقد العمل لقانون محل الإبرام على أساس هذا القانون يتطابق مع موطن المتعاقدين، ورأي آخرون بإخضاعه لقانون الجنسية في حال اتحاد الجنسية، وفضل فريق بإخضاعه لقانون مقر المشروع أو المنشأة، أما الفريق الربع رأى بضرورة إخضاعه لقانون محل التنفيذ لان هذا القانون هو وحده يحقق الحماية التي يهدف المشرع تحقيقها للطبقة العاملة وهو الرأي الراجح.¹

أما الرأي الأخر يرى رؤية مخالفة بوجود التفرقة ما بين المسائل التنظيمية لعقد العمل ومسائله غير التنظيمية، فأخضع الأولى لقانون محل التنفيذ والثانية لقانون الإرادة.

4- عقد الهبة:

تعتبر الهبة من موضوعات الأحوال الشخصية ولا تدخل ضمن مضمون الفكرة المسندة للمادة 18 لأنها تتعلق بالمعاملات المالية. وبعد التعديل افرد المشرع الجزائري مسألة الهبة بقاعدة إسناد تحكمها مراعاة التوفيق بين الطابع الشخصي للهبة وبين استقرار المعاملات الأخرى.²

أما عن موقف المشرع الجزائري من النظريات السالفة الذكر حول قانون العقد، فلقد عاجلت المادة 18 من القانون المدني بقولها "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين".

يتضح جليا من خلال نص المادة المعدلة بان المشرع اعتمد مبدأ قانون الإرادة كضابط إسناد أصلي، على أساس إخضاعه للالتزامات العقدية للقانون المتبنى من قبل

¹ - حبار محمد، قانون العقد، المرجع السابق، ص.194. وانظر منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل، المرجع السابق، ص.120.

² - انظر المادة 2/16 من ق.م.ج. بقولها: "يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت اجرائهما."

الأفراد، وهذا الاختيار ينصب على القانون المختار الذي يحكم العقد وليس على مجرد تركيزه كما ذهب إليه بعض الفقه.¹

والواضح جليا بان المشرع نص على الالتزامات العقدية تعني تكوين العقد وآثاره وذلك تماشيا مع مبدأ وحدة العقد لا إلى تجزئته.

وبالرجوع إلى النص قبل التعديل نجد المشرع كان لا يعطي أهمية بالغة لقانون الإرادة حسب بعض الآراء، بل كان يرجح الكفة لصالح قانون مكان الإبرام، هذا من جهة، وكان لا يشترط الصلة ما بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين. أي تبنيه الاختيار المطلق.

أما في مفهوم الجديد للمادة المعدلة حاليا جعل ضوابط لتركيز العقد في الموطن أو الجنسية كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق مقترن تقييده بوجود توافر صلة حقيقية ووليست وهمية بالعقد أو المتعاقدين، وارجع لقانون الإرادة مكانته.²

وبذلك وجب القول بان القاضي ملزم بالتحري حول خيار الأفراد، ويجب احترام الترتيب الموضوع سلفا من قبل مشرعه في نص المادة 18، أي تبني المشرع النظرية الذاتية المعتدلة، أي يكون العقد موجها بتدخل القاضي، وجعل قانون الإرادة كضابط رئيسي والضوابط الأخرى احتياطية.³

وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 13 من الظهير المنظم للوضع المدنية للفرنسيين والأجانب الصادر بتاريخ 12 أوت 1913، على عدم اشتراطه على أي

1 - محمد إسعاد، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.34.

2 - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص.34.

3 - نصت المادة 18 على مايلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل الإبرام .

غير انه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه."

صلة وترك الحرية للأطراف في اختيار قانون العقد تماشياً مع الاعتبارات التجارية الدولية.¹

¹ - مصطفى الشنضيف، المرجع السابق، ص.337، محمد بوزلافة، المرجع السابق، ص.35.

المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون المختار.

بعد تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل للقانون المختار والمعين من قبل الأطراف المتعاقدة باسم مبدأ سلطان الإرادة وكيفية إعماله.

هذا وإنّ وضع المشرع لقواعد النزاع قد يؤدي إعمالها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا أتت قاعدة النزاع بقانون أجنبي يخالف المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون قاضي الدعوى، فيستبعد هذا القانون باسم النظام العام (في المطلب الأول)، أو نتيجة تحايل أحد الخصوم في تغيير ضوابط الإسناد من أجل تطبيق قانون غير مختص أصلاً لحكم العلاقة أي بما يعرف بالغش نحو القانون (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام.

قبل الحديث عن الدفع بالنظام العام، لابد لنا أن نخرج عن المقصود به، من خلال إعطاء مفهوم له ومن ثم استكشاف خصائصه ونخصص له الفرع الأول، ليكون مضمون الفرع الثاني الشروط والآثار المترتبة عن جرائه إعماله.

الفرع الأول: مفهوم وخصائص النظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام من أعقد المسائل المهمة في الفكر القانوني، لأنها لازالت فكرة يكتنفها الغموض من جهة ولازال مفهومها مرناً الأمر الذي يحول دون التمكن من الوصول إلى مفهوم دقيق لها، وذلك على أساس اقتراها بتغيير المكان والزمان.

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في فقه القانون الدولي الخاص لدى الفقهاء الإيطاليين، وعلى رأسهم الفقيه "بارتول Bartol"¹ وتعرضت نظريته المسماة بفقه الأحوال (Les statuts) إلى فكرة النظام العام، حيث فرقت بين الأحوال المستهجنة والأحوال

¹ - Courbe Patrick , Droit international privé, Dalloz, Paris, édition 2000.p.102.

المستحسنة والأحوال المستحسنة تتبع الشخص خارج إقليم دولته، بينما الأحوال المستهجنة لا تتبعه في ذلك¹.

وتعتبر هذه التفرقة نواة ظهور هذه الفكرة، وعلى الرغم من صعوبة إعطاء تعريف له، إلا أن بعض الفقهاء حاولوا جاهدين إعطاء مفهوم له.

فقد عرفه الفقيه كايبتان Capitant² بأنه: " مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما، والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد إسناد العادية "

ويرى الفقيه نيبوايه Niboyet، بأن النظام العام لا يمكن أن يكون في كل دولة على حدة، لأن لكل دولة تشريعها. فالنظام العام في رأيه عبارة عن معايمة يتبين، من خلالها سوء التعادل بين النظم المختلفة للدول³.

وعليه تلخصت رؤية البعض، للنظام العام على أنه: " الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية، أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك "⁴.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2004. ص. 50.

² - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001. ص. 112.

³ - بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص. 122.

⁴ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة، والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997. ص. 184.

وقد أعطت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 22 مارس 1944 تعريفاً للنظام العام كالاتي: « النظام العام يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين»¹.

أما القوانين الوضعية، فاكتفت بالإشارة إليه فقط دون ذكر تعريف له، ففي القانون الكويتي نجد أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي². وهو ما تكرر في القانون الجزائري، بنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني الجزائري³.

هنا ترك المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة للقاضي، لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام حسب مفاهيم نظامه القانوني.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الدفع بالنظام العام يختلف بكثير عن التطبيق الآني والمباشر للقوانين، بحيث في الحالة الأخيرة تعتبر قوانين تلقائية التطبيق دون الدخول في مجال التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق، بل تقرّر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محله. بينما في الدفع بالنظام العام، لا بدّ أولاً أن تشير قاعدة التنازع إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثمّ يتأكد القاضي من مدى ملائمة القانون الأجنبي المراد

¹ - La cour de cassation a énoncé que la définition de l'ordre public national dépend : " Dans une large mesure et l'opinion qui prevent à chaque moment en France", Cass.Civ., 22 mars 1944, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre , Op.Cit., p.315.

² - المادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي،

³ - وجاء في نص المادة ما يلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

تطبيقه مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع¹. وعلى القاضي أن ينظر في ملائمة القانون الأجنبي، بمعيار المجتمع الذي يعيش فيه وليس بمعياره الشخصي². وعلى هذا الأساس، فالقوانين ذات التطبيق المباشر يتم تطبيقها دون المرور بمرحلة النزاع، أي يكون استبعادها مبكراً مثل تطبيق قوانين العمل، الصحة، الضبط الإداري...³. بخلاف ما هو عليه الحال في الدفع بالنظام العام، حيث تعين قاعدة النزاع القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولكن يستبعد إعماله لمخالفته القواعد الجوهرية التي يقوم عليها قانون قاضي الدعوى⁴.

وبناء على ما تقدم، تعتبر فكرة النظام العام استثناء عن تطبيق قواعد النزاع والتي قد تشير إما إلى تطبيق القانون الوطني، أو إلى تطبيق القانون الأجنبي⁵. ويثار مشكل الدفع بالنظام العام بشدة بالنسبة للدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية، ولا يثار هذا الأخير بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الموطن (قانون القاضي). وقد شبه بعض الفقهاء، الدفع بالنظام العام بمثابة صمام أمان انطلاقاً من كونه يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع وهذا الهدف يرجى تحقيقه سواء في مجال

¹ - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدّد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004، ص. 221.

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي...، المرجع السابق، ص. 150.

³ - راجع المادة 05 من القانون المدني الجزائري: " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن"، وتقابلها المادة 01/3 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1994، ص. 762، وانظر أيضاً أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 167.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، طبعة أولى 2006، ص. 118.

القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، وتستعمل فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي كوسيلة لعدم خروج اتفاق الأفراد عن أحكام القواعد الآمرة¹. وتكون الغاية من استعمال فكرة النظام العام، في القانون الدولي الخاص لاستبعاد القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة التنازع الوطنية، خصوصاً إذا كان يتعارض مع المقتضيات والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني². والجدير بالذكر، أن مصطلح النظام العام الدولي يوحي بوجود نظام مشترك بين الدول وهذا الأمر غير صحيح. إذ يكون النظام العام دائماً وطنياً ويحدد من طرف القاضي الوطني، ففي القانون الداخلي يستعمل الدفع بالنظام العام للحد من مبدأ سلطان الإرادة. ويستعان بهذه الفكرة في مجال القانون الدولي الخاص، لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع. فيمكن تصور نظام عام مشترك في المجال الدولي، بصدد النظر في دعاوى القانون الدولي من أمثلة ذلك، تجارة المخدرات أو تجارة الرقيق أو الإرهاب، فهذه الجرائم تهدد النظام العام الدولي برمته ومن ثمّ يمكن تصور نظام عام دولي موحد³.

وعليه نستنتج مما سبق، أن خصائص النظام العام يمكن حصرها فيما يلي:

- فكرة النظام العام وطنية⁴، تتعلق أساساً بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع الوطني من أسس اقتصادية واجتماعية وسياسية لدولة القاضي .

¹ - انظر المادة 97 من القانون المدني الجزائري إذ تنصّ على ما يلي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً " .

² - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 164.

³ - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 534.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص. 26.

- فكرة النظام العام مرنة ومتطورة تختلف حسب الزمان والمكان، فمثلا نجد أن القضاء الفرنسي¹ في وقت سابق كان لا يجيز الطلاق، واليوم أصبح يجيزه بأسباب معينة. ويعتبر تعدد الزوجات في بعض الأنظمة القانونية مسموح به، وفي البعض الأخرى مخالفا للنظام العام².

- فكرة النظام العام وقتية، وتكون العبرة بتقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت إنشاء المراكز القانونية، ويكون تقديره موضوعيا من طرف القاضي وليس شخصا. وقد استقر الرأي، على إخضاع تقدير القاضي أثناء الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة النقض³.

ويكون الاستبعاد في هذه الحالة ليس كل القانون المختار ألا فيما يمس بالأسس العليا للدولة، لو فرضنا أن عقدا يتضمن التعامل بشرط الذهب ولو أن القانون المختار يجيزه، فيستبعد القاضي هذا الشرط، ويبقى العقد خاضعا للقانون الأجنبي فيما لا يتعارض مع قانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

ولقد طبق القضاء الجزائري في قرار المجلس القضائي بتيزي وزو بتاريخ 1982/4/19، والذي بمنح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي فرنسي لتنفيذه في الجزائر حكم بتعويضات للطرف الأخر دون التمييز بين أصل الدين والفوائد المترتبة عنه. مع العلم أن القانون الفرنسي يجيز ذلك وممنوعة بنص أمر في القانون الجزائري بالمادة 453 من القانون المدني والتي تمنع التعامل بين الأفراد بالربا، وقام المجلس الأعلى بنقض القرار جزئيا فيما مبلغ الفوائد⁴.

¹- Cass.Req., 15 novembre 1848, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p.310.

²- الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 244.

³- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003. ص. 195.

⁴- أشار إليه خالد شويرب، المرجع السابق، ص. 72.

ويكون تدخل النظام العام، لاستبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ الأساسية، بهدف حماية السياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه.

للتمسك بالنظام العام لا بدّ من شروط لإعماله (أولاً)، ثمّ بعد الدفع به قد تترتب عليه آثار قانونية (ثانياً).

أولاً: شروط الدفع بالنظام العام.

يشترط لذلك، توافر الشروط التالية :

- الشرط الأول: أن يتعلّق الأمر بتطبيق قانون أجنبي تشير إليه إحدى قواعد التنازع الوطنية، بمعنى أن يثبت الاختصاص لقانون أجنبي واجب التطبيق طبقاً لقواعد التنازع في قانون دولة القاضي وإذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي فلا داعي للدفع بالنظام العام، ولا يمكن أيضاً الدفع به إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي، باعتباره قانوناً إقليمياً بصفته قانون موقع المال أو بصفته من قوانين البوليس والأمن¹.

وإذا لم يكن القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصاً حسب قاعدة التنازع الوطنية، فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق.

وفي هذا السياق، يرى البعض أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماماً ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام².

¹ - محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994، ص. 84، وانظر أيضاً، الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 250.

² - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 131.

- الشرط الثاني: أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه في حد ذاته متعارضاً مع النظام العام، يمنع في هذه الحالة على القاضي المعروض أمامه النزاع من تطبيق القانون المختص على أساس تعارض حكمه مع مقتضيات النظام العام.

ومن المستقر عليه فقهاً¹، أنه يعتبر من مقتضيات النظام العام كل ما يتعلق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معين، ويختلف مفهوم النظام العام حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فقد يكون تعدد الزوجات مخالفاً للنظام العام في الدول المسيحية، بينما جائزاً في الدول الإسلامية وقد يكون الطلاق جائزاً في دولة، ومحظوراً في أنظمة قانونية أخرى، ويكون تدخل النظام العام بهدف حماية الشعور العام للدولة، وتكمن صعوبته في تحديد الحالات التي يتحقق فيها تعارض القانون الأجنبي الواجب تطبيقه معه وتبقى دائماً مسألة تقديره متروكة للقاضي تحت إشراف رقابة المحاكم العليا².

وكما قضت محكمة النقض المصرية³، في هذا الشأن بأن: " مؤدى نص المادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض، هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة، مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع "

¹ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 251.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997، ص. 382.

³ - حكم محكمة النقض المصرية في 20 جوان 1979 في الطعن رقم 10 لسنة 48 قانون أحوال شخصية أجنب، أشار إليه صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 103.

- الشرط الثالث: أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى، ويكون الدفع به في كل حكم يصدره القاضي بمناسبة إنشاء علاقة قانونية (طلاق أو زواج)، أو حكم يتعلّق اعتراف بعلاقة أنشئت في الخارج (اعتراف بالتبني)¹.

وبعبارة أخرى أن يكون تقدير الدفع بالنظام العام، بوقت النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني، تكون مخالفته حالية وقت إصدار الحكم وليس وقت نشوء المنازعة².

وقد يتعارض النظام العام مع إنشاء الحق ذاته، كما هو الشأن بالنسبة للطلاق في فرنسا قبل سنة 1884 والذي كان محظوراً ومتعارضاً مع الشعور العام الفرنسي³.

ثانياً: آثار الدفع بالنظام العام.

يكون تدخل النظام العام عندما تشير قاعدة التنازع للقانون الواجب التطبيق، ويكون القانون الأجنبي كله أو بعضاً من أحكامه متعارضة مع الأسس الجوهرية للدولة القاضي، فيحصل استبعاده من ميدان التطبيق إما أثناء مرحلة إنشاء المراكز القانونية أو أثناء مرحلة نفاذ الحق الدولي.

1- أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء المراكز القانونية:

يترتب على تدخل النظام العام، إستبعاد كل أو بعض من أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق. وقد يطرح استبعاده مشكلة أساسية تتمثل في كيفية التوصل إلى حل، حتى لا تبقى العلاقة بدون قانون يحكمها. ومن هذه الآراء ما يلي: الرأي الأول، الذي يدعو بإيجاد البديل على ضوء القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وتبنى هذا الرأي

¹ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 178.

² - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 223.

³ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الوطن، مركز الأجنب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997، ص. 519.

القضاء الألماني، الذي قضى بعدم وجوب إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإثما يتعيّن على القاضي البحث عن قاعدة أخرى في القانون نفسه محل القاعدة القانونية المستبعدة، وسبق لمحكمة الرايخ الألمانية بتاريخ 19 ديسمبر 1921 أن اعتمدت هذا الحل بسبب قضية تتلخص وقائعها في: أن قاعدة التنازع الألمانية أشارت إلى تطبيق القانون السويسري بصدد دعوى علاقة دائنية، وتبين للمحكمة الألمانية أن القانون السويسري يرفض مبدأ تقادم حق الدائنية، وهو أمر يتعارض مع القانون الألماني واستبعدت هذا الحكم، وعوضته بأطول مدّة ينصّ عليها القانون السويسري في مواضع أخرى¹.

ويرى بعض الفقه كراي ثاني²، بأنّ تدخل النظام العام ليس من شأنه استبعاد كل أحكام القانون الأجنبي، وإثما استبعاد الجزئية التي تتعارض مع مفهوم الشعور العام لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك حسب ما قضت به محكمة النقض الفرنسية³ باستبعادها الجزء المخالف للنظام العام عندما أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى القانون الألماني، وأبقت على الأجزاء غير المخالفة للنظام العام في قرار Fayeulle الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1943، استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي في القانون الألماني المختص وأبقت على آثار النسب لكونها غير مخالفة للنظام العام الفرنسي. غير أنّه عيب على هذا الرأي، على أساس أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي نظراً لارتباطه الوثيق بأحكام القانون المراد تطبيقه يؤدي في النهاية إلى تشويه القانون وتطبيقه⁴.

¹ - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 174.

² - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 201.

³ - Cass.Civ., 08 Novembre 1943, v. Courbe Patrick , Op.Cit., p. 108.

⁴ - إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 385.

وبالتالي ذهبت رؤى البعض، على أنه لا يجوز التلفيق في تطبيق القانون الذي يحكم النزاع، بمعنى أنه لا يجوز اقتباس بعض أحكام قانون القاضي وخلطها ببعض أحكام القانون الأجنبي خلطا متنافرا، لأننا بذلك لا نطبق أيا من القانونين تطبيقا سليما¹.

وتبنى فريق ثالث الرأي القائل، بإحلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع نصوص قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وتبنى هذا الموقف الأخير، القضاء المغربي بالنسبة لحالة الأشخاص الأجانب نظرا لصعوبة تطبيق نصوص وطنية على الأجانب المقيمين بالمغرب. وعليه استقر هذا القضاء، على أنه في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص، مع الشعور العام يتعين على القاضي في هذه الحالة استبعاد هذا الأخير، وحلول مبادئ العدالة والقانون الطبيعي محله².

بينما رأى جانب من الفقهاء³، باستبعاد القانون الأجنبي دون تعويضه وهذه الفكرة سطحية لحد ما، واستبعاد قانون دون أن يحل محله قانون آخر يؤدي إلى فراغ قانوني لا بد من تعويضه.

لذلك اقترح البعض، ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتعويضه بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي⁴، بوجود إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه، باعتبار ذلك الأثر الإيجابي لتدخل النظام العام.

¹ - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 182.

² - Issad Mohand , Droit international privé, T.1, les règles de conflits, O.P.U., Alger, édition 1980, p. 201.

³ - محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 84.

⁴ - Cass. Civ., 30/05/1967, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p.591.

ولإعمال الرأي الراجح، يستلزم توافر شرطين¹: الأول، هو وجود قانون أجنبي واجب التطبيق، بمعنى أن يكون القانون الأجنبي قد أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية. أما الشرط الثاني، فيتمثل في ضرورة وجود حكم في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، يسمح بأن يحل محل القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه باسم النظام العام، ويصلح بالتالي أن يحل محل القانون الأجنبي المستبعد.

ويعتبر بلا شك، أن تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام، أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات عملية، على أساس أن قانون القاضي يكون معلوم لدى القاضي المعروض أمامه النزاع، وينقص عليه مشقة البحث عن مضمونه، ويتمشى أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية².

وتبنت معظم التشريعات، الحل الأخير الذي ينادي بتطبيق قانون القاضي واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ونصت على ذلك صراحة عدة دول في قوانينها وتشريعاتها كالكويت³، وتونس⁴.

كان موقف التشريع الجزائري في السابق خال من هذا الحكم، إذ أبرزت المادة 24 من القانون المدني الجزائري السابقة الأثر السلبي للنظام العام، ولكن مع التعديل الجديد ساير المشرع الجزائري الاتجاهات الحديثة بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، وقضت المادة 24 في فقرتها الثانية على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

¹ - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 170.

² - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 239.

³ - المادة 73 من القانون الكويتي السالف الذكر ينص على ما يلي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".

⁴ - Art. 36 Al. 05 du code de droit international privé Tunisienne qui dispose: "Le juge applique les dispositions de la loi Tunisienne au lieu des dispositions de la loi étranger écartées".

والجدير بالذكر، بأنّ عبارة الآداب العامة ما هي إلاّ جزء من النظام العام، أي أنّ النظام العام يحوي الآداب العامة. وعلى هذا يرى بعض الفقهاء، لا داعي لذكر الآداب والاكتفاء بالنظام العام¹.

إلاّ أنّ البعض، يحذّر إضافة عبارة الآداب والبقاء عليها إلى جانب النظام العام، لكونها قد تتناول معاني أخرى لا تتصل بالنظام العام².

2- أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة الاعتراف بالحق الدولي:

ويكون تدخل النظام العام في هذه الحالة إذا تعلّق الأمر بحق مكتسب، بمعنى ينشأ حق في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به، وتسمى هذه الحالة بالأثر المخفف للنظام العام *L'effet atténué de l'ordre public*، بحيث أنّ الدفع بالنظام العام يعمل به بقوة أشد في مرحلة إنشاء الحقوق أكثر منه في مرحلة التسليم بآثار قانونية مترتبة على حقوق وعلاقات قائمة سلفاً، أي تتراجع فكرة النظام العام تدريجياً أمام الحق المكتسب³.

ونفرد في هذا الصدد، بين حالتين للأثر المخفف للنظام العام⁴. الحالة الأولى، يراد بها إنشاء مركز قانوني جديد أمام قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، فلا يمكن للقاضي أن يسمح بإنشاء مركز قانوني وقانونه لا يبيح ذلك، كمسألة التعدد إذا طرحت أمام القضاء الفرنسي فلا يمكن إنشاؤها ابتداءً بفرنسا. بينما الحالة الثانية، يراد به التمسك بآثار حق أو مركز قانوني نشأ في الخارج، ولا يكون للنظام العام نفس الأثر الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد إنشاؤه في دولة القاضي نفسها، وعليه لا يتأثر الشعور العام

¹ - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 112.

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي..، المرجع السابق، ص. 157.

³ - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 195.

⁴ - بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص. 197 - 198.

إزاء مركز أو علاقة تمّ إنشاؤها بالخارج بنفس القدر الذي يتأثر به في حالة ما أريد منه طلب إنشاء نفس العلاقة داخل إقليم دولة القاضي، أي لا يمكن الدفع بالنظام العام إزاء المراكز التي نشأت في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله تجاه المراكز التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي¹.

وسايرت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، فكرة الأثر المخفف للنظام العام ونصت في الفصل 37 على ما يلي: " يتمّ اعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي ".

أمّا حكم هذه المسألة في الجزائر، فبعد مراجعتنا لأحكام القانون المدني الجزائري من الفصل الأوّل المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان لا نجد إشارة لهذه المسألة (الأثر المخفف للنظام العام).

ولهذا إذا ثبت أمام القضاء الجزائري، بأنّ القانون الأجنبي المراد تطبيقه مخالف للنظام العام يستبعد من مجال التطبيق ويحلّ القانون الجزائري محلّه.

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.

نعالج هذا المطلب في فروع ثلاث: نتعرض في الفرع الأوّل منه لمفهوم الغش نحو القانون وشروطه. ثمّ لأساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل: مفهوم وشروط الغش نحو القانون.

الغش نحو القانون في ميدان التنازع، يعتبر مانعا من موانع تطبيق القانون المختص على النزاعات ذات العنصر الأجنبي. وقبل الحديث عن الغش نحو القانون، لا بدّ من إعطاء مفهوم له لاستخلاص الشروط الواجب توافرها للدفع به.

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 202-203.

يقصد بالغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، التحايل على ضوابط قواعد التنازع، وذلك بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا بحكم النزاع¹ وكان هذا التحايل يقع كثيرا في السابق حينما كانت بعض الدول لا تسمح بالطلاق، فيكتسب الشخص جنسية دولة أخرى تجيزه ليتمكن من الحصول عليه².

وقدم بعض الفقهاء تعريفات مختلفة للغش من بينها :

عرّفه الفقيه " هنري ديويو Henri Desbois " بأنه: « التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها، للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهييه »³.

وعرّفه الأستاذ " جورج ريبير Georges Ripert " بأنه: « عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب، عن تطبيق قاعدة قانونية آمرة »⁴.

إلا أن البعض، عرفه انطلاقا من النتيجة المبتغاة منه بأنه: « تدبير لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة »⁵.

وعرفته كذلك الأستاذة نادية فضيل بأنه: « التلاعب بأحكام قواعد التنازع، بقصد الوصول إلى أغراض شخصية »⁶.

وللتمسك بالدفع بالغش نحو القانون، كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق يجب توفر شروط، منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

1 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي..، المرجع السابق، ص. 159.

2 - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 1994. ص. 216.

3 - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 557.

4 - نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005، ص. 53.

5 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 196.

6 - نادية فضيل، الغش نحو القانون..، المرجع السابق، ص. 56.

- الشروط المتفق عليها :

-الشرط الأول: التغيير الإرادي لضوابط التنازع، ويتوقف هذا الأمر على إرادة الأطراف، بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص أصلاً بحكم النزاع¹. إذ يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضوابط الإسناد التي يتحدّد بها القانون المراد تطبيقه، ويمكن تحقق هذا الأمر إلاّ في الحالات سهلة التغيير التي يستطيع الأطراف تغييرها مثل تغيير الجنسية أو تغيير الموطن². ولتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير إرادياً وفعالياً ومشروعاً إرادياً، كما سبق ذكره بفعل إرادة الأطراف، كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه. وفعالياً، بمعنى ليس سوريا وسليماً من الناحية القانونية، فإذا كان تغيير الموطن سوريا فالعبرة في هذه الحالة بالموطن الفعلي³. وأن يكون مشروعاً، معنى أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعاً، فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طريق التزوير، ففي هذه الحالة لا حاجة لاستعمال الدفع بالغش، على أساس أن الوسيلة غير مشروعاً وتكون العبرة بالجنسية الأولى⁴.

-الشرط الثاني: التحايل على القانون بسوء نية، للتهرب من إخضاع العلاقة القانونية للقانون الواجب التطبيق أصلاً، والمهدف من ذلك هو تجنب الأحكام الآمرة في القانون المختص⁵. وتستخلص نية التحايل من ظروف النزاع، وهذه الحالة تعتبر من مسائل الواقع يستقل بها قضاة الموضوع، دون أن يخضع تقديرهم من عدمه لرقابة المحاكم

1 - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 524.

2 - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي..، المرجع السابق، ص. 129.

3 - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 187.

4 - محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 89.

5 - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 563.

العليا¹. ومن القرائن التي يمكن أن يستعين بها القاضي في تقديره، هي حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد كما لو تجنس بجنسية جديدة وفورها طلب بطلاق زوجته، الذي لم يكن قانونه الشخصي الأول يسمح به². ومن القرائن التي تدل أيضاً على وجود قصد الغش لدى الأطراف أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين أكثر تحقيقا لمصالحهم، كالدول التي تسمح قوانينها لأي شخص بالطلاق، حتى ولو كان قانون جنسيته أو موطنه لا يسمح بذلك³، وهو ما فعلته "دوبوفرمون" حين تغييرها جنسيتها من الفرنسية إلى الألمانية والحصول على الطلاق الذي لم يكن القانون الفرنسي يبيحه في تلك الفترة.

ويمكن تحقق حالة التحايل على القانون، إذا كان القانون الواجب التطبيق يعامل على أساس واقعة بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام، فلا يثيره الأطراف عمداً بتطبيقه أمام القاضي، وذلك قصد الحصول على مركز يكون محظوراً في القانون المستبعد من طرفهم، فتتحقق هذه الحالة لمجرد سكوت عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني⁴، وحالة ذلك سكوت الأطراف عن إثارة القانون الواجب التطبيق، ليلجأ القاضي لتطبيق أحكام قانونه الوطني، ويكون خاصة في مجال الطلاق حيث يسكت الزوج عن إثارة تطبيق قانونه الوطني الذي، يحظر الطلاق بمساندة زوجته التي تحمل جنسيته.

¹ - حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2004، ص. 317.

² - كما حصل في قضية دو بوفرمون De Bauffremont بتاريخ 18 مارس 1878 طلبت الطلاق مباشرة في اليوم التالي لحصولها على الجنسية الألمانية، وهذا ما برره القضاء الفرنسي بانصراف نيتها إلى الغش نحو القانون.

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 395.

⁴ - Issad Mohand , Op.Cit., p. 206.

ومن جهة أخرى، يضيف الفقه شرطين مختلفين بشأتهما وهما :

- الشرط الأول: أن يكون الغش ضدّ القواعد الآمرة، وقصر جانب من الفقه على أن يكون الغش نحو القانون إلاّ في القواعد الآمرة، بحيث لا يمكن تصور التهرب من أحكام القواعد المكملّة، لأنّ المشرع حوّل للأفراد الخروج عليها، على أساس أنّ مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا أساسيا في مجال العقود الدولية، إذ يمكن للأفراد اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حتّى وإن كان هذا القانون غير مختصا بحكم عقدهم، وباستطاعتهم أن يختاروا القانون الذي يحقق لهم مصلحة أو منفعة معينة¹.

رغم هذه الحرية الممنوحة للأفراد، يمكن أن تنصرف نية الغش نحو أحكام القواعد المكملّة في مجال العقود الدولية نظرا لمرونتها، ونظرا أيضا لسهولة تغيير ضوابط الإسناد الخاصة بها².

- الشرط الثاني: أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، واستقر القضاء³ في السابق على جعل الدفع بالغش نحو القانون لا يكون إلاّ في الحالات التي يتهرب الأفراد من قانون القاضي، فلا يمكن تصور الدفع بالغش نحو القانون الأجنبي، وهذا الشيء الذي يعلّل مهمة القاضي لحماية القوانين الوطنية من الغش المفتعل من قبل الأطراف⁴.

¹ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. 1998، ص. 165.

² - نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص. 82 - 83.

³ - Cass. Civ., 05/02/1929, v. Gutmann Daniel, Op.Cit, p.110.

⁴ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 266.

وسار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه، وقصر أعمال الغش نحو القانون إلا في الأحوال التي يتحايل الأفراد على الأحكام القانون الفرنسي¹، على أساس أن القضاء الفرنسي يعامل القوانين الأجنبية واجبة التطبيق معاملة الوقائع².

لكن تغير موقف القضاء الفرنسي³، وأصبح يميل أعمال الغش نحو القانون الأجنبي المختص أصلاً بحكم النزاع. ووضعت محكمة النقض الفرنسية في حكم مونزير Munzer بتاريخ 07 جانفي 1964 شروط لإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المراد تنفيذه بفرنسا، من بينها ألا يحصل الشخص على هذا الحكم عن طريق الغش نحو القانون⁴. واستخلص الفقه، بأن عبارة " غش نحو القانون " رغم أنها جاءت واسعة، لكن توحى بأن فكرة الغش تنصرف سواء حصل هذا الغش نحو القانون الوطني أو في مواجهة القانون الأجنبي⁵.

زيادة على ذلك، إقرار القضاء الفرنسي⁶، بإبطال العقود التي تمت بين الأفراد عن طريق الغش نحو القانون الأجنبي المختص.

أمّا الرأي الراجح فقها، يعتبر بأن تحايل الأفراد على القانون الأجنبي يعتبر غشاً ضدّ قواعد التنازع التي أشارت إلى تطبيقه، وبناء على هذا يدعو الفقه الحديث إلى محاربة

¹ - تعرضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 18 مارس 1878 في قضية السيدة دو بوفرمون De Bauffremont التي طلبت الطلاق أمام القضاء الفرنسي، ولم يسمح لها بذلك فتنحست بالجنسية الألمانية من أجل الحصول على الطلاق، واعتبرت محكمة النقض هذا التصرف يشكّل غشاً نحو القانون الفرنسي، وبررت بعدم اعتراف للسيدة دو بوفرمون بالطلاق زواجها الثاني، وتبقى على ذمة زوجها الأول، نقلا عن ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 205.

² - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 565.

³ - Paris, 18/06/1964, v.Derruppé Jean , , Op.Cit, p.109.

⁴ - Cass. Civ., 07 Janvier 1964. v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p. 599.

⁵ - Loussouarn Yvon, Bourel Pierre , Op.Cit., p. 329.

⁶-Cass.Com., 07/03/1963, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul , Op.Cit., p. 599.

التحايل بكل أشكاله، سواء حصل اتجاه القوانين الوطنية أو في مواجهة القوانين الأجنبية¹.

الفرع الثاني: أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه.

نخص هذا الفرع لدراسة أساس الغش نحو القانون (أولاً)، والآثار المترتبة عن إعماله (ثانياً).

أولاً: أساس الغش نحو القانون.

لقد تباينت الآراء الفقهية، فيما يخص أساس نظرية الغش نحو القانون.

فرأى فريق، بأن الغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظام العام، وانتقد هذا الاتجاه لأن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون على أساس تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية لقانون القاضي، أما استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو القانون فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة التنازع².

وأرجع رأي آخر، نظرية الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية في القانون وعيب على هذا الرأي، لأن الصورية تكمن في وجود عقد ظاهر غير حقيقي يخفي عقداً باطناً حقيقياً، بمعنى إرادة الأطراف ظاهرة ولكن غير مطابقة لإرادتهما الخفية الحقيقية، بينما الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهره حقيقي لكن غرضه غير مشروع³.

بينما رأى غالبية الفقه، أنه تكمن فكرة الغش نحو القانون في نظرية التعسف في استعمال الحق، ويكون التعسف في استعمال الحق استعماله غير مشروع إذا كانت

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 397.

- وانظر أيضاً، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 193.

² - حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 321 - 322.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 196.

المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة، إذا تهرب من القانون الذي يجب أن يخضع له¹. ومع ذلك فهو يتميز عن التعسف :

- في كون الغش نحو القانون، يكون موجهاً ضدّ القانون ويشترط فيه توافر التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة. أمّا التعسف، فيتمّ بطريقة مباشرة وغير خفية ويكون موجهاً ضدّ الغير².

- الغش نحو القانون يكون ضدّ مصلحة عامة، أمّا التعسف فيقع ضدّ مصلحة خاصة³. على الرغم من الانتقادات التي وجهت للرأي الأخير، الذي يجعل الغش نحو القانون يتشابه مع التعسف في استعمال الحق، فالفقه يرى بأنه أقرب الآراء إلى المنطق⁴. وبناء على ما تقدّم، يرى الفقه الراجح باستقلالية فكرة الغش نحو القانون عن الآراء المتقدمة، وأنها تطبيق للقاعدة العامة "الغش يفسد كل شيء" حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة في ذاتها، فإنّ النية السيئة المصاحبة لها تفسدها⁵.

ثانياً: آثار الدفع بالغش نحو القانون.

إنّ تحايل الشخص على ضوابط التنازع وتهرّب به من قواعد القانون المختص، قد يترتب على ذلك آثار قانونية.

فيرى البعض، عدم نفاذ النتيجة التي توصل إليها الشخص كطلب الطلاق، إذا كان يمنعه قانونه الشخصي إلى جانب الوسيلة التي أدت إلى حدوث النتيجة مثل تغيير الجنسية، وبعبارة أخرى انصراف الآثار إلى بطلان الوسيلة والنتيجة معاً⁶.

1 - نادية فضيل، الغش نحو القانون...، المرجع السابق، ص. 96.

2 - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 186.

3 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي...، المرجع السابق، ص. 169.

4 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي...، المرجع نفسه، ص. 162.

5 - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص. 155.

6 - حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 323.

لكن الرأي الغالب فقها¹، هو أن الأثر ينصرف إلى النتيجة دون الوسيلة وهو الحكم بعدم نفاذ النتيجة دون إبطال الوسيلة، على أساس أنه لما تطرقت محكمة النقض الفرنسية² في قضية السيدة دو بوفرمون De Bauffremont قضت بعدم تطبيقها، ولم تقض ببطالان تجنسها بالجنسية الألمانية.

وبناء على ما تقدّم، يرى الرأي الراجح بمبدأ الحلول وهي إعادة الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلاً، واستبعاد الغش المفتعل من طرف الأفراد ضدّ ضوابط التنازع³.

لهذا إذا ثبت أمام القضاء الجزائري، بأن القانون الواجب التطبيق حصل بواسطة الغش نحو القانون، فيستبعده من ميدان التطبيق باعتباره مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي.

بعد التعرض لمفهوم العقد من الناحية الداخلية ومن الناحية الدولية، واستعراض التعريفات المختلفة التي تحكم قانون العقد، وتحديد القانون الواجب التطبيق وموانع استبعاد قانون العقد من ميدان التطبيق، سنتطرق في الباب الثاني من هذه الرسالة للمنهج المباشر الذي يحكم العقود الدولية.

¹ - عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 568، وانظر أيضاً، إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 399.

² - Cass.Civ., 18/03/1878, v. Mayer Pierre, HeuzéVincent, Op.Cit.p.189.

³ - محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 92، وانظر أيضاً سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 805.

الباب الثاني

القانون الذي يحكم العقود الدولية

التجارية طبقا لمنهج المباشر

الباب الثاني:

القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقا لمنهج المباشر.

أصبح اتجاه ينادي بتحرير عقود التجارة من سلطان القوانين الوطنية، وأدى هذا التطور إلى مناداة تطبيق قواعد مادية مباشرة تستجيب لحاجات ومعطيات التجار والعدول عن منهج التنازع التقليدي.

وأمام اضمحلال وتلاشي المصادر التقليدية، وعدم مسيرتها للتطور الحاصل، فقد شهدت عادات وأعراف التجار عبر الدول صيتا عالميا نادى بتطبيقها الكثير من هيئات التحكيم والمنظمات الدولية بما فيها الأنظمة القانونية.

وظهر منهج القواعد الموضوعية لمعالجة أسباب القصور الموجود في منهج قواعد الإسناد التقليدية، نظرا لما يشهده العالم من تطورات في التكنولوجيا.

وسبب ظهور هذه القواعد الجديدة التي تعد سفينة النجاة من سطوة وتسلط القوانين الوطنية، هو راجع إلى اتسامها بالمرونة والملائمة وهي قواعد نابعة من ممارسات المتعاملين الاقتصاديين والتي أصبحت محل ثقة من قبل المتعاملين.

وكتيجة ظهر هذا الاتجاه نتيجة الصراع الإيديولوجي بين المذهب الفردي الذي يعلو من منزلة الفرد فوق كل اعتبار، والمذهب الاجتماعي الذي يؤكد على أن الجماعة هي قوام المجتمع. وبسقوط المعسكر الاشتراكي، وبروز نظام اقتصاد السوق، مما يعني تحرير العقود من القوانين الوطنية التي تحد من إرادة المتعاقدين على أساس أن هذا المنهج أضحى غير ملائم على العلاقات الدولية نظرا لظهور طوائف جديدة للعقود ولاسيما العقود المركبة كعقود التشييد وعقود نقل التكنولوجيا.

وسيتم البحث في الفصل الأول إلى ماهية قواعد المنهج المباشر، وفي أصوله التاريخية وخصائصه وأساس تحرير التجارة الدولية في الفصل الأول، وسيكون التعرض في الفصل الثاني لعوامل ومصادر وخلق هذه القواعد من قبل الأطراف والهيئات الدولية، إلى جانب الطبيعة القانونية لها.

الفصل الأول:

أساس تحرر التجارة الدولية وماهية القواعد الموضوعية .

لما زادت أهمية التجارة الدولية وتجاوزت حدود الدول، فأصبحت الدول تسعى إلى إيجاد قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي، وهذا دون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه الدول، مما أدى إلى هجر المفهوم التقليدي لفكرة تنازع القوانين، التي لم تعد تتماشى ومعطيات التجارة الدولية الحديثة، بحيث أصبحت العقود المبرمة في ظلها في أمس الحاجة إلى قواعد قانونية متطورة، كونها قواعد وجدت خصيصا للمحافظة على إرادة الأطراف وتوقعاتهم المشروعة في علاقاتهم العقدية، ولا تتقيد بالقواعد الآمرة لقوانين الدول.

هذه المفاهيم تبلورت في ظهور اتجاهات حديثة تدعوا إلى تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الوطنية، والاتجاه نحو خلق القواعد الموضوعية لتحكم مباشرة الروابط العقدية الدولية، أطلق عليها الفقه الحديث اصطلاح القواعد الموضوعية. ولا بد من التطرق لأصول التاريخية لهذه الفكرة ومفهومها في المبحث الثاني، قبل ذلك لا بد من استعراض تحرر العقود الدولية من ربة وسطوة القوانين الوطنية في المبحث الأول.

المبحث الأول: أسباب إفلات العقد الدولي من حكم القوانين الوطنية.

في إطار العلاقات التي بين التجار أضحت القوانين الداخلية لا تتلاءم مع معطيات التعامل الدولي، وغير صالحة وقاصرة على المنازعات الداخلية ولا يمكن للمشرع الداخلي معالجة هذه المعاملات نظراً لمناداة الأطراف بفكرة تدويل العقود بدل التوطين. وكانت الحاجة الملحة لخضوع العقود الدولية للقواعد الموضوعية استجابة لمضمونها ولخصوصيات فئة هذه العقود. ولم يكن ذلك بالصدفة بل هناك أسباب دفعت إلى وجودها لتنافس نظام التوطين، وهذا لتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في النشاط الاقتصادي.

ولتبيان ذلك يكون في أربعة مطالب على النحو التالي.

المطلب الأول: مبدأ الحرية في العقود الدولية وحاجات التجارة الدولية.

من البديهي أن النشاط التجاري يختلف عن النشاط المدني من حيث الناحية الاجتماعية والاقتصادية، فالمقدم على العمل المدني يكون متخوفاً نوعاً ما عكس التجار فيقدمون على المخاطرة دون تردد. ولهذا التجارة تتطلب السرعة والائتمان ولا تستلزم تشكيلات معينة من أجل إبرام العمليات التجارية مما جعل ضرورة عملية لتدويل القانون التجاري، مما دعت الحاجة إلى ضبط قواعده وتسيير التجارة الدولية وتخصيص قواعد ضابطة لها.¹

بعد ظهور القواعد الموضوعية والتنظيم الموضوعي الموحد استجابة لمتطلبات التجارة، بدأ التجار بتنظيم أنفسهم فشرعت القواعد والنصوص لهذا الغرض وأصبحت جزءاً من التشريعات الوطنية المنظمة لمثل هذه العقود. هذا وأمام غلبة منهج التنازع

¹ - عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا وجهود الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.21.

التقليدي تجنب المتعاملون بقدر الإمكان بإخضاع عقودهم لمثل هذه القواعد التي أصبحت لا تتلاءم والتطورات.

فالسرية أهم متطلبات التجارة لتحقيق رغبات المتعاملين، وما يشغل للمتعاملين هو الاطمئنان للقواعد المطبقة على عقودهم.¹

والواضح بان المجتمع الدولي في تطور مستمر في جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما يقتضي بالضرورة وجود تطور موازي على الصعيد التشريعي، وتاريخياً ففي القانون الروماني اقر القانون المدني المعاملات التي تتم بين مواطني روما، وقانوناً آخر يرعى المعاملات التي تتم بين مواطني روما والأجانب.² ففي الوقت الذي انعدم فيه حرية العقد، ظهر مبدأ سلطان الإرادة على الفقيه ديمولان، وازدهر هذا المبدأ لدى الفيلسوف كانط.³

ونتيجة لذلك، فالقوانين الوطنية كانت تتلاءم مع العقود الدولية البسيطة فأصبحت الآن لا تتلاءم مع العقود المركبة الحديثة، مما دفع إلى تواجد قواعد قانونية جديدة أكثر نسقا ومواءمة للتعامل الدولي.⁴

ووجود هذه العقود ذات الطابع الدولي غير المتجانسة، يعطي للنظام القانوني لتلك العقود بعض الاستقلالية وهذا ما يمهد بظهور قواعد مادية جديدة، والتي هي في الأصل مجرد شروط وبنود تعاقدية بصرف النظر عن إرادة الأطراف. وعليه تكون طبيعة هذه الروابط التي تتم في إطار التجارة الدولية عبر الحدود في جوهرها هو الإفلات من

¹ - محمد احمد إبراهيم محمود، دور القضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص.66.

² - احمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص.95.

³ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.702.

⁴ - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.261.

سلطان و سطوة القوانين الوطنية وتظل إرادة الأطراف مصدر خلق القواعد الذاتية الموازية لها، وهذا ما يكرس مبدأ الحرية الدولية للعقود والاتفاقات وأصبحت إرادة المتعاقدين كقاعدة إسناد في تحقيق التنسيق بين السيادة والتعايش بين القوانين الداخلية وتضحية الإرادة بمصالح العليا للتجارة الدولية.¹

وأمام هذا الوضع اعترفت الدول بعجزها في التنظيم الانفرادي للتجارة الدولية، مما جعل المتعاملون الخضوع للقواعد الموضوعية، والإفلات من سلطان القوانين الداخلية على أساس عدم تماشيها مع متطلبات السوق الدولية.²

ففي واقع الأمر أصبحت القواعد الوطنية لا تعطي حلاً كافياً لفئة العقود الدولية وهذا راجع لطبيعة العقود التجارية الدولية وتنوعها مما يقتضي تجاوزها والدعوة إلى تطبيق القواعد الموضوعية الملائمة للمعطيات الجديدة مما يسمح تجنب معوقات تطور العقود الدولية.³

المطلب الثاني: تسامح الدولة في ظل وجود القواعد الموضوعية.

وواقع التجارة الدولية حتم على الدول وضع ترسانة قانونية لمواكبة التطور الحاصل، من أجل مجابهة التغييرات، والتنسيق بين الأنظمة الرأسمالية والاشتراكية من أجل الوصول إلى قانون موحد يحكم الروابط الدولية التجارية.

إن التجارة الدولية تتطلب بدل تضامن كبير بين ممارسي التجارة الدولية المتنوعة، وخاصة لما ترتبه من آثار مالية واقتصادية والتي لا يخدمها القانون الوطني الصادر عن النظم القانونية المختلفة، بل لابد من خلق ذات نوعية تخدم المستقبل وتستهدف أصلاً إلى

¹ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليلية لمبادئ روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، بدون دار نشر، ص.16.

² - احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، مصر، ص.121.

³ - محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص.33.

تحقيق السلام بين الأطراف أكثر من العدالة الصماء للقوانين، وان هذه الأخيرة تبقى عاجزة عن تحقيق الاستقرار والأمان للعلاقات التجارية الدولية.¹

وأمام الضرورة الماسة وجد نظام جديد خاص بالعقود الدولية، ولم يعد خيار للدولة بل وجدت نفسها مضطرة للاعتراف بنظام القواعد الموضوعية المحقق للامان الذاتي للتجارة الدولية أكثر من النصوص الوطنية. والواقع أن المشرعين فشلوا في السيطرة على القواعد الجديدة، لأنها ليست من صناعتهم ووجدت الدولة نفسها تعترف بهذه القواعد حتى تتفادى العزلة الاقتصادية.²

ولتبيان هذا التسامح من طرف الأنظمة القانونية، لم يأت هكذا بل هناك عوامل أثرت فيه وجعلت الدولة تشارك في الحياة الاقتصادية وساهمت بصفة فعلية في خلق مثل القواعد وأبرمت معاهدات في هذا الخصوص، وكذا اعترافها باللجوء إلى التحكيم التجاري الذي ساهم بالأحرى في ظهور القواعد الموضوعية للقانون التجارية الدولية.³ ولقد ساهم العمل بالقواعد الدولية داخل المجتمع العابر للحدود، إلى الاستمرار العمل بها، وكونت هذه القواعد نظام قانوني خاص بالتجارة مستقل عن القوانين الداخلية المختلفة، وتعتبر مرجع للقوانين المقارنة للتنسيق بينها وبين القوانين الوطنية.⁴

المطلب الثالث: اثر العولمة في تحرير التجارة الدولية.

ساهم التقدم الصناعي المذهل إلى خلق أنشطة تجارية عالمية عبر الحدود، مما ساهم في ظهور التجارة الالكترونية التي لا تعرف أي حضور مادي للأطراف. ويقصد بالعولمة

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص.267.

2 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.704.

3 - موسى خليل ميري، توحيد القواعد القانونية للتجارة، مجلة للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 28، العدد الثاني 2012، ص.157.

4 - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص.48.

تدويل كل ما هو وطني والبحث عن قواعد تصلح للتطبيق على كافة العلاقات وتلاءم التطورات التي تلحق بها.¹

وهذه القواعد استبدلت بنظام مغاير وأفضل يطبق على العلاقات الدولية الخاصة. ومن الثابت، فإن فكرة العولمة² تؤدي إلى انحسار دور الدولة والتخلي عن امتيازاتها الإقليمية. وتم صياغة قواعد تنازع مستلهمة من عالمية القانون الدولي الخاص وتحليلها عن الطابع الوطني ومحاولة تخليصها من فكرة السيادة الإقليمية.³

ولابد من البحث عن عولمة قواعد القانون الدولي الخاص، والبحث في كافة العلاقات أياً كانت طبيعتها عن إسناد يتلاءم معها بعيداً عن الإسناد التقليدي الذي يتعد كل البعد عن رغبات الأطراف العلاقة الدولية. فإن التدويل الموضوعي الموحد يستبعد التطبيق الآلي لقانون القاضي ويفرض على القاضي الوطني البحث عن الأساليب المتبعة عالمياً واحترام التطور في الأنظمة القانونية، والدور الذي تؤديه في حل المشاكل المرتبطة بالعلاقات ذات الطابع الدولي من أجل عولمة القواعد القانونية، وتأكيد عالمية مبدأ سلطان الإرادة من أجل خلق معايير موحدة في إسناد المعاملات ذات العنصر الأجنبي.⁴

أصبح التعامل بالوسائل الحديثة للاتصال عن طريق الانترنت من أهم سمات العصر الحديث، وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية التي تخطت حدود الدول، التي لا بد

¹ - حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.272.

² - يقصد بالعولمة هي عملية إلغاء الحدود السياسية وتحرير التجارة العالمية، والاعتماد على الفضاء الإلكتروني لعقد الصفقات مما يعني في الأخير أن ظاهرة العولمة تتنافى مع أصل وجود القانون الدولي الخاص ومنهج التنازع. يراجع في ذلك، احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، بدون سنة نشر، ص.32.

³ - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة..، المرجع السابق، ص.9.

⁴ - Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Op. Cit., p.2.

من ضبط القواعد التي تحكمها في مجال الدولي وأصبحت تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بدون منازع.¹

ولقد سمحت التطورات الاقتصادية العالمية بعودة المذهب الفردي وظهور مبدأ سلطان الإرادة إلى أوج حياته، ودوره في تحرير العقود من الأنظمة الداخلية خاصة في ظل زوال النظام الاشتراكي. وتوج هذا الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة لعوامل اجتماعية واقتصادية مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، إلى ظهور الازدهار الاقتصادي والصناعي للدولة ومشاركتها في الحياة الاقتصادية.²

والواضح أن المنهج السابق أصبح غير كاف وغير ملائم لمجارات العلاقات الدولية التي هي في تطور والتي تحتاج إلى نوع من التحرر والحرية، مما عجل إلى ظهور تكاثف بين الدول والهيئات الدولية لتمثيل مصالح المتعاملين للمطالبة بحقوقهم وإفلات العقود من سطوة القوانين الوطنية وخضوعها لقواعد موحدة وأكثر فعالية تتماشى مع الواقع العملي.³

ومن البديهي أن العقود هي المحرك الرئيسي لتبادل البضائع والخدمات عبر الحدود، وقد أثرت على الأطراف والدول على وجه الخصوص، وتخطت حدود الدولة الواحدة، مما يخلق تسامح دولي في مواجهات حاجات التجارة الدولية، لأنه لا يمكن للدولة ممارسة سيادتها إلا في حدودها فقط، لهذا لا بد من تكاثف من اجل الوصول إلى

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضد دور الارادة، المرجع السابق، ص.49.

² - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.44.

³ - David. (R.), le droit du commerce international , economica , paris, 1982, p.15.

إجماع بين الدول حول القواعد الموحدة والميسرة للتجارة الدولية ووضع آليات ومؤسسات تهدف إلى تطبيق مشترك وفعال.¹

وتمخض عن ذلك ظهور استثمارات أجنبية في المعاملات الاقتصادية من خلال عمليات انتقال التكنولوجيا وعقود الإنشاءات والمساعدات الفنية، مما جعل الرفض التام من قبل المستثمرين الخاضوع للقوانين الوطنية ولقانون الدولة المضيفة للاستثمار التي لا توفر لهم الأمان القانوني. وفي الأخير فرض المستثمر على هذه الدول اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لما له من ضمانات قانونية مكفولة.²

ونظرا للتطورات الاقتصادية أدى إلى نشوء عدة عقود خاصة لا يمكن تكيفها مع روح القوانين الوطنية، كعقود الإنشاءات الفنية والوكالات التجارية وعقود التراخيص، بل أصبح من الصعب على المشرعين تقنينها واعتماد لها نصوص خاصة، وعليه لا بد من تكيف القانون الداخلي والتطورات الدولية الحاصلة في مجال العقود المركبة.

المطلب الرابع: وضع تنظيم قانوني مستقل للتجارة الدولية:

بدأ العمل بالتدابير لوضع نظام مستقل لقانون التجاري الموحد، بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وقيام هيئة الأمم المتحدة من اجل الوصول إلى تنظيم قانوني شامل للتجارة يحقق التوافق بين الدول والعمل على المصالح المشتركة.

إن السبب لإنشاء قانون مستقل يحكم عقود التجارة الدولية مرده إلى الخصائص التي تتميز بها التجارة الدولية التي ترفض التجانس مع ما تقره النظم القانونية الوطنية من قواعد لا تتلاءم معها، وهذا ما جعل الفرصة للدعوة لإحداث نمط قانوني يهدف إلى

¹ - احمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1996، ص.564.

² - أبو العلا النمر، نظرة إنتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين الشمس، جويلية 2002، ص.354.

خلق معايير جديدة لتلاءم وحاجات التجارة الدولية، هذه القواعد تشكلت بسرعة وأضحت واجبة التطبيق في الأوساط التجارية الدولية بسبب تكرارها ووحدة طبيعة المشاكل التي تعالجها، وقد تم ذلك بصفة خاصة عن طريق إعداد العقود النموذجية والشروط العامة للعقود، فضلاً عن انتشار عادات وأعراف التجارة التي أقرتها الأوساط المهنية المختلفة ثم تطبيقها من طرف هيئات التحكيم التجاري الدولي.

إن أصحاب المنهج الجديد المتمثل في القواعد الموحدة يبررون ذلك تاريخياً، إذ أن هذا القانون كان حقيقة واقعية في القرون الوسطى، فلا يمكن التناكر لها ففي الوقت الحالي يمكن وجودها لا سيما أن الأسباب التي دفعت لخلقها وإنشائها في العصور الوسطى هي نفسها تتوفر في الوقت الحالي¹. هذه القواعد مستنبطة من العقود الدولية بما تتضمنه من حلول يمكن اعتبارها قواعد جديدة تساهم في بناء نظام قانوني مستقل يحكم روابط التجارة الدولية بصفة عامة. فالتجارة الدولية في حقيقتها لا تكون سوى مجموعة من الأعمال، لكنها أعمال تفسح الطريق أمام ميلاد قانون مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية هدفه مراعاة حاجات التجارة على المستوى الدولي، ومن ثم فإن القواعد الموضوعية في جوهرها ما هي إلا مجموعة من الممارسات التعاقدية الممارسة من طرف المتعاملين والمعترف بها دولياً.²

مما يجب التنبيه إليه هو إن التجارة الدولية تعتبر قانون مستقل يحكم روابط التجارة الدولية لا تعتمد فقط على ما أنتجته الأوساط المهنية الدولية من عقود نموذجية وعادات وأعراف تجارية، أو ما تقره هيئات التحكيم التجاري الدولي من حلول هامة، إذ من الملاحظ أن هناك اتجاهها آخر يعمل على إعداد قواعد موضوعية جديدة تنظم روابط

¹ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن لبيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.5.

² - طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص.35.

التجارة الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرم بين دولتين أو أكثر، من الأمثلة على هذه الاتفاقيات نشير إلى اتفاقية بروكسيل المبرمة في 5 أوت 1924، والمعدلة ببروتوكول 23 فبراير 1968 والخاصة بعقود النقل البحري بسند الشحن، كذلك اتفاقية جنيف المبرمة في عام 1930 وعام 1931، والمتعلقة بالنظام القانوني للكمبيالة وسند الإذن والشيك، وكذا اتفاقية لاهاي المبرمة في أول يوليو 1964 والتي تتضمن قانونا موحدًا للبيع الدولي للمنقولات المادية، وكذا اتفاقية فيينا المبرمة في 11 أبريل 1980 والخاصة بالبيع التجاري الدولية¹، أو من خلال ما تصدره بعض الدول من تشريعات وطنية تنظم الروابط التجارية الدولية مثال ذلك القانون التشيكوسلوفاكي الصادر في 1963/12/4 والمتعلق بالروابط القانونية في العلاقات التجارية الدولية، وكذا نذكر قانون ألمانيا الديمقراطية أو الشرقية الصادر في 5 فبراير 1976 الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، ويدخل في هذا الصدد ما تتضمنه العديد من التشريعات الحديثة خصوصا في الدول النامية عبر قوانين الاستثمار.²

ومن المفاهيم التي جاءت بها منظمة الغات³، أسست نظام يلاءم التجارة الدولية من بينها، هو خلق مرونة في المواقف بين الدول الصناعية والنامية وحسن التفاهم. وكانت هذه الاتفاقيات الجماعية والثنائية سبب في خلق قواعد موحدة تحكم النشاط الدولي.⁴

¹ - هاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد دراسة تحليلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق من كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1993، ص.2.

² - احمد صفوت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.10.

³ - تعني الاتفاقية العامة حول التجارة والتعريفات الجمركية (G.A.T.T)، وفي سنة 1995 تحولت إلى المنظمة العالمية للتجارة (O.M.C) إثر جولة مراكش. وبالانجليزية تعني (W.T.O)

⁴ - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص.119.

ولقد كان تطور التجارة الدولية وازدياد أهميتها أحد أهم العوامل التي ساهمت في الاهتمام بالقواعد الخاصة بهذه التجارة، وارتبط هذا العامل في تنمية القواعد الموضوعية الموحدة بظهور العقود الدولية على الساحة التجارية كأحد الوسائل التي يتم بواسطتها إشباع الاحتياجات وتبادل المنافع، خاصة وأن هذه الاحتياجات تعتبر ضخمة ومعقدة لا يستطيع عادة طرف بمفرده أن يقوم بأدائها¹، الأمر الذي جعل من الضروري مراعاة خصوصية تلك العقود ووضع قواعد خاصة بها تتلاءم مع طبيعتها، وبالتالي تحريرها من سيطرة القوانين الوطنية.

¹ - محمد أحمد حسن محمود الشريبي، المرجع السابق، ص. 660

المبحث الثاني: ماهية القواعد الموضوعية.

للتطرق لماهية القواعد الموضوعية لابد من الإشارة لتعريفات ومدلولها من قبل رجال القانون، والإشارة إلى جذورها التاريخية التي ساهمت في رسم معالمها على مر العصور، لان معرفة ظهورها التاريخي يسهل علينا الأمر في تحديد ماهيتها.

المطلب الأول: النشأة التاريخية للقواعد الموضوعية.

لمعالجة مفهوم القواعد الموضوعية سندرس المراحل التاريخية لنشأة هذه القواعد، ومن ثم يمكننا الوقوف على مفهوم ومدلول المصطلح الذي يعبر عن هذه القواعد، وذلك لكون المصطلح فيه اختلافات بين الفقهاء¹، فمنهم من يطلق عليها اصطلاح القواعد المادية Règle Matérielles ومن يطلق عليها اصطلاح القواعد الموضوعية . Règles Substantielles

إن التطرق لعرض المحطات التاريخية التي ساهمت في تشكيل القواعد المادية يعد جزءا من معرفة حدود الإشكالية وتمهيدا لمعرفة المقصود منها، خصوصا وأن غالبية القواعد الموضوعية ذات نشأة عرفية تكونت في الأوساط المهنية وبين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية.

وعليه سيتم دراسة التطور التاريخي الذي لحق بهذه القواعد، خصوصا بعدما أثبتت الحقائق التاريخية وجود قانون متميز يهتم بتنظيم العلاقات القانونية في حياة التجارة الدولية، قانونا أوجد حلولاً موضوعية في مختلف حضارات الشرق الأوسط القديمة والعالم الإغريقي وفي العهد الروماني، بل حتى في العصور الوسطى وبداية العصر الحديث.²

¹ - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، م.س.، ص.308.

² - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2015-2016، ص.13.

الفرع الأول: في العصور القديمة.

لقد كشفت الدراسات التاريخية والاجتماعية عن أسبقية وجود قواعد موضوعية تعطي حلولاً مباشرة للعلاقات القانونية التي تقوم بين أطراف يخضعون لنظم قانونية مختلفة، وهذه هي فكرة التنظيم الثنائي عند الأقدمين التي كشف عنها علماء الاجتماع، حين أكدوا أنه إلى جانب وجود التنظيم القانوني الذي يسري على العلاقات التي تتم داخل الوحدة الواحدة أسرة وقبيلة أو مدينة كان لابد من تنظيم آخر يحكم العلاقات الخارجية لأفراد الوحدة القانونية المذكورة في تعاملهم مع من ينتمون إلى وحدات قانونية أخرى.¹

لقد كان قديماً أهل بابل العراقيين من المهتمين بالتجارة، وكان هذا الاهتمام واضحاً في القواعد التجارية التي دونها حمورابي في القانون الذي عرف باسمه، وكانت آنذاك تقيم في البحر الأبيض المتوسط شعوب بلغت درجة كبيرة من المدنية والتحضر كالمصريين في واد النيل والفينيقيين في سهول جبال لبنان والآشوريين والكلدانيين على ضفاف دجلة والفرات بالعراق بالإضافة إلى الإغريق في اليونان، وهي كلها شعوب نشأت فيما بينها علاقات تجارية ساهم في إثرائها التحسن النوعي والكمي في وسائل الاتصال والنقل التجاري نتيجة للفتوحات التي كانت في أوروبا والتي قادها الإسكندر الأكبر قائد الحضارة الهيلينستية صاحبة القفزة النوعية في مجال التجارة العالمية، والتي ربطت شرق أوروبا بالهند عبر مصر والشام وبلاد فارس، فضلاً عن ذلك أدى اكتشاف البلاطمة لطرق وأسواق جديدة إلى مساعدتهم في تحسين التقنيات التجارية التي شكلت امتداداً إلى يومنا هذا، والتي تعتمد على العادات والأعراف التي يحترمها التجار في مختلف

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص. 18.

الشعوب ويفضون نزاعاتهم بمقتضاها، فأطلقوا عليها اصطلاح *Lex Rhodia* أو من اللاهوت *La Houte Antiquite* هذا الأخير كان ينظم العديد من التنظيمات المتعلقة بالتجارة الدولية التي عاجلت العقود الدولية في الماضي، ولعل أول محاولة بذلت أيضا للتقنين في ذلك العصر هو تقنين القواعد المادية لقانون الشعوب الذي ظهر في روما *Jus Gentium* والذي يعد نواة لقانون التجارة الدولية *Lex Mercatoria* (القانون التجاري المشترك للأمم)، فأصبح يسري على الأجانب في علاقاتهم فيما بينهم وعلى علاقاتهم مع الرومان.¹

ومع ظهور هذا القانون في القرن الثالث قبل الميلاد إلى جانب القانون المدني² الذي يحكم الرومان وحدهم، أصبحت العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي مضبوطة بأحكام وقواعد تقترب إلى القانون التجاري الدولي منه إلى أي شيء آخر، كونها تمثل قانونا تجاريا مرنا يتعد عن الشكليات المعروفة في القانون المدني وبعيد عن الرسميات التي تحكم علاقات الرومان مع الأجانب، باعتبار قواعده جاءت من نشأة عرفية خالصة، ومن ثم فإن أعراف السوق التي كانت تجري فيه المعاملات التجارية بين الرومان والأجانب شكلت مصدرا مهما لقانون الشعوب، وأصبح مجتمع المتعاملين في الأسواق الرومانية ذات المعاملات غير المحلية يقيم لنفسه نظاما قانونيا تلقائيا يلائم تلك المعاملات، فشكلت بذلك هذه القواعد العرفية كمصدر لقانون الشعوب في مرتبة تالية بالمقارنة مع القانون البريتوري الذي أوجده بريتور الأجانب.³

¹ - احمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص.120.

² - بهاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.9.

³ - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.15.

وتلخصت رؤية الفقهاء¹ بأن قانون الشعوب الذي تكون من قواعد عرفية وتنظم العلاقات التجارية بين الرومان والأجانب بشكل مستقل عن القانون المدني الروماني، الذي فقد ميزته عندما صدر القانون المسمى بـ Antonian Constitution الذي منح المواطنة لجميع السكان حتى لغير الرومانيين، مما جعل في هذا الأمر نهاية لقواعد قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria، بخلاف البعض الآخر الذي رأى أنه من الخطأ القول أن هذا القانون وضع خصيصاً للتجارة الدولية، بسبب أن النتيجة لم تكن مقصودة وإنما اعتبرت عرضاً بسبب غلبة الطابع التجاري على العلاقات التي وضع قانون الشعوب لتنظيمها.²

وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية وحتى بداية العصور الوسطى تدهورت التجارة في أوروبا بسبب غزو البربر، فضعفت المبادلات التجارية وأصبح القانون التجاري محكوم عليه بالركود حتى القرون الوسطى التي تزامنت مع قيام الجمهوريات الإيطالية وازدهار التجارة بين شعوب البحر الأبيض المتوسط، فكان ذلك بمولد القانون التجاري الدولي وتكون قواعده المادية.

وتميزت القواعد الموضوعية في هذه المرحلة بوجود قانون دولي موحد وبطابع شخصي، فهو للتجار ولأجلهم ولا يطبق إلا على مجتمعهم.³

الفرع الثاني: في العصور الوسطى.

في القرن الخامس للميلاد تعرضت التجارة في أوروبا لركود عقب سقوط الإمبراطورية الرومانية وغزوات البربر، ولكن ما لبث أن عاد هذا النشاط إلى الازدهار في القرن الثاني عشر والثالث عشر للميلاد، بعد أن شهدت أوروبا نهضة تجارية نتيجة

¹ - محمد أحمد حسن محمود الشريبي، المرجع السابق، ص.653.

² - احمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص.106.

³ - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.34.

مجموعة التطورات الاقتصادية والسياسية، والتي كان من جملتها فتح التجارة مع أسواق الشرق وظهور المدن الأوربية في شكل كيانات سياسية مستقلة عن بعضها البعض، وبهذا الازدهار استطاع التجار أن يعيدوا وضع نظام قانوني خاص بهم يتمثل فيما يعرف بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria، وهو القانون الذي عرف تطورا ملحوظا في القرن الرابع عشر ميلادي، حيث أقام نظريات مهمة تتعلق بتعريف التاجر ونظام الالتزامات ونظام الإفلاس.

ويعد قانون التجارة الدولية بالمعنى السابق ذكره أول مجموعة لقواعد مادية في هذه الحقبة من الزمن تسري على معاملات التجارة الدولية¹، حيث تميز بنوع من القواعد ذات الطابع الدولي الموحد على الرغم من أنه كان وظل قانونا عرفيا غير مقنن، فحظي باحترام كبير من لدن التجار وبقي كمجموعة قواعد يتعارف على تطبيقها التجار الذين ينتقلون من سوق لأخرى ومن ميناء لآخر، وأصبح كذلك التجار الأوروبيون يتعاملون على أساس هذه القواعد الموضوعية التي وجدت مصدرها من عادات وأعراف التجارة الدولية، وهذا من أجل الابتعاد أكثر فأكثر عن الخليط الهائل والمتضارب من القوانين التي كانت سارية في أوروبا أثناء تلك الحقبة، الأمر الذي كان له بالغ الأثر في إنشاء قضاء خاص بالتجار يشتمل على ثلاث أقسام: قضاء الأسواق، القضاء الطائفي والقضاء القنصلي.²

ولقد كان للمسلمين فيها دور بارز إزاء التطورات الحاصلة، باعتبارهم كانوا يمثلون قوة تجارية علمية في ذلك الوقت، وكان الطابع الحضاري للقانون الإسلامي تقتفي منه شعوب العالم عصارة هذا الفكر في النظام والتنظيم، وخاصة بعد انتشار

¹ - محمد أحمد حسن محمود الشريبي، المرجع السابق، ص.655.

² - محمود محسوب درويش، نشأة وتطور القانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1995، ص.6.

الإسلام إلى الشرق الأدنى ما جعل النظم القانونية تتأثر بالكثير من أحكام الشريعة الإسلامية التي لها علاقة بالعلاقات التجارية التي تجري بين المسلمين فيما بينهم أو بينهم وبين أطراف من ديانات مختلفة، ذلك أن الإسلام يرفض التعصب نحو الديانات الأخرى، ويتعد عن تنظيم علاقاته مع بقية الأمم على أساس الحرب، ليجعل حداً فاصلاً وواضحاً بين النزعة العالمية للدعوة الإسلامية وبين الاعتراف بالواقع.

والواضح أن لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، على خلاف الديانات السماوية الأخرى والقوانين الوضعية قد جاءت بتنظيم عادل ودقيق في غاية الإحكام لقواعد المعاملات التجارية من دون أن تصطدم بملكات وحاجات البشر، وقد أظهرت المذاهب الفقهية الكنوز التي تحتوي تلك القواعد، على شاكلة تلك المتعلقة بالبيع والإجازة والقرض والرهن، وما إلى ذلك من الأحكام والمعاملات.¹

وفي هذا المنوال يشير بعض الفقهاء² بأن القانون التجاري في الحقبة الإسلامية ترك بصمته ظاهرة في التجارة الغربية حتى الآن وأفرز قواعد مادية ذات صياغة مميزة تتضمن عدالة كاملة لا تضاهيها عدالة نسبية، مثل التي تدركها القواعد الموضوعية في الأنظمة والقوانين المعاصرة، فإذا ما وجد القاضي المسلم علاقة مختلطة يقوم بتطبيق القواعد المادية حتى وإن كانت مستمدة أو مراعية للقوانين الأجنبية على هذه العلاقة إلا أنها تبقى أحكاماً مندمجة في الفقه الإسلامي وتعتبر جزءاً منه.

ومن القواعد التي أرساها الإسلام في مجال المعاهدات هي مبدأ الوفاء بالعهود تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾³، وبذلك نجد أن

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص. 28.

² - احمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص. 149.

³ - الآية رقم 34 من سورة الإسراء.

الشريعة الإسلامية قد اهتمت بهذا المبدأ وبالأخص في علاقات التجارة الدولية، بسبب أنها تقر المعاملات التجارية مع العدو واستمرارها حتى وإن نشبت الحرب، في حين أن أعراف القرون الوسطى في أوروبا كانت تمنع على الإفرنج ممارسة التجارة مع المسلمين.¹ كما جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بقواعد هامة،² في مجال عقود التجارة الدولية تتضمن قواعد ذات تطبيق عالمي والتي من بينها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، وحرية الإثبات في المعاملات، فضلاً على القواعد الخاصة بعقد النقل البري والبحري، بالإضافة إلى اعتماد نظام الوساطة والتحكيم كأساليب لتسوية ما ينشأ عن هذه العقود من منازعات، وهي كلها أمثلة أبرزت دور الشريعة الإسلامية وأسبقيتها في تنظيم روابط التجارة الدولية، إذ اعترف أحد عمداء القانون الدولي الخاص المعاصر رغم تكوينه الغربي والذي قال³ في إحدى دراساته بأنه " لا يجد في كتابات الفقهاء المسلمين ومصادر الشريعة الإسلامية مميزات قانونية بين المسلمين وغيرهم مما يثير الإعجاب".

الفرع الثالث: العصر الحديث.

الواضح انه بدأت بوادر فكرة قانون التجارة الدولية " Lex Mercatoria " في الظهور مع اندماجها في القوانين الداخلية، وبالذات في دول أوروبا مع نهاية القرن السابع عشر وحتى نهاية القرن التاسع عشر، وظهرت مرحلة التقنين والتدوين لدى هذه الدول رغبة في التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية، نتيجة لاعتبارات متعددة خاصة بكل دولة على حدة، مما أدى إلى ضعف القواعد العامة التجارية الدولية

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.29.

² - بلاق محمد، المرجع السابق، ص.17.

³ - Oppetit Bruno, Le droit international privé savant, Rec. Des cours la haye, T.23, vol 3, 1992, p.349.

ذات الصبغة العرفية من جهة، وغلبة الأحكام التجارية على نحو وطني داخل كل دولة من جهة ثانية، والمناداة بفكرة الاشتراك القانوني للدول الأوروبية.¹

وقد كانت صاحبة الريادة في هذا الشأن دولة إنجلترا² قامت بإدخالها القانون التجاري في مجموعة أو أحكام الشريعة العامة الـ Common Law ابتداء من القرن السابع عشر، حيث كان للورد Mansifel والورد Holf الدور البارز في الاعتراف عملياً بالأعراف التجارية الرئيسية كجزء من الـ Common Law وذلك دون إثباتها في كل المناسبات، فطبقت المحاكم الإنجليزية الأعراف في البداية على التجار ثم امتدت منذ القرن السادس عشر إلى كافة المعاملات التجارية بغض النظر عن القائمين بها، وفي القرن السابع عشر تم دمج قواعد التجارة الخارجية في أحكام الشريعة العامة وأصبحت جزءاً لا يتجزأ منها³.

وفي نفس السياق سارت دول أخرى في حركة الاندماج هذه⁴، بدءاً بفرنسا التي أصدرت أمرين ملكيين في أواخر القرن السابع عشر، أحدهما خاص بالتجارة البرية في سنة 1673م والآخر بالتجارة البحرية في عام 1681م، تلاهما صدور المجموعة التجارية في سنة 1807 م والتي جعلت من فرنسا أولى الدول التي أدخلت القانون التجاري في تشريعها الوطني، ثم جاء الدور على ألمانيا التي صدر عنها القانون البروسي في سنة 1794م في بروسيا، حيث تضمن الفصل الثامن من الجزء الثاني قواعد قانون التجارة، ثم تلاه فيما بعد صدور المجموعة التجارية الألمانية في سنة 1861م، فما كان من الدول

1 - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.148.

2 - هاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.17.

3 - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1991، ص.33.

4 - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.35.

الأخرى إلا أن دخلت في الحركة وسارعت في إدخال القواعد الدولية للتجارة في قوانينها المحلية متأثرة بالتشريعين السابق ذكرهما.¹

وعرفت هذه المرحلة بمرحلة التدوينات والتقنيات الوطنية، والتي تميزت بنوع من الاختلاف، فقد كان وقوع النزاع بينها في مجال التجارة الدولية أمراً محتوماً، ما أدى إلى فقدان التجارة الدولية مزايا القواعد المادية العرفية التي تكونت مع مرور الوقت، وأعادتها مرة أخرى لتخضع لسلطان القوانين الداخلية ومنهج تنازع القوانين، ما جعل أصحاب الشأن يجهلون أي قانون سيخضعون له في تعاملاتهم، وحتى وإن أمكن معرفته فسيكون حتماً قانوناً وطنياً لا يتناسب ومتطلبات التجارة الدولية، لذلك صار المتعاملون في ميدان التجارة ينفرون من الخضوع للقوانين الوطنية أو الخضوع للقضاء الوطني، الأمر الذي أعاد النفس من جديد لإحياء الحاجة للعادات والأعراف التي كانت سائدة أو ظهور أخرى جديدة تلائم المعطيات المحيطة بالعلاقات التجارية، وبذلك شكلت مرحلة التقنين مرحلة عابرة أو انتقالية للوصول إلى مرحلة التدوين والتدويل الدولي لقانون التجارة الدولية، ولإيجاد قانون مستقل للتجارة الدولية في العصر الحديث.²

وأمام ظهور الثورة الصناعية الحديثة وتطور وسائل النقل في عصر سادت فيه الحرية الاقتصادية³، بدأت قواعد التجارة الدولية بالظهور من جديد وتدرجياً، ولكن أما الخلاف الذي كان دائراً في الفقه حول عودة ظهور قانون التجارة الدولي الجديد، بقي الفقه الراجح يؤكد في كل مرة بأن البداية الحقيقية كانت في القرن العشرين، بعد أن بدأ مجتمع الأعمال عبر الدولية بالتكوين والظهور وتزايدت الاتفاقيات الدولية التجارية بين الدول، والتي ساهمت في تيسير مباشرة النشاط التجاري على نحو عالمي، ومن هنا بات

¹ - ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1980، ص. 20.

² - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 149.

³ - محمد عبد الله محمد، المرجع السابق، ص. 23.

من الممكن القول أنه حتى قبل قيام الحرب العالمية الأولى فإن قانون التجارة الدولية كانت لديه قوة ذاتية للانطلاق عالميا بصورة محدودة، خاصة وأن الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين شهدت تغيرا محسوسا على إثر وفود قانون التجارة إلى هذا العصر ضمن مواضع القانون الدولي الخاص، ما يؤكد الصبغة الدولية لمواضيعه، ومن ثم أصبح يتخذ وسائل مهمة ومتطورة لها فعاليتها، وبواسطتها اجتهد مرة ثانية محاولا الظهور مستقلا بنفسه كقانون مهني دولي، الأمر الذي تطلب ظهور ما يسمى بقانون التجارة الدولية الجديد الذي أصبح يشكل مصدرا مهما من مصادر منهج القواعد المادية في العصر الحديث.¹

ويبقى البحث حول اصطلاح ومدلول القواعد الموضوعية في الدراسة الموالية.

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية في العقود التجارية الدولية.

نتيجة للتطور الحاصل في فقه القانون الدولي الخاص أضحى المنهج المباشر ينافس منهج التنازع التقليدي في حسم العلاقات الخاصة الدولية²، ذلك أن هذا المنهج الأخير لم يعد المنهج الوحيد لمعالجة مثل هذه المشاكل، لبسبب راجع بأنه لم يعد يتماشى ومتطلبات المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي.

وفي هذا المنوال أدى إلى ظهور اتجاهات حديثة تستجيب لهذه المعطيات والمتطلبات التي تقتضيها المعاملات التجارية الدولية، تنادي جميعها بإيجاد قواعد مادية أو موضوعية كما يسميها البعض مباشرة تلائم ما تقتضيه هذه المعاملات التي تتم عبر الحدود، لذلك سنبحث عن التسمية والاصطلاح الصحيح لهذه القواعد المباشرة، ثم نبحث في الاتجاهات الفقهية وصولا إلى تعريفها.

¹ - محمد أحمد حسن محمود الشريبي، المرجع السابق، ص.661.

² - Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Op.Cit ., p.64.

الفرع الأول: المشكلة الاصطلاحية للقواعد الموضوعية.

يرى بعض الفقهاء¹ أن غلبة المنهج المباشر هو الوسيلة الفعالة لدرء أوجه النقد الرئيسية التي وجهت لمنهج التنازع، الذي عجز في رأي جانب كبير من الفقه عن إدراك متطلبات التجارة الدولية، حينما أخضع العلاقة العقدية المبرمة على الصعيد الدولي للقانون الوطني التي تشير باختصاصه قواعد التنازع في القوانين الداخلية، وهو ما سيؤدي إلى التسوية غير المنطقية بين العقود الداخلية ونظيرتها الدولية، هذا العجز يمكن تداركه من خلال الأعمال المباشر لما يطلق على تسميته بالقواعد المادية أو الموضوعية في القانون الدولي الخاص التي وجدت أساساً لتتلاءم مع طبيعة العلاقات العقدية المتعلقة بالتجارة الدولية.

وتثور الإشكالية حول المصطلح بين الفقهاء، سنخرج في هذه الدراسة للوصول إلى المصطلح الأقرب للصواب وضبط المفهوم الصحيح.

الاتجاه الأول: أنصار اصطلاح القواعد الموضوعية.

يرى جانب من الفقه² إلى ضرورة تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص Règles Substantielles، وقد سبقه في ذلك مجموعة من فقهاء الغرب أمثال الفقيه الألماني G. Kegel وبعض من فقهاء العرب، بينما ذهب جانب آخر إلى التسوية في تسميتها بقواعد موضوعية أو قواعد مباشرة على وفق ما يؤكد وضعها لهذه الميزة أو تلك، مبررين توجههم هذا بكون اصطلاح القواعد الموضوعية يبرر بعد القانون من حيث مضمون قواعده وبأنه ليس هناك قانون مادي لأن ما يقابله هو القانون

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 699.

² - احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 308.

المعنوي، هذا الأخير سيختلف بالضرورة عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والأخلاق.

ولقد تبني الفقيه الألماني Kegel تقسيم الاتجاهات الموضوعية في القانون الدولي الخاص إلى اتجاهين أساسيين¹، الاتجاه الموضوعي التكميلي والاتجاه الموضوعي الأساسي. إذ ينادي الاتجاه الأول بتكوين قانون موضوعي جديد للحالات أو القضايا التي لا يكون فيها تطبيق القانون الذي تقرره قواعد التنازع تطبيقاً مرضياً، على اعتبار أن القاعدة الموضوعية التكميلية هي قاعدة ملحقة بقاعدة التنازع ويجب صياغتها وفقاً لرأي الفقيه الألماني Steindorff Ernst في حالات قليلة، بداعي أن نظام التنازع عليه أن يحتفظ بحلوله القانونية الموضوعية الخاصة لتطبيق عند الضرورة.

وسار الفقيه Baxter² على نفس المنوال حينما أكد بأنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على وفق مبدأ سلطان الإرادة، فإن الإسناد يتم إلى النظام القانوني، والذي يتم اكتشاف القاعدة الموضوعية ضمنه ولا يتم الإسناد إلى قاعدة محددة.

أما الاتجاه الثاني فيتمثل في قانون موضوعي أساسي، والذي يضم فقهاء القانون التجاري الدولي والفقه المقارن، فيدعون إلى ضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون لكي لا تطول حالة الفوضى التي يعانها المجتمع والقانون الدولي، وإلا فسيلجأ رجال الأعمال لإيجاد حلول في مكان آخر كتضمين عقودهم لشروط نموذجية تراعي مصالحهم وتحقق آمالهم.

¹ - احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة بغداد، العراق، سنة 2004، ص.3.

² - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.180.

والثابت من ذلك فإطلاق تسمية القواعد الموضوعية على هذا النوع من القواعد قابله البعض بالرفض، على أساس أن الظاهرة الاصطلاحية جديدة. فذهب بعض فقهاء الغرب إلى إطلاق "القانون غير الوطني Droit Anational"¹، والبعض فضل تسمية "Droit Transnational"²، ووصفه البعض³ "بالقانون عبر الدولي للالتزامات Le droit transnational des obligations"، وفضل آخرون "القواعد غير الداخلية - Règles a- étatiques"⁴.

أما الفقهاء العرب، فتباينت تسمياتهم من فقيه لأخر ومنهم اقتصر على إعادة الترجمة الحرفية للمصطلح اللاتيني كـ"القواعد" "قانون التجار" و"قانون التجار الدولي" أو "القانون التجاري المشترك" "القانون الموضوعي للتجارة الدولية" أو "قانون التجارة الجديد"⁵.

الاتجاه الثاني: أنصار اصطلاح "القواعد المادية".

يرى غالبية الفقه إطلاق اصطلاح "القواعد المادية" Règles Matérielles مبررين ذلك، بأن القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية قد لا تقتصر على ما تشره الدول وتطبقه بما لها من قوة وإجبار كما في العلاقات الداخلية، وفي ذات المعنى أكد

¹ - Philippe Fouchard, Op. Cit., p. 404.

² - Goldman (B.) , une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria , " l' affaire norsolor " ; Rev. arb. 1983 ,p.408.

³ - Gaillard (E.) , trente ans de la lex mercatoria pour une application selective de la method des principes généraux du droit in J. D. I. ,1995,p.10.

⁴ - Loquin (E.) , L'application de règles anationales dans l' arbitrage commercial international, in l' apport de la jurisprudence arbitral , séminaire des 7et 8 avril , les dossiers du l'institut du droit et des pratiques des affaires international, paris , publication.C.C.I, 1986.

⁵ - يراجع في ذلك ، محمود محسوب درويش، المرجع السابق، 299. وأحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.281. وهشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.126.

الفقيه R.Pound بأن مفهوم القانون يشمل عناصر أخرى غير القواعد القانونية التي تكون محلاً للإجبار أو الإكراه المفروض من قبل الدولة.¹

فالقواعد المادية تشكل في مجموعها ما يسمى بقانون التجار، الذي يتكون ليس فقط من نصوص الاتفاقيات والقوانين، بل يضاف إليه أيضاً عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وعقود نموذجية تمثل في مجموعها قانون الوسط أو المجتمع الدولي للتجار، وبهذا نجد بأن الفقيه Goldman يستدل بإمكانية تطبيق قواعد لا تنتمي لأي نظام قانوني وطني من خلال لفظ يعبر عن القانون بمعناه الواسع (Droit) وليس ذلك الذي تقرره الدولة (Loi).²

وقد استبعد اصطلاح "القواعد المباشرة" من قبل مؤيديه كذلك أسوة بأنصار الاتجاه الأول، نظراً لإمكانية تداخل المقصود بين هذه القواعد ومنهج القواعد ذات التطبيق المباشر، هذا فضلاً عن احتمال تداخل هذه التسمية الأخيرة مع مبدأ الأثر المباشر للقانون الذي يبحث في نطاق تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو ما يحاول الفقه المؤيد لهذه التوجه تفادي الوقوع فيه.³

وتأكيداً لما سبق فإن هذه القواعد لا تكون مباشرة في جميع الأحوال، فقد سايرنا الفقه الغالب الذي يرجح تسمية هذه القواعد بالقواعد المادية، ولكي نبتعد في نفس الوقت عن الإشكال الاصطلاحي المعقد الذي يعبر في مجمله عن مجموعة من الآراء والتوجهات الفقهية أو التشريعية لكل طرف، سواء بالبحث في أصل التسمية أو الغاية من وراء إعمال هذه القواعد.⁴

¹ - أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص.7.

² - Goldman (B.), La lex mercatoria dans les contrat et l' arbitrage internationaux , réalité et perspectives , J.D.I. 1979, p.475.

³ - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.24.

⁴ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص.24.

الفرع الثاني: تعريف القواعد الموضوعية.

لقد اختلف الفقهاء في إطلاق التسميات المعطاة لهذا النوع من القواعد، فالبعض يطلق على مجموعها قانون عبر الدول أو القانون اللاوطني أو القانون التجاري بين الشعوب Lex Mercatoria أو بالقانون العرفي عبر الدول أو القانون الموضوعي التجارة الدولية أو القواعد المادية عبر الدولية Les Règles Matérielles Transnationale الخ.¹

وعلى الرغم من الاختلاف في الاصطلاح فقد كان الأمر جليا أكثر بالخصوص الوصول إلى تعريف جامع ومانع للقواعد المعنية، فهناك من عرفها بأنها: "مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية"²، مما يظهر بعدها كقواعد مكونة للقانون التجاري الدولي.

ورأى آخر³ تعريفا لهذه القواعد باصطلاح القواعد عبر الدولية والتي تتولى تنظيم علاقات اقتصادية دولية خاصة، بحيث تكون قانونيتها مقررة بدون الرجوع لأي نظام قانوني داخلي أو للنظام القانوني الدولي العام. في حين تلخصت رؤى آخرون بإعطاء تعريف لها على أنها⁴ "مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة، والتي تفترق بذلك عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص".

¹ - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية، المرجع السابق، ص.180

² - Goldman (B.), *Frontière du droit et lex mercatoria*, archives de philosophie du droit, 1964, p.177.

³ - محمود محسوب درويش، المرجع السابق، ص.315.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.286.

وقد عرفها البعض¹ بأنها هو نظام قانوني جديد، يتكون في أحضان مجتمع دولي من رجال الأعمال والتجار منسجمين ومتضامنين بقدر كاف لإبداع هذه القواعد وضمان تطبيقها.

وعليه تبقى هذه القواعد تشكل على هذا النحو قواعد موضوعية تأخذ مبادئها من مصادر متعددة وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة.² كما حاول البعض الآخر³ لتعريف القواعد الموضوعية بوجه عام بأنها "مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية أو الدولية"، غير أن هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا ما أضيف إليه ما يضيق من مفهومه الواسع، كأن يتعلق الأمر فقط بالقواعد الموضوعية التي تحكم عقود التجارة الدولية، مما يؤدي إلى تخصيص مدلولها السابق، فتعني حينئذ مجموعة القواعد القانونية التي تضع حلولاً موضوعية للمشاكل التي تواجه عقود التجارة الدولية. وتلخصت رؤية البعض⁴ بتعريف القواعد الموضوعية بأنها مجموعة من الإجراءات التي تؤدي لحلول ملائمة ومتوقعة للتجارة الدولية بشكل فعال من الناحية القانونية، ومن دون الارتباط بالنظم القانونية الوطنية.

وبهذا الأساس يتضح بأن المنهج المباشر يقوم على فكرة خلق بعض القواعد الأساسية التي تشتمل على حلول موضوعية مباشرة لمنازعات الروابط الخاصة الدولية،

¹ - Loquin (E.), l'amiable composition en droit comparé et international, paris, 1980, p.309.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة النزاع والاختيار، المرجع السابق، ص.267.

³ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.39.

⁴ - Stranger (I.), la nation de la lex mercatoria en droit du commerce international, recueil des cours, la haye 1991, p.275.

فتطبق مباشرة بمعرفة القاضي ودون البحث عن قواعد التنازع في قانونه الوطني والبحث عن القانون الواجب التطبيق الذي تؤدي إليه.

وتتميز هذه القواعد بإعطائها حلا للنزاع موضوعيا ودون حاجة لتعيين قانون معين، لأنها وضعت خصيصا لتستجيب لمعطيات العلاقات الخاصة الدولية، ومن بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، إذ أنها غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية وتعطي حولا تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الدولية، ففي الحالة التي يثار فيها التساؤل مثلا حول صحة شرط الذهب في العقود الدولية، فإن هذا التساؤل يتم حله بالرجوع إلى القاعدة المادية المعروفة التي تقضي بصحة هذا الشرط في نطاق العقود الدولية، بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القوانين الوطنية، ذلك أن مقتضيات التجارة الدولية توجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية الحقيقية التي ستعود عليهم نتيجة إبرام عقدهم التجاري الدولي، ليصبح من حق هؤلاء تضمين عقودهم شرط الذهب الذي من شأنه تحقيق الغاية المقصودة، فتغليب القواعد المادية وفقا لهذا الرأي يرجع إلى طبيعة هذه القواعد التي وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية وتحقيق الغاية المرجوة منها¹.

ويفهم مما سبق ذكره إن للقواعد الموضوعية حلا مباشرا، دون الدخول لمنهج التنازع الذي يقتصر دوره على إسناد العلاقة للقانون المختص، والذي لا يف بغرض التجار ومن بينها زرع الأمان القانوني الذي يزعزع توقعات المتعاقدين، وتتميز هذه القواعد بما يلي²:

¹ - Jacquet(M.), et Delebeque (PH.), droit du commerce international, é. Dalloz, 1997, p.68.

² - هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط.1، 2003، ص 199.

أولهما: أن هذا النوع من القواعد والحلول يتلاءم مع الروابط العقدية الدولية كونها معنية أساساً بعلاقات خاصة دولية، فتخرج بذلك القواعد المنظمة للعلاقات الدولية العامة من نطاقها في إطار القانون الدولي العام.

وثانيهما: أن هذه القواعد تتميز بدورها عن القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر، التي تتضمن أحكاماً داخلية محضة يمكن أن تمتد إلى نطاق العلاقات الدولية.

لهذا يمكن تعريف القواعد الموضوعية بأنها، قواعد قانونية ملزمة نابعة من ممارسات التجار من عادات ومبادئ ذات مضمون دولي تعطي حلولاً مباشرة للمشاكل التي تطرح في إطار العلاقات الخاصة الدولية، تميزها لها عن القواعد التي تحكم العلاقات الوطنية من خلال منهج التنازع.

ويستخلص أساساً أن هذه القواعد وجدت من أجل زيادة حجم المبادلات التجارية الدولية، لأن وجودها من شأنه أن يحقق السرعة والثقة والائتمان التي تسعى إليه الأطراف المتعاقدة، فالتجارة الدولية لها مقتضياتها وبنائها المستقل عن القوانين الوطنية الوضعية، تهتم بفئة التجار لا تتبع أي نظام قانوني معين واهتمامها الخالص بالروابط العقدية الخاصة، والتي تطبق على مجتمع رجال الأعمال في إطار العمليات العابرة عبر الحدود.

وفي هذا السياق نتعرض في الفرع الموالي لخصائص القواعد الموضوعية.

الفرع الثالث: خصائص القواعد الموضوعية.

تتميز القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص بمجموعة من الخصائص والتي سنوردها في النقاط الآتية:

أولاً: قواعد قانونية مباشرة.

توصف هذه القواعد بأنها قواعد مباشرة كونها تقدم حلولاً مباشرة للتزاع المعروف من دون الاستناد لقانون معين، مستبعدة بذلك الوساطة التي يمكن أن تنشأ بين القاضي والقانون الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين، حيث أن هذا الأخير يصبح في متناوله مباشرة وبالتالي يسهل تطبيقها والعلم بها سلفاً، مما يصون توقعات الأفراد قبل ما

يقبلون عليه في تعاقداتهم، على اعتبار أن الاحترام المتطلب لتوقعاتهم يعتبر من أهم أهداف السامية لمفاهيم القانون الدولي الخاص المعاصر.¹

وهذا المنحى يستجيب ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية، ويحل محل البحث عن القانون الواجب التطبيق ومنهج التنازع غير المباشر بقواعده الإرشادية، مما يجعل لهذه القواعد مكانة هامة كوسيلة تنظيم مباشرة يؤدي إعمالها إلى مرونة في التطبيق ونتيجة مأمولة في الهدف.

وتتميز القواعد الموضوعية بمنهجها المباشر الذي يتجنب التعقيدات الناجمة عن تطبيق قواعد وطنية على علاقات ذات طابع دولي، وهذا بمقتضى قواعد التنازع التي تعتبر وسيلة غير مباشرة، غير محددة المضمون ومجهولة النتائج بالإضافة لكونها وطنية المصدر، مما دفع في الأخير إلى هجرها وإهمالها لصالح التنظيم المادي المباشر على الصعيد الدولي من قبل المتعاملين.²

وسبب تميزها بالموضوعية فهذا راجع لكونها تتضمن قواعد تنظم موضوع العلاقات القانونية التي تتصدى لحكمها وتحدد الحقوق والالتزامات فيها، مما يجعلها معروفة التطبيق من قبل القاضي أو المحكم على حد سواء، كما يترتب على هذه الصفة الموضوعية نتيجة هامة غير متوفرة في قاعدة التنازع، تكمن بإعطاء الحل الموضوعي الذي ينهي النزاع مباشرة دون الولوج في منهج التنازع الذي لا نعرف من خلاله القانون المختص أصلاً بالنزاع، وهو ما يتناسب ومعطيات أبعاد التجارة الدولية التي تتسم

¹ - بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010-2011، ص.89.

² - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص.58.

بالسرعة ونوعا من الأمان القانوني، لا يجدهما سوى في منهج القواعد الموضوعية والآليات التي تسمح بتنظيمه وإعماله بغية الوصول إلى أنسب الحلول.¹

ثانيا: قواعد ذات مضمون دولي.

تتميز هذه القواعد بالعالمية والدولية كونها موجودة أصلا في النظم القانونية الداخلية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات تطبيق عالمي، ووضعت خصيصا لتحكم العلاقات التجارية الدولية وتتلاءم معها، ولأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية مادام الطابع التعاقدية لهذه العلاقات دوليا، بل أبعد من ذلك حتى ولو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون الدولي العام.²

إن القواعد الموضوعية تأتي بحلول عالمية، بحيث تهدف في الغالب إلى إنشاء قواعد موحدة مصدرها الاتفاقيات دولية، كاتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980م)، فضلا عن القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وكذلك مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادرة عام 1994م بشأن عقود التجارة الدولية، والتي تعد تقنيننا موحدا دوليا للقانون التجاري الدولي وتعبيرا عن القواعد الموضوعية الدولية المعدة خصيصا لحكم العلاقات التجارية الدولية.³

وتعد صفة الدولية من مميزات القواعد الموضوعية نظرا لطابعها الموحد الناشئ عن الاتفاقيات الدولية، ولأن الروح الدولية في مضمونها ليس من منطلق مصلحة العلاقات الدولية التي تعنى بتنظيمها فحسب، بل تنصرف إلى مصلحة الدول في حد ذاتها، كون أن

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق .. المرجع السابق، ص.700.

² - بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.93.

³ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.124.

هذه الأخيرة بدون مراعاتها للعلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي سيؤدي إلى عزوف الأجانب كأشخاص طبيعية أو معنوية عن التعامل معها ومع أفرادها، مما سيؤدي إلى عزلها اقتصادياً عما يجري في عالم الأعمال المتطور باستمرار، فالواقع يؤكد تلازم مصالح التجارة الدولية وضرورتها مع مصالح الدول ذاتها تماشياً وروح التجارة الدولية، وتحقيق الأمن القانوني وتوقعات الأفراد على الصعيد الدولي.¹

ثالثاً: قواعد تلقائية.

إن أصل التلقائية Spontané، نشأت من خلال العادات والأعراف التي تكونت بين أفراد المجتمع، ووجدت هذه القواعد من تلقاء نفسها نابعة من مجتمع له خصوصيته من دون تدخل السلطات الرسمية لسنها.²

ويقال على هذه القواعد بأنها تلقائية لأنها وجدت وخلقت من عدة ممارسات وليس من ممارسة واحدة، لكنها وجدت بصفة غير مستقرة ومطبقة بصفة تلقائية من طرف محترفي التجارة الدولية، وبعض القوانين الوطنية تعترف بالأعراف خاصة التجارية منها والتي تفرض نفسها وتطبق من القاضي.³

ولقد عرف الفقه⁴ القانون المادي التلقائي بأنه يتكون من مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية وذات الأصل المهني، والتي يلزم لتطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العمومية. ولعل اصطلاح القانون التلقائي يمكن أن يعني في الواقع أمرين وهما:

1 - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.73.

2 - احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.58.

3 - Jean Michel jacquet, le contrat international, Dalloz, 1992, p.58.

4 - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.302.

الأول: انه لا يتأتى عن طريق رسمي كما هو معهود في القوانين الوضعية، لأنه جهاز يتمتع بسلطة سن أو وضع القواعد السلوكية التي يتكون منها، وهو تلقائي لأنه لا يمر بالمراحل الشكلية لخلق القواعد القانونية العادية.

أما الأمر الثاني: تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى سلطة عامة، ويكفل تلك التلقائية رضا الأطراف به مقدما، واستجابة وملائمته للمشكلات التي تثور في الأوساط التجارية الدولية، وعلى ذلك يمكن التقرير بأنه تلقائي أو ذو نمو تلقائي.¹

رابعا: قواعد نوعية.

توصف القواعد العابرة عبر الأوطان بأنها قواعد تخاطب فئة معينة من التجار ورجال الأعمال، ولكل مجتمع له معطياته الخاصة به. ووصف بأنه قانون طائفي أو نوعي لأنه لا يخاطب إلا طائفة معينة من الأفراد وهم رجال التجارة والمعاملات الدولية، كما انه لا يحل إلا نوعا من المشكلات إلا وهي المشكلات التي تنشأ في هذا الوسط.² ويؤكد أنصار هذا القانون على نوعيته أو طائفته ولو بطريقة غير مباشرة، وهو قانون معمول ليحكم جماعة من المهنيين، أما غير المهنيين لا يمسه القانون المادي للتجارة *la lex mercatoria* إلا عرضا أو بطريقة انعكاسية وهم لا يكونون كذلك، لأنهم لا يساهمون في التضامن الذي وجد بين فئة التجار.³

والملاحظ أن هذا القانون لا يعد نوعيا فقط بالنظر إلى أشخاصه بل هو كذلك أيضا بالنظر إلى موضوعه ومضمونه، فهناك منة قواعده ما هو خاص بالعقود الدولية وتجارة الحبوب والصوف، وقواعد أخرى خاصة بالعقود الالكترونية، والسياحية ويجسد

¹ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.117.

² - عيادي فريدة، المرجع السابق، ص.55.

³ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.116.

ذلك العقود النمطية. والشروط العامة النموذجية، ويدعم هذه القوانين في ثباتها التقنيات التي تظهر في ميدان المعاملات الدولية.¹

ويعد الطابع الطائفي لذلك القانون أكثر ظهورا، ولاحظنا انه يلقي مقاومة وعدم قبول من جانب الدول الاشتراكية، حيث تسيطر الدول على التجارة الخارجية ولا تدع مجالا لتطبيق لقواعد لا ترتضي بها أصلا والتي وضعت من هيئات أو أشخاص تختلف عنها في البنيان الاقتصادي والسياسي.²

بعد التعرض في الفصل الأول لمفهوم القواعد الموضوعية وخصائصها، وتخلص العقود الدولية من ربة القوانين الداخلية، سنعالج في الفصل الموالي عوامل ومصادر القواعد الموضوعية وكذا دور الهيئات الفاعلة وتنظيم عقود التجارة الدولية.

1 - احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.55.

2 - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.302.

الفصل الثاني:

عوامل ومصادر القواعد الموضوعية والطبيعة القانونية لها، ودور الهيئات الدولية في صنعها.

أضحت العلاقات التجارية الدولية والتطورات الحاصلة في مجالها، الحاجة إلى ابتكار وخلق قواعد قانونية تعنى بإيجاد حلول موضوعية مباشرة تلائم المعطيات الجديدة لهذا التطور، ولقد مكنتها عوامل معينة على ظهورها. وقد تباينت رؤى الفقه حول قانونيتها، كما لا ننسى الدور الذي لعبته بعض الهيئات الفاعلة في إنشاء ووضع القواعد المباشرة. وهو ما سنعالجه في المبحث الثاني، وسيكون المبحث الأول تحت عنوان عوامل ومصادر القواعد الموضوعية والطبيعة القانونية لها.

المبحث الأول: عوامل ومصادر القواعد الموضوعية والطبيعة القانونية لها.

إن المنهج المباشر الذي يقوم على حل النزاع دون الدخول في منهج النزاع، ونظرا لما يحققه هذا الاتجاه من أمان القانوني لرجال الأعمال في العقود الاقتصادية الدولية تماشيا مع متطلبات التجارة الدولية، فهناك عدة عوامل عملت على انتشار منهج القواعد الموضوعية، ولقانون التجار عدة مصادر التي نشأت منها هذه الأخيرة. وهو ما سنعالجه في ثلاث مطالب، في مطلب أول العوامل والمصادر في مطلب ثان، والقيمة القانونية للقواعد الموضوعية في مطلب ثالث.

المطلب الأول: العوامل المساعدة على ظهور القواعد الموضوعية.

كما هو معلوم ان للقانون مفهوم الضيق والواسع بحيث لا يمكن نشأته من العدم، فهو علم يستمد سبب وجوده ومضمونه ليس من ذاته بل من الظروف الواقعية للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحاطة به. وهو ما سنتطرق له في الفروع الآتية على النحو التالي.

الفرع الأول: التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية.

على إثر التحولات في مجال الاقتصادي أدت إلى ظهور فكرة الاقتصاد المختلط والاقتصاد الموجه¹، مما ترتب على ذلك تزايد تدخل الدولة في شؤون العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، أين أضحت الدولة تسيطر على ميادين الاقتصاد والتجارة الدولية والصحة والتأمين والطيران والاستثمار... الخ، فتغير بذلك المفهوم التقليدي للدولة الحارسة إلى مفهوم الدولة المتدخلة، التي تظهر بمظهر الشخص العادي بائعة ومشتري، مقرضة أو مقترضة، ومقاولة، صناعية، وعليه أصبح لزاما عليها أن تسعى لتنظيم المسائل

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.112.

المتعلقة بهذه التجارة على نحو غير تقليدي، تكون على إثره محتوم عليها بقبول واحترام القواعد التي يفرضها واقع ومتطلبات التجارة عبر الدولية.¹

فإذا كان التنظيم التلقائي للمجتمع الدولي للبايعين والمشتريين قد تم خارج سلطان الدولة إلا أنه نشأ وتطور بتسامح ورضا الدول ذاتها، التي أدركت أهميته لمصالح مواطنيها من التجار ورجال الأعمال، فكانت وسيلتها في ذلك هي القانون، أين استقرت في ظل المذهب الاشتراكي إلى إصدار قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي كقوانين مراقبة الأسعار، والرقابة على النقد والائتمان وعمليات البنوك والصرف والقوانين الخاصة بحماية المستهلك... الخ، فكان لابد على المشرعين داخلها أن يؤكدوا على الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تسن في هذا الخصوص، وتحصينها بأفكار جديدة باسم النظام العام الاقتصادي أو النظام العام الاجتماعي، زيادة على توفير ضمانات كافية للأطراف المتعاقدة المستثمرة منها على وجه الخصوص حماية لحقوقهم من الضياع في ظل تخوفهم من المخاطر التي يجهلونها والتي قد تؤدي إلى الإلتهاء المفاجئ لعقودهم.²

ومن الثابت حالياً أن الدولة أصبحت في وقتنا الحالي تضطلع بمهام شتى وتتدخل في تسيير العمليات الاقتصادية وتوجيه الحياة الاجتماعية، لتكون بذلك الروابط القانونية رهينة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية التي يفرزها التدخل المتزايد للدول في العلاقات التعاقدية، وفي هذا السياق يقول Josseland بشرحه للعقد الموجه "أن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقاً منعقداً في ظل الحرية التعاقدية ومنجزاً بفعل الإرادة المتساوية الحرة، فأصبح موجهاً سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى.³

1 - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص.113.

2 - مختار احمد بروي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.10.

3 - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.51.

وعلى الرغم من ذلك فإن الدولة تعتبر مجرد طرف تعاقدى في العقود المبرمة بينها وبين المتعاملين الأجانب إلا أنها تبقى محتفظة بصفة الطرف غير العادي، وهذا من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حال نشوءه.¹

وأصبح أصحاب المشروعات المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها في إطار عقود الدولة يشترطون على ضرورة تضمين شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما، لتفادي اعتبارات السيادة والحصانة القضائية التي تميز تعاملات الدول من اجل بعث الأمان في نفوس المتعاقدين.²

وصاحبت هذه التطورات مجموعة من التدابير على أنقاض الحرب العالمية الثانية وقيام هيئة الأمم المتحدة،³ التي سعت لتنظيم مسائل التجارة الدولية في مرحلة ما بعد الحرب وإيجاد تنظيم خاص بها، بما يحقق التوافق بين مصالح الدول ويحترم في نفس الوقت المبادئ التي تقوم عليها هذه التجارة، توجت في الأخير بوضع ميثاق دولية وإبرام اتفاقيات دولية كان من أبرزها اتفاقية الجات لعام 1948م واتفاقية لاهاي لسنة 1964م بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية وكذا اتفاقية فيينا لعام 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع، التي كرس من خلالها المبدأ المعروف بشرط الدولة الأكثر رعاية، ولكن ليس على نحو ثنائي بل على نحو متعدد الأطراف أو شمولي يتعد عن كل أشكال التمييز.⁴

1 - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.299.

2 - منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.6.

3 - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص.19.

4 - نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 16، العدد 1، 2009، ص.345.

الفرع الثاني: العوامل الاجتماعية والقانونية.

سيتم معالجة ذلك في نقطتين الآتيتين.

أولاً: العوامل الاجتماعية.

من المعروف أن القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية فرضتها الحاجة الملحة لوسط معين، وهي من صنع المجتمع الأمر الذي يعكس بوضوح دور الفكر الاجتماعي في تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في المعاملات الداخلية أو الدولية.¹ ولقد أكد على ذلك الفقهاء الألمان من خلال مناقشة للنظريات الأمريكية في تصوراتها من حيث الهجوم على قواعد الإسناد إلى أن هذه الأخيرة لا تحقق العدالة الموضوعية وأن مستقبل علم تنازع القوانين سيعتمد إلى حد كبير على الاعتداد بالأبعاد الاجتماعية للعلاقات أكثر مما هو متبع وفقاً للقواعد التقليدية، ويرى بأن الأسلوب الأمثل لحل مشاكل تنازع القوانين يكون بإتباع أفضل قاعدة بما يحقق أفضل حماية للشخص، وفي نفس الإطار يرى بضرورة الأخذ في الاعتبار المعطيات الاجتماعية في قانون التجارة الدولية وأسباب تنازع القوانين، على أمل إحلال القانون المادي بوسط المجتمع الدولي للبائعين والمشتريين محل البحث عن القانون الواجب التطبيق بواسطة منهج التنازع.²

وتأكيداً على ما سبق تلعب الظواهر الاجتماعية، بدون شك بالفائدة المرجوة من وراء إقرار القواعد الموضوعية في مجتمع التجار الدولي، وما يعزز هذه الحقيقة هو أن

¹ - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.55.

² - احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص.5.

الدراسات الحديثة ذات الصبغة الواقعية والاجتماعية في مجال التجارة الدولية، كشفت بأن تطور العلاقات والمعاملات في هذا المجال قد أدى إلى تكوين مجتمع مجاور لمجتمع الدولة، أعضاؤه ينتمون لطائفة التجار ورجال الأعمال، وسلطته الذاتية تتركز على وضع قواعد تنظيمية تكون موضوعية في أغلبها تستهدف سلوك أفرادها وضبط ما ينشأ بينهم من علاقات وهذه القواعد تشكل نظاماً قانونياً.¹

فلقد نادى مجتمع التجار وأيده في فكرته عدة منظمات ومؤسسات التحكيم بعدم ملائمة القوانين الداخلية مع العمليات المتنوعة التي تميزه، وحاجته لقواعد ذاتية تخص فئته وتتفق مع حاجاته ومتطلباته، دون إعطاء أدنى اعتبار لطبيعة النظام القانوني أو الاقتصادي الذي تنتجه هذه الدول أكان اشتراكياً أم رأسمالياً، مادامت هذه القواعد تقترب من تحقيق الأمان القانوني الذي ينشده أطراف العلاقات التجارية الدولية وتعزز توجهاتهم المستقبلية.²

إلا أن تحقيق اليقين والأمان القانوني لدى الأطراف، يكون مصدره من القواعد التي صنعت من الأوساط المهنية النابعة تلقائياً من عمليات التجارة الدولية.³

ثانياً: العوامل القانونية.

لقد نادى فقه القانون التجاري الدولي بحق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام الواجب للنصوص الآمرة في القوانين الوطنية من ناحية أخرى، وإن إرادة الأطراف لها حرية الحق في اختيار القانون المناسب لعقودهم.

¹ - احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، المرجع السابق، ص.264.

² - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.3.

³ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.123.

من الثابت بأن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو قاعدة من قواعد المعترف بها في فقه القانون الدولي الخاص، المؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، والتي تخول للمتعاقدين القدرة على وضع الشروط التعاقدية التي يلتزمون بأحكامها أسوة بما هو معمول به في القانون الداخلي، حيث يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة، حتى أوضحت هذه القاعدة مكرسة الآن في جل التشريعات الوطنية والدولية أن للإرادة المشتركة لأطراف العقد في ميدان التجارة الدولية الحق في اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم عقودهم.¹

ولقد كرست هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في احد قراراتها بأن للخصوم وفقاً لإرادتهم المشتركة لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، هذا التحديد يكون متميزاً عن العقد الأصلي تماماً حتى ولو أدرج فيه، وحثهم في ذلك أنه "قد سبق الفصل بوجود قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهو ما يمكن المحكم من النظر في نزاع ما بناء على شروط واردة في عقد باطل، فهذه القاعدة لها أهمية كبيرة في إفساح المجال أمام المحكم لإضفاء القيمة القاعدية على القواعد المادية العابرة للدول."²

وتأكيداً على ذلك ليست هناك صعوبة بالغة في خلق القواعد الموضوعية، إذ أن الرجوع إلى قواعد الأنظمة القانونية المختلفة يكشف عن تشابه لا بأس به كبداية لانتشار قواعد مادية مقبولة على المستوى الدولي، فأغلب الأنظمة تمنح لوضع القواعد المتعلقة بتنظيم روابطهم التعاقدية، على أساس أن القانون هو الذي منح للإرادة القدرة

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين...، المرجع السابق، ص.96.

² - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.12.

على تنظيم هذه الروابط التعاقدية، فالإرادة حرة في حدود القانون الذي تستمد منه سلطاتها، لأن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط، وإنما تلجا لتكاملتها من نظام قانوني، وهو من نادى به القانون الدولي الخاص المعاصر. فيكون اختيار القانون هو اختيار مادي، كونه يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدون الاتفاق على مخالفتها حتى ولو كانت قواعده آمرة.¹

ومن الواضح، إذا كان القبول بذلك في إطار عقود التجارة الدولية التي تطرح على قضاء التحكيم الدولي²، فإنه لا يمكن القبول بذلك أمام القضاء الداخلي، لأن هذا الأخير يرد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين التي تؤدي إلى خضوع الرابطة العقدية للأحكام الآمرة في القانون المختار، عكس قضاء التحكيم الذي يميل إلى إدماج القانون المختار في العقد من منطلق أن المحكم يستمد في الأصل سلطته من إرادة المتعاقدين، وهو ما سيخرج القاعدة التي ترخص للأطراف باختيار قانون العقد من دائرة قواعد التنازع لتصبح مجرد قاعدة مادية ضمن قواعد القانون الدولي الخاص.³

الفرع الثالث: العوامل الاقتصادية والسياسية.

إن القانون ينشأ في الدول بعوامل اقتصادية وسياسية، وهذه العوامل تؤثر في وضع قوانين الدولة، ويكون الاختلاف بين الدول في سن هذه القواعد حسب المنهج السياسي والاقتصادي المتبنى من قبلها.

أولاً: العوامل الاقتصادية.

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.383.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.20.

³ - محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.98.

إن التطور التكنولوجي والالكتروني الملحوظ، وتشابك العمليات التجارية وحركة المد والجزر لوسائل الإنتاج والبضائع بين الحدود، قد أثر تأثيرا بالغيا في حياة المعاملات والصفقات التجارية الداخلية والدولية على حد سواء، حتى أصبح العالم يغزوه نظام المعلومات، على غرار الثورة الصناعية التي مرت بها البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي¹.

ولقد عملت المؤسسات الاقتصادية على تدويل الاقتصاد وحرية التجارة في السلع والخدمات، والحد من سلطة الدولة في إدارة النشاط الاقتصادي، كل ذلك لمصلحة الشركات متعددة الجنسيات التي تعمل في الغالب على استبعاد القوانين الداخلية للدول النامية على نحو يخرج المنازعات المتعلقة بهذه العقود من دائرة القضاء الداخلي، ومن ثم إخضاعها لقواعد موضوعية لتدويل نظام العقود.²

وتأكيدا على ما سبق يوجد ارتباط بين القانون ومصالح الدول الاقتصادية، مما يجعل الدول تعالج نصوصها الداخلية وفقا للمعطيات الحديثة في السوق الدولية، وحماية توقعات المشروعة للأطراف المتعاقدة بما يعكس مصالح مجتمع التجار في إطار الدولي.³ وقد يترتب على ذلك نتيجتان هامتان:

1- تلاشي الحدود الوطنية وتقارب المجتمع الدولي:

ويعتبر ذلك ما تمخض عن مرحلة التطور التكنولوجي الذي بلغه العالم في الوقت الحاضر وما صاحبه من تطور في العلاقات التعاقدية، وتجاوز الحدود ما بين الدول في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

2- إيجاد تغيير في صلب النظم القانونية والقضائية:

1 - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.125.

2 - احمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص.67.

3 - هاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.168-169.

لقد ترتب عن ذلك، إيجاد وتفعيل منظومة قانونية وقضائية تلاءم الروابط الاقتصادية الدولية في صورتها التجارية، لان من حق الأطراف المتعاقدة إيجاد قانون يحقق لهم الأمن القانوني والملائمة القانونية لعقودهم الدولية، مما جعل الدول تعمل على فكرة التوحيد القانوني عن طريق إبرام المعاهدات الدولية، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية فيينا لعام 1980م الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع، والتي أخذت بعين الاعتبار عند اعتمادها لهذه القواعد الموحدة مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، بما يؤدي إلى إزالة الحواجز القانونية في عمليات التجارة الدولية.¹

وما يلاحظ هو تزايد أهمية القواعد الموضوعية الخاصة بمعاملات التجارة الدولية في الدول الأوروبية على وجه الخصوص، نظرا للتطور الذي تعرفه التجارة في هذه الدول وفتحتها في نفس الوقت على علاقات عديدة ومتشعبة، الأمر الذي دفعها للاهتمام بإبرام المعاهدات المنظمة للحياة الخاصة الدولية وعدم تمسكها بالمفاهيم التقليدية للقانون الدولي الخاص الذي قد تتسبب طبيعته العابرة للدول في إرباك القانون الإتفاقي.²

ولذلك تعمل العولمة الاقتصادية على تحويل العالم إلى حقل قانوني واحد يعمل على إزالة الحواجز القانونية من خلال توحيد القواعد المادية، كما يقول Lando "إذا ما أصبح العالم سوقا واحدة، فإن هذا السوق يلزمه قانون واحد".³

ثانيا: العوامل السياسية.

لقد أدت الأحداث السياسية التي شهدتها العالم في تغيير النظام الاقتصادي الدولي، مما جعل مؤسسات الدول تقوم بعمليات التوحيد القانوني، وبالأخص تشجيع عمليات توحيد القانون التجاري الدولي.

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.126.

² - عادل محمد خير، عقود البيع الدولي، المرجع السابق، ص. 105.

³ - اشار اليه، بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.63.

وبعد زوال الحرب الباردة¹ ظهر بما يسمى الصراع بين دول الشمال والجنوب بغية انتهاج أسلوب يعتمد على التعاون السياسي بين الدول، من أجل تشجيع عمليات التوحيد والدفع بالدول للمساهمة في عمليات التوحيد القانوني عن طريق انضمامها للاتفاقيات الدولية ذات صلة، ومن ذلك التعاون السياسي بين الدول الإسكندنافية منذ 1862م بحيث تم عقد مؤتمرات دورية للقانونيين في هذه الدول تمهيدا لدراسة عمليات التوحيد القانوني، فكانت حجتهم في ذلك أن القواعد المادية لا تكتسب أهمية كبرى على المستوى الدولي ما لم تتوج بتوحيد القانون.²

فمن خلال التعاون السياسي الذي يحقق التعايش الاقتصادي بين الدول، لم يكن يجهل الجهود الدولية المبذولة من أجل التوحيد القانوني للمسائل المرتبطة بالتجارة الدولية، وقد اهتمت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بمسألة توحيد القواعد المادية الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية، هذا فضلا عن المنظمات الدولية غير الحكومية كغرفة التجارة الدولية.³

وقد ظهرت للوجود مؤسسات سياسية أخرى كان همها الأكبر هو إرساء قواعد للتعاون السياسي من أجل بلوغ أهداف التجارة الدولية، نذكر منها مجلس أوروبا عام 1949م الذي عمل على تنمية العلاقات في شتى المجالات بين الدول الأوروبية ومن بين أغراضه الهادفة العمل على مسالة التوحيد القانوني لقواعد التجار وأسس على إثرها اللجنة الأوروبية للتعاون القانوني الخاصة بالتحكيم وعقود التجارة الدولية ومنظمة الدول الأمريكية اللاتينية التي تكونت 1948م بذلت جهودا كبيرة بدورها في إطار حيزها المكاني لتحقيق التوحيد القانوني في مسائل المعاملات التجارية الدولية، تكلفت هي

¹ - احمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص.64.

² - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.131.

³ - بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.64.

الأخرى بإعداد قواعد مادية خاصة بالبيع الدولي للأموال المادية المنقولة، لكنها عدلت فيما بعد بناء على قرار لجنة هيئة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بهدف إعداد اتفاقية لاحقة في هذا الموضوع عام 1975م.¹

المطلب الثاني: مصادر القواعد الموضوعية.

أصبحت قواعد قانون التجار الدولي أي بما يسمى باللاكس ماركاتوريا² la lex mercatoria تشكل مصدر مهم للقواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الدولية، ونالت اعترافا لا مثيل له من قبل الفقهاء والقضاء والتشريعات نظرا لما تكوّنه من نظام قانوني مستقل.

لقد تباينت وجهات نظر الفقه حول المصادر التي تتبع منها قواعد اللاكسماركاتوريا فيرى أحد الفقهاء أن هذه القواعد تتبع من مصدرين وهما، الأول هو الممارسات التجارية للمحترفين، أما المصدر الثاني فمن المبادئ العامة للقانون التي يشير لها أو يطبقها المحكمون في أحكامهم³. بينما يرى الفقيه بيار مايار Pierre Mayer، أن قواعد اللاكسماركاتوريا ليست فقط من صنع المحكمين، بل هي قواعد موجودة مسبقا ومفروض على المحكمين الالتزام بها، فهي في الأصل من صنع رجال الأعمال في مجال التجارة الدولية قبل أن يشير لها رجال القانون⁴.

¹ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص. 132.

² - لغة كلمة اللاكسماركاتوريا La Lex marcatoria، لاتينة الأصل وهي مركبة من شقين، Lex وهي مرادفة لعبارة Legem ويقصد بها القواعد القانونية الموضوعية مهما كان مصدرها (سواء تعلق الأمر بالتشريع أو حتى أحكام العقد لأنه يشكل قانونا بالنسبة للمتعاقدين). أما عبارة ماركاتور Mercator فتعني التاجر، واشتقاقها mercatoria, mercatorium, mercatorius، فتعني التجارة. وعليه فالمقصود لغة بعبارة اللاكس ماركاتوريا هو قانون التجار، والاصطلاح الأقرب هو قواعد أسواق التجار أو قواعد التجار وأسواقهم. يراجع في ذلك أكثر، محمد احمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 21.

³ - Filali Osman , Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., 1992, p. 14.

⁴ - Pierre Mayer, L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence, Op. Cit. p. 26.

الفرع الأول: الأعراف التجارية الدولية.

إن عجز القوانين الوطنية في مواجهة التطور الكبير في مجال التجارة الدولية ساعد على خلق أعراف التجارة الدولية لأن التشريعات الوطنية لم تعالج ذلك، وقد نشأت الأعراف والعادات التجارية الدولية بطريقة تلقائية من طرف مجتمع التجار الدولي وهي تتضمن قواعد موضوعية تهدف إلى الاستجابة إلى متطلبات التجارة الدولية والأعمال بعيدا عن القواعد الوطنية¹.

تلعب الأعراف² دورا مهما على المستوى الداخلي والدولي، باعتبار أن العرف أقدم وجودا من القانون، إلا أن التشريع أصبح المصدر الأول للقانون وبقي العرف مصدرا احتياطيا.³

وأصبحت الأعراف والعادات⁴ لها نفس المركز ونفس المرتبة في نظر الفقهاء الفرنسيين، فالمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، فقرة 2 تنص

¹ - هاشم علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 188.

² - يعتبر العرف بمثابة قانون والعادة مجرد شرط من شروط العقد، فمصطلح Coutume الذي يعبر عن العرف، ومصطلح Usage هو العادة. وقد استعمل الفقه الفرنسي مصطلح Usage للتعبير عن Coutume. ويوجد اتجاه في القضاء الفرنسي واضح أن العادات التجارية تتمتع بالقيمة القانونية للقواعد العرفية. يراجع في ذلك، أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص. 81. وكذلك نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص. 262.

³ - المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة." وكذلك المادة 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري جاء فيها: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء."

⁴ - Antoine Kassis, Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lex mercatoria, L.G.D.J., Paris, 1984, p.126-133.

صراحة بأن على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار في كل الأحوال بالأعراف التجارية. كما أن القانون المدني الفرنسي أيضا يعطي للأعراف مكانة معتبرة في تحديد مضمون وآثار الالتزامات وكذا تفسير العقود المختلفة، ويتضح ذلك من خلال المواد 1135¹، 1159² و1160 منه. والقانون الجزائري اخذ كذلك بالأعراف التجارية في قانون إجراءات المدنية والإدارية³.

وأعطى الفقهاء تعريفات للأعراف إذ عرفها احدهم بأنها: "الأعراف التجارية الدولية تشكل قواعد قانونية موضوعية حقيقية، تنطبق بشكل مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية، ومن دون الاستناد على الإرادة الضمنية للأفراد، ثم يستطرد قائلا أن هذه الأعراف تكون قانون عرفي للتجارة الدولية."⁴

وقد عرفها الفقيه قولدمان⁵ بان الأعراف هي: " التي لها خصائص القاعدة القانونية في عادات التجارة الدولية، والتي تطبق في حالة غياب أي إحالة صريحة أو ضمنية من قبل الأطراف، وتعود القوة الملزمة لهذه العادات إلى شعور التجار في نطاق العلاقات التجارية الدولية بذلك."

¹ - تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."
² - تقابلها الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي تتحدث عن تفسير عبارات العقد الغامضة تنص على أنه: "... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."
³ - فالمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تنص صراحة على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة".

⁴ - loquin (E.), L'application de règles nationales, Op.Cit, p.164.

⁵ - Goldman (B.), Frontière du droit et lex mercatoria, Op,cit, p.188.

لقد نادت الأوساط المهنية والتجارية على إتباع عادات معينة في معاملاتها التجارية، وذلك في إطار كل مهنة أو تجارة على حدة، مثل العادات السائدة في مجال الأسواق المالية والعادات السائدة في تجارة الحبوب وغيرها.¹

وتجدر الإشارة إلى أن خصوصية وأصالة قواعد التجارة الدولية حتى وإن كانت بعض قواعدها ذات طابع اتفاقي، إلا أنه توجد أيضا قواعد ذات أصل عرفي². وتتمثل أنواع الأعراف والعادات في ما يلي:

أولا: أعراف الأطراف وأعراف التجارة.

البند الأول: أعراف الأطراف (Les usages des parties)

لقد قام القانون التجاري الأمريكي الموحد بتعريف أعراف الأطراف في مادته 1025 بأنها: سلسلة من التصرفات السابقة بين الأطراف في ميدان المعاملة التجارية التي يمكن أن تُعتبر مثل إعداد قاعدة مشتركة فيما بين المتعاملين تفسر على أساسها تصرفاتهم³.

وبناء على ذلك فهذه الأعراف محصورة عند الأطراف المتعاملين بها فقط مما ينتج عنه أنها غير قابلة للتعميم وتناسب العادات المكرسة في إطار التعاملات التجارية فيما بين المتعاقدين وتسمح بموجبها تفسير وضعية جديدة، أي تبقى ملزمة للأطراف الذين تعاملوا بها دون غيرهم. ويمكن وصفها بأنها عادة اتفاقية غير قابلة للانتقال إلى عقود أخرى، وفاقدة لخاصية العمومية.⁴

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين...، المرجع السابق، ص.319.

²-Alland (D.), Droit international public, P.U.F, 2000, n°584, p. 620.

³- محمودي مسعود، المرجع السابق، ص . 63.

⁴ - Jacquet(M.), et Delebeque(PH.), droit du commerce international , é. Dalloz,1997, p.77.

وعلى المستوى الدولي فقد تعرضت إتفاقية فيينا حول البيع الدولي للبضائع لمفهوم مختلف الأعراف التجارة اذ تعرضت في الفقرة الأولى لأعراف الأطراف بقولها "...يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادة التي استقر عليها التعامل بينهما..."¹.

البند الثاني: أعراف التجارة. (usage du commerce)

تتميز أعراف التجارة عن أعراف الأطراف حسب ما تم ذكره في القانون التجاري الأمريكي الموحد، فإن العرف التجاري متناسب مع العادة، إذ يلاحظ انتظامها في مكان أو في فرع من التجارة وتتعدى الدائرة الضيقة للأطراف المتعاقدة وقابلة للتعميم.²

وتتميز هذه أعراف التجارة بأنها قابلة للتطبيق المتكرر في حالات أخرى، ويمكن أن تكون صالحة لتكوين قواعد قانونية.³

وتم النص على أعراف التجارة في الفقرة 2 من المادة 9 من إتفاقية فيينا على أن " ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع، ويعمل به بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس الفرع التجارة..."⁴.

¹ - Article 9 al. 1 du convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne 1980):

« Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. »

² - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.61.

³ - Jacquet(M.), et Delebeque (Ph.), Op.Cit, p.78.

⁴ - v.art.9 al. 2.C.V.I. M. « Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. »

وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، ينص في المادة 28 فقرة 4 منه تنص على أنه: " في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار... الأعراف التجارية المطبقة على المعاملة".

كما أن التحكيم التجاري الدولي يعترف بالأعراف كمصدر للقواعد القانونية التي تنظم عقود التجارة الدولية، فبمناسبة نزاع كان معروض للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية C.C.I ذكرت بالمبدأ التالي: " أن محكمة التحكيم لها سلطة تأسيس قراراتها: - على فهمها للاتفاق محل النزاع، - وعلى المبادئ العامة للقانون، - وعلى مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة في العلاقات التجارية، - وكذلك على الأعراف التجارية."¹

ثانياً: أعراف الاتفاقية وأعراف القواعد.

سنعالجها في نقطتين.

البند الأول: الأعراف الاتفاقية (Les usages conventionnels)

حسب بعض الفقهاء يعد العرف الإتفاقي الذي لم يبلغ بعد درجة من القوة ليكون قانوناً جرى العمل به وهي لدى التجار تعتبر وقائع مادية تستمد قوتها الإلزامية ليس من كونها قانوناً وإنما من الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين...²

هذا يعني أنه يمكن استبعاد العرف، أي لا يمكن العمل به، من هنا جاءت تسميتها أعراف الاتفاقية.

إن طبيعة الأعراف الاتفاقية تترتب النتائج القانونية التالية:

- من يحتج بالعرف الإتفاقي يجب عليه إثبات وجوده مثل ما يقوم به من أجل العقد.

¹ - Sentence C.C.I., 1994. N 7331, J.D.I., 1995, p.1001.

² - علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، 2002، ص88.

- يستطيع القاضي استبعاد تطبيق الأعراف في حالة رغبة الأطراف باستبعادها¹.
ومما يستحق الذكر² أن العرف الإتفاقي يختص بتوضيح للقاضي، أو المحكم القصد المشترك للمتعاملين في إطار عقود التجارة الدولية أو الكشف عن المعنى المناسب الممنوح لتصرفهم في إطار التفاوض، أو تنفيذ العقد، إن ما تمثله الأعراف الاتفاقية هي غير قابلة للنقل إلى عقود أخرى ولا تؤسس طريقة لوضع القانون.

البند الثاني: أعراف القواعد (Les usages règles)

توجد كذلك أعراف عامة التي أشير إليها في القانون التجاري الأمريكي الموحد وكذلك إتفاقية فيينا للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي تتناسب والممارسات المعتاد إتباعها في فرع محدد من النشاط، إذن هناك حساسية في تحديد دورها، إذ لا يوجد شك في إمكانية مثل هذه الأعراف الخاصة التي تكون قد أدت إلى تقدير وتفسير إرادة الأطراف في إطار العقد المحدد في صفته أعراف مهنية، غير أن عرف التجارة له خصوصية أنه يتجاوز النطاق الضيق للمتعاقدان المتعاملان في نفس الفرع من النشاط، ويعين العمليات المتشابهة القابلة للتكرار.

إن عرف التجارة هو عرف قاعدة وهو يُمثل إحدى خاصيات القواعد مع قابليته للتعميم على معاملات أخرى غير أنه يمكن التحفظ على عكس الممكن على عكس إرادة الأطراف، وبسبب أن أعراف التجارة الدولية ليست لها سوى دور مُساعد في تفسير هذه الإرادة.³

الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون.

¹ - Ripert (G.) et Roblot(R.), traité de droit commercial. LG.D.J., 18 éme éd, 2001, p. 30.

² - مباركي توفيق ميلود، وضع قواعد التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2009-2010، ص.27.

³ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.28.

DROIT COMMUN DES NATIONS، ويرجع لذلك لحل المنازعات في العقود الدولية، ويلاحظ على القانون المشترك للدول انه يكون المبادئ العامة للقانون ويطبق على تكوين وتفسير وتنفيذ العقود.¹

أصبحت المبادئ العامة تكون مصدرا هاما لقانون التجار الدولي، وتكمن أهميتها في أنها تشكل أداة نجاة لحل النزاعات المعروضة على القاضي أو المحكم.² وقد قام الفقهاء بوضع قائمة للمبادئ كالفقيه اللورد ميستيل MUSTIL، والفقيه BERGER اعتمد أكثر من 40 مبدأ³، والفقيه MUSTIL اعتمد نظام القائمة والتي ضمت أكثر من 20 مبدأ⁴ والفقيه ERIC LOQUIN هو أيضا تكلم عن حقيقة المبادئ العامة للقانون ووضع قائمة دقيقة ومقنعة، والتي من بينها نزاهة الأعمال، المساهمة من الأطراف.⁵

¹ - Philippe Fouchard, Op. Cit., p.423.

² - بهاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.62.

³ - ومن أهمها على سبيل المثال:

- عدم جواز الإثراء بلا سبب.

- السكوت الملايس دليل على الرضا.

- تعذر العقد للظروف الطارئة.

- حق المدين في التمسك بالمقاصة.

⁴ - ومن هذه المبادئ على سبيل المثال:

- العقد شريعة المتعاقدين.

- المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات.

- وجوب تنفيذ العقد بحسن النية.

- يجب تفسير العقد طبقا لمبدأ إعمال النص خير من إهماله.

⁵ - Terki nour eddine , l' arbitrage commercial international en algérie , o.p.u., 1999 , p.107.

وللمبادئ العامة عدة مرادفات، كالمبادئ القانون المشترك بين الأمم المتمدنة، أو المتحضرة، أو المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص،¹ فيقصد بها: "القواعد التي يستنبطها من نظام قانوني ما أو من مقارنة العديد من القوانين الوطنية، أو تلك التي تحويها الاتفاقيات الدولية، ويساهم القضاء الدولي وقضاء التحكيم بنصيب وافر في استنباطها."²

فقد اعتمدت اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، المنهج المقارن في وضع أحكامها، والتي تطبق على عقود التجارة الدولية نظرا لطابعها الدولي، وإن كانت بعض أحكامها تجد سندها في القوانين الوطنية إلا أن المحكمين حينما يطبقونها يقومون بتبسيطها وتحويلها وبفصلها عن القوانين الوطنية وهو ما يعطي للقاعدة طابع عابر الأوطان، وهي الفكرة التي يؤكد عليها كثير من الفقه³.

فالهدف الأساسي لهذه الطريقة المقارنة في استخلاص القواعد العابرة للأوطان، هو ضمان الأمان القانوني، لاحترام التوقعات المشروعة للأطراف. فهي تختار من القواعد ما هو مشترك بين التشريعات المعنية بالعلاقة التعاقدية. حتى أن بعض الفقه وصفها "بالجذع المشترك للتشريعات المعنية بالتزاع".

« Du tronc commun des lois intéressées par le litige »⁴.

فالطريقة المقارنة تسمح للمحكمين¹ باختيار القواعد المشتركة والمتوافقة بين التشريعات. بينما يستبعدون القواعد المتعارضة من التطبيق، ويختارون قواعد أخرى أكثر

¹ - Sentence ,C.C.I., N 1512, clunet 1971, p.905.

² - محمد احمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.21.

³-Khan(Ph.), Vers l'institutionnalisation de la lex mercatoria, A propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, in liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Brulant, 1998, p.125.

⁴ - Rubino-Sanmartano, Le tronc commun des lois en présence, réflexion sur le droit applicable par l'arbitre internationale, Rev. arb. 1987, p. 133.

ملائمة، اعتمادا على معايير أخرى. فإجماع الأنظمة القانونية حول قاعدة قانونية غير مطلوب لتكوين قاعدة عابرة للأوطان، بل يكفي أن تكون القاعدة مستوحاة من نظرية مقبولة على العموم لدى المجتمع الدولي، وهو ما أكده الفقيه إيمانوال غيلار². وللمحكمين الحرية الكاملة للكشف عن المبادئ في حلة تخلف الأعراف والعادات التجارية³.

كما يرى بعض الفقه أن المهم هو ليس البحث عن توافق أدق الجزئيات، ولكن الهدف هو تجاوز التشريعات الوطنية للوصول إلى مجموعة من المبادئ الدولية المتوافقة⁴. بينما ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأنه حتى الطريقة المقارنة في استخلاص القواعد الدولية لم تعد تتلاءم مع اللاكس ماركاتوريا. حيث لم تعد دولية القاعدة هي التي تبرر تبنيتها من قبل اللاكس ماركاتوريا، بل ملائمتها لحاجات التجارة الدولية هي التي تبرر ذلك⁵. ويؤكد مجلس إدارة اليونيدروا: "أن المبادئ التي وضعها موجودة في العديد من الأنظمة القانونية، إن لم تكن فيها كلها. فهذه المبادئ تضع مجموعة من القواعد الخاصة التي تتوافق مع حاجات التجارة الدولية. كما أنها توفر أفضل الحلول، حتى وإن لم تكن هذه الحلول متبناة بصفة عامة لدى أغلب التشريعات".

¹ - لقد لعب المحكمين في مجال التحكيم التجاري الدولي دورا هاما وبارزا في إرساء القواعد الموضوعية المباشرة لقانون التجارة الدولية من خلال النزاعات التجارية الدولية، وأصبح التحكيم التجاري منافسا للقضاء الوطني، لما يتميز به من سرعة الفصل والسرية من خبراء فنيين متخصصين، من اجل صون توقعات المتعاقدين وتحقيق الأمان القانوني من خلال العادات والأعراف المكرسة في مجتمع التجار الدولي. يراجع أكثر في ذلك، محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.95.

² - شبه سفيان، المرجع السابق، ص 359.

³ - Yvon loussouarm et Bredin , droit du commerce international , Op. Cit. , p.34 et 36.

⁴ - Gaillard(E), la distinction des prncipes gènèraux du droit et des usages du commerce international , etudes offert a pierre bellet paris , litec , 1991 , n 8-9 , p. 206-207.

⁵-Bonell (M. J.) , Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce internationale, R. D. aff. Int. , 1997, p. 147.

ومن القواعد التي تضمنتها المبادئ العامة عبر الدولية، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ حسن النية، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، مبدأ احترام التوقعات المشروعة، الغش يفسد كل شيء¹.

وأوضحت هذه المبادئ تشكل قواعد قانونية يلتجأ إليها مجتمع التجار في إطار العلاقات التجارية الدولية، إذ لا تستمد هذه المبادئ قوتها من القوانين الوطنية بل هي مستقلة عن تلك الأنظمة وهي ليست قواعد مشتركة بين الدول المختلفة. ومن جهة أخرى فهي تتميز بالطابع المستقل عن قواعد القوانين الداخلية.²

اعتبر القضاء الفرنسي أن المحكمين الذين يطبقون قواعد اللاكس ماركاتوريا هم يطبقون القانون، ففي قضية "فوجرول" *"Fougerolle"* أين تم الطعن في الحكم الذي أعطى الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم بحجة أن المحكمين حينما طبقوا المبادئ العامة للتجارة الدولية لم يطبقوا القانون ولم يلتزموا بالمهمة المسندة لهم في اتفاق التحكيم، فقد فصلت محكمة النقض برفض الطعن وصرحت بأن المحكمين طبقوا القانون حينما فصلوا طبقاً للمبادئ العامة المطبقة عموماً في التجارة الدولية.³

ولقد طبق وأشار المحكمون في قضايا عديدة إلى المبادئ العامة للقانون أثناء نظرهم في المنازعات كقضية نورسلور إلى الإشارة إلى تطبيق مبدأ حسن النية.⁴ ومبدأ

¹ - سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000، ص.79.

² - نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.318-320.

³ - Cass. 2^e Ch. Civ. 09 déc. 1981, Rev. Arb., 1982, p. 183.

⁴ - قضية نورسلور *"Norsolor"*، اعتبرت المحكمة الابتدائية الكبرى لباريس أن المحكمين طبقوا القانون حينما طبقوا المبادئ العامة للتجارة الدولية والمتمثلة في مبدأ حسن النية والإخلاص في تنفيذ التعاقدات، ومنحوا من خلالها تعويضات عن فسخ عقد دولي للتمثيل التجاري. وفي الموازة لذلك رفع أيضاً طلب في نفس القضية لدى المحكمة التجارية بفيينا من أجل إلغاء قرار التحكيم أين رفضت ذلك محكمة فيينا بـ 29 جوان 1981 مصرحة أن: "مبدأ حسن النية والإخلاص المستعمل طبقاً للاكسماركاتوريا من طرف محكمة التحكيم... يشكل مبدأ عاماً للقانون، وأن قرار التحكيم المؤسس على هذه المبادئ لا يشكل فصلاً طبقاً للعدالة وإنما طبقاً للقانون".

المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض.¹ وفي قضية ارامكو Aramco سنة 1958 عدل المحكم السويسري Suserhall عن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، وتطبيق المبادئ العامة للقانون.² وفي قضية سافير Saphir أين طبق المحكم Cavin بالقرار الصادر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية لسنة 1963³ المبادئ الدول المتعددة والتي تمثل مجموعة القواعد القانونية المشتركة للدول المتعددة والواردة في القوانين الوضعية والقانون الدولي. ويعتبر المحكم كاشف لهذه المبادئ في مجال التحكيم التجاري الدولي.⁴ ولهذا يقال من احد الفقهاء إن التحكيم الذي طبق من قبل المحكمون تحت مظلة مبادئ الأمم المتحدة اتجه الدول النامية للقضاء على التأميمات ويخدم مصالح الشركات الأجنبية من اجل تدويل العقد واستبعاد القانون الداخلي.⁵

ولقد تبني معهد القانون الدولي في آثينا سنة 1979 فيما يخص عقود الدولة جاء فيه أن: "يمكن للأطراف أن يختاروا كقانون واجب التطبيق على العقد، سواء قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة لهذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية، أو القانون الدولي، أو أن يطبقوا نسقا من تلك المصادر القانونية السالفة"، فعبارة هذه التوصية واضحة وتسمح باعتماد قواعد اللاكس ماركاتوريا في عقود الدولة.

- T.G.I. Paris, 4 mars 1981, Norsolor, J.D.I., 1981, p. 236. V. Goldman Berthold, Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'affaire Norsolor, Revue de l'arbitrage, 1983, p. 379.

- Tribunal de commerce de Vienne (Autriche), 29 juin 1981, Rev. Arb. 1983, p.197.

¹ - Sentence ,C.C.I., N 4761 , clunet 1987, p.1012.

² - Mohamed bedjaoui, l'évolution des conceptions et pratiques algériennes en matière d'arbitrage international, séminaire, 14 déc. 1992, p.11.

³ - Belkacen Bouzana, le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U., 1985, p.340.

⁴ - revue clunet 1989 , p. 1107-1114.

⁵ - عيادي فريدة، المرجع السابق، ص.76.

« Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat soit un ou plusieurs droit internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit ».¹

كما أن المعهد الدولي للقانون الخاص « UNIDROIT »، ومن خلال المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي وضعها سنة 1994، سمح للأطراف المتعاقدة باختيار قواعد اللاكس ماركاتوريا لحكم موضوع العقود الدولية.²

الفرع الثالث: الأعراف المقننة. (Les usages codifiés).

لقد أصبح للممارسات التعاقدية الدور المهم في إثراء قانون التجار، لأنها في تطور مستمر. وقد يلجا متعاملي التجارة الدولية بطريقة ممنهجة وعالمية إلى استعمال العقود النموذجية Les contrats types والشروط التعاقدية les clauses contractuelles التي تساهم في وضعها العديد من التنظيمات المهنية وتحدد محتواها وشروطها وآثارها والتزامات الأطراف المتعاقدة، وما على الأطراف إلا الاقتباس والاخذ منها فقط، لتكون كل تلك المحتويات التي تتضمنها واجبة التطبيق. فيكفي المتعاقدين مثلا أن يشيرا أن هذا البيع الدولي تم وفقا لشرط سيف C.I.F.³ أو F.O.B فوب،⁴ لتحديد من خلال هذه الشروط كل من التزامات البائع والمشتري من حيث مكان التسليم ومن يتحمل

¹ - la résolution adoptée par l'Institut de droit internationale à Athènes en 1979, Rev. crit. D.I.P., 1980, p. 427.

² - Unidroit, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 1994. Spés. P. 3et 4.

³ - عقد سيف المعروف بالانجليزية Insurance and cost freight، والذي يعني البيع مع الالتزام بنفقات البضاعة وأجرة النقل ومصاريف التامين.

⁴ - عقد فوب المعروف بالانجليزية Free On Board، والذي يعني البيع بشرط التسليم على ظهر السفينة والذي يحدّد كل من التزامات البائع والمشتري بالنسبة لهذا النوع من البيوع.

مصارييف النقل والتأمين عن البضاعة، ومن يتحمل تبعت هلاك البضاعة، وذلك وفقا لما تحدده قواعد الأنكوترمز التي وضعتها غرفة التجارة الدولية حتى من دون إشارة الأطراف لتفاصيل التزاماتهما في هذا الشأن. لذلك يرى بعض الفقه أن هذه القواعد ليست من الإنتاج الخالص للإرادة الفردية للمتعاقدين، وليست من إنتاج مبدأ القوة الملزمة للعقد. لأن محتوى هذه القواعد خارج عن إرادة الأطراف الذين لم يشاركوا في تحديده، والذين لا يساهمون فيه إلا بإرادة الانخراط فيه¹.

في إطار تدوين الأعراف والعادات التجارية الدولية في مجال التجارة الدولية، ظهر بما يسمى بالقواعد والأعراف موحدة للإعتمادات المستندية لغرفة التجارة (La) (commerce internationale chambre de) وكذلك تفسير مصطلحات التجارة الدولية لنفس الهيئة، توجد مؤسسة للتدوين. التي توضح أنها أعراف المجموعة تحت شكل مكتوب من طرف هيئة مهنية².

إن الاعتماد المستندي له دور مهم في التجارة الدولية، إذ يستخدم كأداة لسداد قيمة المعاملات التجارية الدولية، والواقع الميداني يظهر أن من الطرق المستخدمة من طرف المتعاملين المستوردين والمصدرين لتسوية الخلافات الناجمة عن عمليات التجارة الدولية هي الاعتماد المستندي الذي يعتبر أكثر أمانا وثقة بين رجال الأعمال.

ويعتبر الاعتماد المستندي الأداة التمويلية القانونية المتداولة في المعاملات التجارية الدولية لضمان سداد مقابل السلع والخدمات المصدرة والمستوردة ويخفف من حدة المخاطر المالية للتعامل الدولي وتشجيع الاستيراد والتصدير. وإن الإعتمادات المستندية

¹- loquin (E.), L'application de règles nationales, Op.Cit . p. 33.

²- Jacquet(M.), et Delebeque (PH.), Op. Cit., n°149.p. 87.

الصادرة عن غرفة التجارة الدولية هي عبارة عن قواعد تم تطويرها من طرف لجنة البنوك بغرفة التجارة الدولية.¹

تحدد هذه القواعد والأعراف التزامات أطراف الاعتماد وأحكامه من أجل تشجيع العمل باعتمادات في السداد لقيمة المبادلات التجارية الدولية مما يؤدي إلى ازدهار التجارة الدولية واستمرار نموها، تتميز قواعد الاعتماد المستندي بسهولة وبساطة الفهم لالتزامات المتعاملين وبالتالي ستساهم في تجنب حالات عدم الاتفاق، والغموض في تفسير التزامات الناشئة عن متعاملي الاعتماد.

وقد بذلت في هذا السياق مجهودات جبارة لتأمين العلاقات التجارية الدولية، مما سمح للمتعاقدین التوصل إلى عدة أنواع من النتائج القانونية منها الوثائق التعاقدية النموذجية أو القياسية، والنمطية، الإنكوتيرمز.²

ويمثل المصطلح الإنكوتيرمز اختصار لكلمة الإنجليزية³ (International commercial terms) أي المصطلحات التجارية الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، والتي تعني شروط وقوانين التجارة تم وضعها في عشرينات القرن الماضي، حيث قامت بتدوينها، أي بتحويلها إلى قواعد اختيارية مكتوبة وملخصة في عبارات محددة.⁴ ولقد عرفت غرفة التجارة الدولية المصطلحات التجارية الدولية على أنها: "قواعد دولية من أجل تفسير المصطلحات التجارية فهي تتعلق باقتراح على أطراف قائمة من أجل تحديد بطريقة دقيقة وأكيدة للالتزامات..."⁵.

¹ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.30.

² - Huet (J.), Traité de droit civil, les principaux contrats internationaux, 2 éd, L.G.D.J., 2001, p. 573.

³ - والتي تعني بالفرنسية اصطلاح incoterm abréviation de international commercial terms

⁴ - عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، ط. 1، 2007، ص.127.

⁵ - Heuze (V.), Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J., 2000, p. 226.

ومن الواضح، أن المصطلحات التجارية الدولية تكون مفردات مختصرة للمصطلحات التجارية، موجهة للبيع الدولي تمثل هذه الخيارات مقدمة في شكل رموز مختصرة كل واحد منها يحدد المهام التي تقع على عاتق كل طرف من التزامات، وتحمل مخاطر نقل وتسليم البضاعة¹.

أما بالنسبة للعقود النموذجية فظهرت في أواخر القرن التاسع عشر، وقامت بجمعيات مهنية في شكلها الوطني والدولي على حد سواء، تعمل كل جمعية من الجمعيات على تنظيم تجارة معينة كتجارة القمح، الزيوت، وتضم المتعاملين بهذا النوع من التجارة دون غيرهم².

فالعقود النمطية هي مجموعة العقود النموذجية المعدة في شكل وثائقي سلفا لنوع من التجارة من قبل المنظمات المهنية الدولية، أو طوائف تجارية أو مجموعات المشروعات القوية المرتبطة والتي تحتكر أو تهيمن على قطاع من الأنشطة، بشكل يتوافق وعادات التجارة الدولية والتي قبلها المتعاقدون بعد ضبطها لتلائم ومقتضيات التجارة³.

أما الشروط العامة فهي مجموعة من البنود والأحكام التي أعدتها الجمعيات المهنية المتخصصة بنوع من التجارة، يستعين المتعاملون بها في إتمام تعاقداتهم وغالبا ما تحوي تفصيلات فنية وقانونية حول وسائل العمل والمشكلات المحتملة والحلول المقابلة لها، فيدخلونها ضمن العقد ثم يتفقون على باقي أحكام وشروط العقد التفصيلية من كميات والأسعار والتسليم وغير ذلك⁴.

¹ - Huet (J.), Op.Cit., p. 576.

² - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.19.

³ - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري وحتمية القانون التجاري، المرجع السابق، ص.65.

⁴ - محمد احمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.47.

إن هذه الجمعيات المهنية المتخصصة عملت على وضع عقود نموذجية تساعد المتعاملين في التجارة الدولية على إبرام عقود البيع، ذلك بالإحالة على هذه الشروط النموذجية في العقود من طرف المتعاملين، حيث يوجد على مستوى التجارة الكثير من العقود النموذجية واسعة الانتشار¹، ويظهر من أهم التجمعات² ما تتركز في مدينة لندن ومن الأمثلة عنها:

جمعية لندن لتجارة المطاط، جمعية لندن لتجارة الشحن والزيوت، جمعية لندن لتجارة الكاكاو وجمعية لندن لتجارة الحبوب.

تهدف هذه التجمعات السابقة الذكر إلى تنظيم وتسهيل التعاملات التجارية الدولية في إطار نفس المهنة، وإزاحة العقبات التي تعترضها وذلك بتحرير الكثير من العقود النموذجية التي تعتبر اختيارية فيما يرمونه من عقود متعلقة بتصدير السلع أو استيرادها³، والملاحظ في الوقت الراهن تعدد هذه التجمعات في إطار نفس السلعة على سبيل المثال في تجارة القمح نجد إلى جانب جمعية لندن يوجد جمعيات أخرى في أنفوس وروتردام وبالنسبة لتجارة الحرير يوجد تجمعات في يوكوهاما وليون وغيرها، توجد كذلك تجمعات كثيرة بالنسبة لتجارة الزيوت في أمريكا وأسيا وإفريقيا⁴.

¹ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.61.

² - عرف تجمع الاتحاد الدولي لمجالس المهندسين Fédération international des ingénier conseils المصدر الرئيسي لصيغ العقود النموذجية وعرف بعدة طباعات لقانون الصيغ بالألوان الأحمر والأصفر والأزرق ومن أهم العقود التي نظمها عقود بناء المصانع وعقود تسليم المفتاح في اليد.

³ - بماء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.77.

⁴ - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري وحتمية القانون التجاري، المرجع السابق، ص.55.

ولقد تم إعطاء تعريف آخر لها بأنّ العقود النموذجية هي: "عبارة عن الوثيقة المطبوعة والتي يستطيع الأطراف استخدامها كعقد بحد ذاتها، على أن يقوم بملء الأجزاء التي تقتضي ذلك، مثل أسماء الأطراف، الثمن، ميناء الشحن، الكمية..."¹.

تعتبر العقود النموذجية ضرورة أملتها ظروف المعاملات التجارية الدولية، ذلك في إطار تجمع المهنيين المهتمين بعمليات المبادلات التجارية والذين أوجدوا صيغ تعاقدية كرسو التعامل بها كل حسب ميدان اهتمامه، أي حسب السلع التي يتداولها، حيث حققت هذه الصيغ إجماعا واسعا².

وقد أضحت ظاهرة تحول الشروط التعاقدية والعقود النموذجية إلى أعراف وعادات مكرسة من قبل المحكمين، ومن قبل التنظيمات المهنية الدولية التي أصبحت تضع عقودا نموذجية تقترحها على متعاملي التجارة الدولية. ومن بين ذلك قواعد الأنكوترمز التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي أصبحت أحكام التحكيم تطبقها حتى دون إشارة الأطراف إليها أو اتفاقهم حولها، وذلك على اعتبار أن لها قيمة العرف³. وحتى القضاء الداخلي اعترف بتحول العادات الاتفاقية والعقود النموذجية والشروط التعاقدية إلى أعراف تجارية دولية⁴.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية.

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، شاع وذاع استعمال مصطلح اللاكس ماركاتوريا في الحياة العالمية المهتمة بقانون التجارة الدولية، للدلالة على نظام قانوني جديد ينظم الحياة الاقتصادية الدولية، وهو نظام مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية إذ أضحى

¹ - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص. 37.

² - محمودي مسعود، المرجع السابق، ص. 64.

³ - Sentences C.C.I. ;N.-3130, J.D.I., 1981, p. 932. Et N. 3894, J.D.I. 1982, p. 983.

⁴ - Cour d'appel de paris le 17 mai 1995, J.D.I., 1996, p. 110, note, E. Loquin.

يشكل نظام قانوني ثالث. فاللاكس ماركاتوريا هي منهج لحل منازعات التجارة الدولية بالاعتماد على الممارسات التجارية الدولية ودون الحاجة للرجوع إلى القواعد القانونية الوطنية.

غير أن الملاحظ يثور الإشكال حول قانونيتها من قبل الفقهاء، بين مؤيد ورافض.

الفرع الأول: الفريق القائل بعدم توافر الصفة القانونية للقواعد الموضوعية.

يرى البعض بانعدام القيمة القانونية، للقواعد الموضوعية باعتبارها هي شروط تعاقدية من وضع مجتمع التجار، ومتجرد من طابعها القانوني ولا تستمد قوتها إلا من اتفاق الأطراف عليها، ولا يمكن تصور قاعدة قانونية دون تدخل السلطة العامة للدولة.¹ وانعدام الجزاء يؤدي إلى نفي صفة النظام القانوني لهذه القواعد.²

وعلى البعض بغياب عنصر التنظيم وصفة القانون لهذه القواعد، إذ عرف بعض الفقه فكرة النظام القانوني: " أن كل نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية، وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام."³

ولقد عارض أصحاب هذا الاتجاه بشدة بوجود نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية للدولة لغياب صفتي الجزاء والعمومية وبالتالي الإلزام.⁴ وقد تزعم هذا التيار وعلى رأسهم الفقيه "بول لاغار" Paul Lagarde لأنه حسب رأيه لا يمكن منح صفة

¹ - Lagarde (P.), *approche critique de la lex mercatoria*, mélanges goldmen, paris, 1983, p.125.

² - محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة الدولة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، المغرب، سنة 2011-2012، ص. 268.

³ - احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.62.

⁴ - محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد، دراسة لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، أطروحة لنيل دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، 2000-2001، ص.254-259.

القانون لمجموعة من القواعد مجرد وجودها، بل يجب أن تكون هذه القواعد صادرة من سلطة عامة لها صلاحية التوجيه وأن يكون تطبيق تلك القواعد مضموناً بوسائل جزاء تفرض وتطبق من السلطات العامة، بينما قواعد هذه القواعد لا تتمتع بالصفات المذكورة أعلاه¹.

وحسب رأي هؤلاء فإن هذه القواعد تفتقر للنظام القانوني،² إذ قال أحد الفقهاء القانون قبل أن يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء، المجرأ إلى قسمين جانب عضوي أو نظامي وهو وجود تنظيم اجتماعي، أما الجانب القاعدي المتمثل في قواعد قانونية هذا من جهة. ومن جهة أخرى راجع إلى تخلف الركن المؤسساتي أو المؤسسي،³ أي أن القانون غير مرتبط بالدولة وهو ما يجسد احتكار الدولة لصناعة القانون. ونتج عنه في الأخير اختلاف وتعدد رجال الأعمال وتجارهم، وانعدام التوازن بين أعضاء المجتمع الدولي للتجار على أساس أن ذلك أدى إلى خلق نظام الطوائف وفئات معينة بعادات خاصة بكل طائفة مما ينافي النظام القانوني الوطني لدولة معينة.⁴

وعلى هذا الأساس،⁵ لتوافر صفة القانون في قانون الدولي للتجار لا بد من شروط وهي: - وجود مجتمع متماسك للتجار.
- وجود أجهزة تعمل على احترام هذه القواعد.
- وجود جزاء يضمن احترام هذه القواعد.

¹ - Lagarde (P.) , note sous Paris, 1ère Ch. Sect. C, 13 juill. 1989, Valenciana, J.D.I, 1990, p.p. 430 ss.

² - Santi romano, l'ordre juridique , traduction française de l' 'ordinamento juridico, par l. francois et gothot , dalloz, 1975.p.18.

³ - محمد أحمد حسن محمود الشريبي، المرجع السابق، ص.677.

⁴ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين...، المرجع السابق، ص.336.

⁵ - هاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.111.

وقد تبع هذا الاتجاه وأيده في ذلك الفقيه "أوبتيت" Oppetit إذ يرى أن هذه القواعد لا ترقى لمستوى النظام القانوني للدول، ولا حتى لمستوى مجموعة من القواعد، ولكنها حسب رأيه مجموعة من الأعراف المنفردة التي لا يمكن أن تجتمع في نظرية جامعة موحدة¹.

كما أنه لا يوجد مجتمع تجار عالمي، يتمتع بأعراف مشتركة وموحدة وبأهداف موحدة، بل الواقع يؤكد وجود مجتمعات تجارية متعددة النظم، وهو ما يجعل حسب رأي الفقه من أنها لا ترقى لدرجة اعتبارها نظام قانوني واحد.²

لكن رغم هذه الانتقادات التي وجهت لعدم قانونية هذه القواعد وبأها غير مكتملة، إلا أن غالبية الفقه المعاصر³ يؤكد على أن هذه القواعد أصبحت بالفعل موجودة في مجال قانون التجارة الدولية ولا يمكن إنكارها، وهو ما يقودنا إلى التعرف إلى الرأي المؤيد لوجود هذه القواعد.

الفرع الثاني: الفريق القائل بتوافر الصفة القانونية للقواعد الموضوعية.

يرى أصحاب الاتجاه المناصر لهذه القواعد بتمتعها بصفتي العمومية والتجريد كسمات تتمتع بها ككل القواعد القانونية، إلى جانب وجود تجمع تجار يهتم بشؤونه في إطار تنظيمي لا يستدعي ربط ذلك بوجود دولة، وتمتع هذه القواعد من جهة بجزاء باعتبار هذا سمة من سمات النظام القانوني من اجل تحقيق الأمان القانوني للأفراد⁴.

وعلى البعض انه بسبب العمل بهذه القواعد بصفة متواترة ومتواصلة بين مجتمع الدولي للتجار، أصبحت هذه القواعد ملزمة واجتمعت فيها صفتي العمومية والتجريد.

¹ - Oppetit, not sous Cass, 1ère Ch. Civ., 22 Oct. 1991, J.D.I., 1992, p. 456.

² -Paul Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, Op.Cit., p. 135.

³ - Antoine Kassis , Théorie générale des usages du commerce, Op.Cit, p.129 .

⁴ - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.237-239.

وأصبح العقد التجاري في جميع التشريعات مصدر القاعدة القانونية فهو والقانون سواء، ومن تم يمكن القول بان القواعد الموضوعية تشكل نظام قانوني خاص.¹ ويمكن القول بان هذه القواعد مرتبطة بنظام قانوني قائم بذاته ينظم مصالح مشتركة و مترابطة بين الأطراف، غير انه ليس بنظام غير قانوني مستقل عن الأنظمة القانونية الأخرى.²

وأضحت هذه القواعد تتمتع بالقيمة القانونية الملزمة لشيوعها، حيث قررت محكمة باريس بقولها: "أما قواعد يفترض فيمن يمارس تلك المهنة عدم الجهل بهذه القواعد التي يمارسونها ويمتنع الاعتذار بجهلها."³

وعلى رأس الفقهاء المدافعين بشدة نجد الفقيه Goldman Berthold، والذي قد عرفها بأنها: "قانون متميز مبتكر من قبل متعاملي التجارة الدولية كالمؤسسات التي تبرم تعاقدات تتعلق بمصالح التجارة الدولية، والمنظمات الخاصة التي تشارك في تنظيم التجارة الدولية، وكذلك محاكم التحكيم، التي تعتبر القاضي الخاص للتجارة الدولية".⁴ وفي نفس المعرض قال الفقيه قولدمان أن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها هي أنها تشكل نظام قانوني كامل، وقواعدها هي قواعد قانونية بحق، وهي تتماشى مع حاجات التجارة الدولية.⁵

وفي نفس الاتجاه يذهب الفقيه فيليب فوشار Philippe Fouchard، فإنه ليس من الضروري أن تكون هذه القواعد نظام تام حتى يطبق في العلاقات التجارية الدولية بل يكفي أن توجد قواعد، وهذا يتماشى حتى مع معنى المادة 1496 من قانون الإجراءات

¹ - Derains, (Y.), Le statut des usages du commerce international devant les juridictions , Rev. Arb., 1973, p.122.

² - fouchard (Ph.) , l' arbitrage commercial , op.cit., p. 403.

³ - Paris, 10-2-1981 , affaire villatte agrico , Rev. Arb. 1982 , n 3 note le poittevin.

⁴ - Goldman Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, , Op.Cit., p.478.

⁵ - Goldman Berthold, Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, Op. Cit, p. 407.

المدنية الجديد الفرنسي¹ التي تحيل المحكم إلى تطبيق "القواعد القانونية" وليس إلى تطبيق "قانون"، حتى نفرض أن يكون قانون تام وكامل.

« En droit positif, Il est clair qu'en permettant aux parties de se référer à des "règles de droit" et non à un "droit", l'article 1496 du nouveau code de procédure civile condamne la thèse selon laquelle, pour pouvoir faire l'objet du choix, la lex mercatoria devrait être un ordre juridique complet ».²

ورأى الفقيه فيلاي عصمان، أن استعمال هذه القواعد في مجال التجارة الدولية أصبح ملاحظا بشكل شائع لا يمكن نكرانه، واعتبرها بمثابة نظام قانوني غير وطني " un ordre juridique anationale " ³.

بعد الانتهاء من العوامل التي ساعدت على انتشار القواعد الموضوعية ومصادر المتعددة في خلق مثل هذه القواعد، والتعرض للقيمة القانونية لقواعد التجارة الدولية، كان علينا التطرق لدور المنظمات في تنظيم التجارة الدولية لصالح رجال الأعمال بقواعد تناسبهم.

¹ - تقابلها نص المادة 1050 من ق.ا.م.ا الجزائري، والتي نصها: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة." والملاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري لم يقيد المحكم بأي قانون معين، وإنما ترك له الحرية في ذلك، ويكون اعتراف منه بتطبيق القواعد عبر الدولية.

² - fouchard , (PH.) , l' arbitrage commercial, Op. Cit. p. 821.

³ - Filali Osman , Op.Cit., p.504.

المبحث الثاني: دور الهيئات الفاعلة في وضع قواعد التجارة الدولية.

لقد بذلت جهود هامة من اجل توحيد ودعم قواعد التجارة الدولية، مما جعلت من قانون التجارة الدولية قانون خاص له كيان مستقل عن الأنظمة القانونية. ومن هذا المنطلق بادرت العديد من المنظمات بوضع توحيد لقواعد التجارة الدولية، وعكفت بتقريب وجهات النظر بين النظم القانونية عن طريق وضع قواعد دولية تستجيب ومتطلبات التجارة¹.

ومن الثابت انه تنوعت الهيئات الدولية، سواء كانت حكومية أو غير الحكومية على وضع وتوحيد هذه القواعد عن طريق الاتفاقيات الدولية أو المؤتمرات العلمية الهادفة لذلك، وعليه ستقودنا الدراسة إلى معالجة في المطلب الأول الهيئات غير الحكومية وفي مطلب ثان لدور الهيئات الحكومية، وفي مطلب ثالث لجهد هيئات التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: الهيئات غير الحكومية.

يرجع تأسيس هذا النوع المنظمات غير الحكومية إلى مبادرة الأفراد، من اجل تنظيم صفوف الأشخاص في إطار القانون الدولي للتجار لممارسة نشاطهم وفق اطر منظمة، وتتكون الهيئات غير الحكومية من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة، لأنهم يشتركون فيها بصفة شخصية على أساس أنهم متخصصون في قانون التجارة الدولية، ومن أجل إظهار الجهود التي قامت بها أهم المنظمات غير حكومية وهي غرفة التجارة الدولية بباريس واللجنة البحرية الدولية في بروكسل التي تعمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي².

¹ - محمودي مسعود، المرجع السابق، ص.58.

² - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص.124.

سنتطرق إلى تأسيس هذه الهيئات، ولأهدافها، ولأهم إنجازاتها في مجال تنظيم النشاط التجاري الدولي.

الفرع الأول: غرفة التجارة الدولية.

قامت غرفة التجارة الدولية في مجال التجارة الدولية بدور مهم لأنها من أهم الهيئات التي اهتمت بالحياة التجارية الدولية إذ قامت بمجهودات جبارة في توحيد قواعد وأعراف التجارة، مع العلم أنها ليست منظمة حكومية إلا أن دورها يفوق دور المنظمات الحكومية¹.

أولاً: تأسيس وأهداف الغرفة.

سيتم معالجة ذلك في نقطتين.

البند الأول: تأسيس غرفة التجارة الدولية.

عملت غرفة التجارة الدولية² على تنمية التعاون التجاري الدولي، وتزويد الوسطاء التجاريين بالمعلومات المفيدة للتجارة الدولية، إلى جانب العمل على توحيد الأعراف والعادات المسيرة لرجال الأعمال والتجار³، وأضحت هذه الغرفة من أهم المنظمات المهمة بمصالح التجار في إطار القانون الدولي للتجارة، والشيء الذي يثبت ذلك هو كثرة انضمام الآلاف من المؤسسات والهيئات التجارية في تكوينها أكثر من 130 دولة.⁴

¹ - مبارككي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.63.

² - تعني بالفرنسية (C.C.I.) chamber de commerce international، وبالإنجليزية international chamber of commerce (I.C.C.)

³ - محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999، ص.21.

⁴ - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص.49.

وتعود فكرة إنشاء الغرفة إلى بداية الحرب العالمية الأولى سنة 1914،¹ وبسبب الحرب أعلن إلى توقف هذه المبادرات، وتم التأكيد على المبادرة بالاجتماع الذي انعقد بمدينة انتلانتيك سيتي Atlantic city بالولايات المتحدة الأمريكية في سنة 1919.² وعلى اثر هذا الاجتماع السابق تقرر فيه انعقاد مؤتمر بباريس من أجل تأسيس منظمة دائمة للتجارة الدولية تأسست رسمياً غرفة التجارة الدولية في 24/6/1920، والتي لا تخضع في عملها لأي دولة. وأول رئيس انتخب على رأسها هو السيد « D'Etienne Clémentel » وزير سابق للتجارة بفرنسا، وبفضل الجهود التي بذلها ثم وضع مقر الأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية في باريس.³

حيث أعلن فيه رسمياً عن ميلاد الغرفة لجمع رجال الأعمال وتطيرهم للتعبير عن حاجات التجار، والدفاع عن مصالحهم وتشجيع حرية التجارة الدولية، عن طريق وضع قواعد موضوعية للتجارة الدولية، ويوجد من بين الأعضاء الشركات الأكثر نفوذ في العالم وتمثل كل المجالات التجارية والصناعية والخدمات، لذلك تعمل على تحقيق أهداف ومصالح المتعاملين لأن غرفة التجارة الدولية تتمتع باستقلالية من خلال العمل على حرية المعاملات التجارية الدولية.⁴

وتعتبر الغرفة أداة فعالة للتعاون بين أعضاء الجماعة الاقتصادية الدولية ضمن نطاق عمل الحكومات، وهي هيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة.⁵ وعملت على تسيير حركة المبادلات التجارية والتغلب على معوقات

¹ - Herman verbist et Christophe imhoos, le nouveau règlement d' arbitrage de la chamber de commerce international de 1998 , R.D.A.I. / I.B.L.J , N -8 , 1997, p.989. [http/ ; www.cci.org](http://www.cci.org).

² - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص.118.

³ - سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص.234-235.

⁴ - محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، المرجع السابق، ص.23.

⁵ - هاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص.49.

حركة تداول السلع، ووصفت الغرفة بأنها أكثر نجاحاً في مجال التجارة الدولية، وأنها منظمة دولية بالمعنى الحقيقي للكلمة.¹

البند الثاني: أهداف غرفة التجارة الدولية.

لقد باشرت غرفة التجارة الدولية من أجل وضع إستراتيجية عملية لحل المشاكل التي تواجه التجارة الدولية، وتحقيق التوازن بين مصالح المتعاملين في التجارة الدولية، وعملت الغرفة على تنمية التعاون التجاري الدولي عن طريق تزويد ومد يد المساعدة لهذا الوسط بالمعلومات والاستشارات عن طريق بحوث ميدان التجاري الدولي مكونة همزة وصل بين الحكومات والمنظمات الدولية، وهدفها الأساسي هو مساعدة عالم الأعمال على تسهيل المعاملات والاستثمارات الدولية، وتحرير التجارة الدولية في مجال السلع والخدمات وحركة رؤوس الأموال.²

إن غرفة التجارة الدولية لها هدف، مزدوج وهو تسهيل التبادل فيما بين الأمم وتنسيق الجهود في المسائل الدولية التي تمس الصناعة، التجارة والخدمات وتعمل كذلك على تأمين استقرار وتوسيع العلاقات الاقتصادية الدولية والقيام بإجراءات فعالة ومتابعة عن كثب الميادين في القانونية والاقتصادية من أجل الإسهام في توحيد وانسجام القواعد المنظمة للمعاملات التجارية الدولية، وتشجيع التقارب والتعاون فيما بين رجال الأعمال لدول مختلفة والتنظيمات التي تجمعها.³

إن غرفة التجارة الدولية تعمل على تحقيق بعض الأهداف من خلال نشاطها في مجال التجارة الدولية.

¹ - محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 25-26.

² - بهاء هلال دسوقي، المرجع السابق، ص. 47.

³ - محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، المرجع السابق، ص. 23.

- تهدف عرفة التجارة الدولية إلى مواكبة التطور في الميدان التجاري الدولي عن طريق تدليل العقبات الفنية التي تعترض تداول السلع، والخدمات الناجمة عن اختلاف الأعراف والعادات التجارية الدولية¹.

- تقديم تفسير موحد للقواعد الدولية التي تنظم التجارة الدولية عن طريق توحيد تفسير المصطلحات التجارية الدولية، والأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية، وتحديد كفاءات حصر مخاطر النقل، من تسليم وتوزيع التكاليف التي يجب أن يتحملها الأطراف، وتسديد قيمة الصفقات التجارية الدولية، وكذلك تفادي اختلاف التفسير لهذه المصطلحات من طرف المتعاملين².

- وضع القواعد والمعايير وتعتبر غرفة التجارة الدولية رائدة في مبادرات التنظيم الذاتي للأعمال التجارية الدولية وذلك من خلال الإقبال على التحكيم بموجب قوانين محكمة التحكيم الدولية التابعة للغرفة، وكذلك من خلال القواعد الموضوعة من طرفها والتي تستعمل كل يوم في عدد لا حصر له من آلاف العقود³.

- تعزيز الرفاه والنمو الاقتصادي، باعتباره هدف مازال قائم وهو توفير المعلومات عن السوق والاقتصاد، خدمة للأعضاء وتلبية لحاجيات المتعاملين عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق والتدفق الحر لرأس المال، مسهلة للتعامل التجاري الدولي، والمساهمة في تعزيز وتنشيط الحركة التجارية الدولية⁴.

¹ - مازن عبد العزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2006، ص.89.

² - Huet (J.), Op.Cit, p. 577.

³ - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص.118.

⁴ - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.249.

تمارس غرفة التجارة الدولية نشاطها عن طريق لجان، وتحتفظ بوسائل اتصالها مع الحكومات المختلفة حول العالم عبر لجانها الوطنية.¹

يمكن للشركات والمؤسسات التجارية أن تقدم طلب إنشاء لجنة وطنية من مجلس الغرفة، ويجب أن يمثل أعضاء اللجنة الوطنية القوى الاقتصادية الرئيسية في الدولة، مع ضمان احترام مبادئ اقتصاد السوق.

بلغ عدد اللجان المتخصصة في الغرفة التجارة الدولية 16 لجنة من خبراء القطاع الخاص، تغطي مختلف التخصصات والميادين، من تقنيات مصرفية إلى الخدمات المالية والضرائب وحقوق الملكية الفكرية، قوانين المنافسة والاتصالات وتقنية المعلومات. تعتبر غرفة التجارة الدولية الصوت الذي يرتفع مدافعا عن قطاع الأعمال الدولي، وهي هيئة استشارية لمنظمات غير حكومية بالدرجة الأولى وشريك للأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، لأنها بمثابة إتحاد عالمي في قطاع الأعمال الدولي.²

تجدر الإشارة فيما يخص اللجان والمجموعات الوطنية لإفريقيا، يظهر أن الجزائر يوجد بها لجنة أو مجموعة وطنية مشاركة في غرفة التجارة الدولية.

تعمل غرفة التجارة الدولية بجهد في سبيل تحقيق أهداف الغرفة وخدمة للتجارة الدولية ومتعاملاتها وذلك من خلال وضع وتوحيد القواعد التي تنظم وتسهل التداول الحر للسلع والخدمات حيث تظهر أهم المنجزات القانونية لغرفة التجارة الدولية .

ثانيا: أهم الأعمال الغرفة.

من الثابت انه قامت غرفة التجارة الدولية بأعمال مشهود لها بها دوليا، إذ نظمت نشاطها بواسطة لجان مختصة في هذا الميدان، ثم عرضت ذلك تحت تصرف المتعاملين

¹ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.67.

² - Hascher, (D.), chambre de commerce international, Rèp. inter. dalloz, 2004, n-3, p.8.

- التجارين الدوليين، لحل الخلافات التجارية الدولية عن طريق تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ومن أهم إصدارات هذه الأخيرة:¹
- القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية نشرة رقم 325.
 - الدليل لوضع العقود التجارة الدولية نشرة رقم 410.
 - القانون الدولي للممارسات الشرعية في مدة الإشهار نشرة رقم 432/ب.
 - تقديم الاجتهادات التحكيمية نشرة رقم 1/440.
 - إدارة الدليل في الإجراءات التحكيمية الدولية نشرة رقم 8/440.
 - دليل التحكيم لغرفة التجارة الدولية نشرة رقم 448.
 - تطبيق قواعد العبرة للدول من طرف المحكمين للتجارة الدولية نشرة رقم 4/480.
 - القانون الدولي لغرفة التجارة الدولية حول الممارسات الشرعية في مادة التسويق المباشر نشرة رقم 506.
 - نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية لسنة 1988.²
 - توحيد تفسير المصطلحات التجارية الدولية التي حققت نجاح كبير في ميدان البيوع الدولية وهي بدورها عرفت عدة مراجعات كانت آخرها سنة 2000. نجد أن هذه المصطلحات قد تم تقسيمها إلى أربع مجموعات مختلفة وهي كالاتي.³
- المجموعة الأولى:** مضمونها أن البائع ملزم بوضع السلع المبيعة تحت تصرف المشتري في محل البائع وصياغتها المختصرة هي : The 'E', term: EXW
- المجموعة الثانية:** يسلم البائع السلع إلى الناقل المحدد من طرف المشتري وصياغتها المختصرة هي : The 'F', terms :FAC, FAS and FOB

¹ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.68.

² - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص.303.

³ - محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، المرجع السابق، ص.25.

المجموعة الثالثة: يلتزم البائع بإبرام عقد النقل وفي نفس الوقت لا يتحمل مخاطر التلف، أو هلاك السلع، ولا مصاريف زيادة الشحن وصياغتها المختصرة هي:

The 'C' terms :CFR.CPT.CIP, and, CIF

أما المجموعة الرابعة: يتحمل البائع كافة المصاريف والمخاطر المتعلقة بنقل السلعة إلى الوجهة المحددة لها، وصياغتها المختصرة هي:

The 'D' terms: DAF, DES, DEQ, DDU, and DDP

- الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية لغرفة التجارة الدولية، حيث تمت مراجعة هذه القواعد عدة مرات لضرورات عملية وكانت آخر مراجعة سنة 2007 نشرة رقم 600.

تعتبر كل من الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية وتوحيد تفسير مصطلحات التجارة الدولية الأكثر شهرة واستعمال على المستوى العالمي من طرف المتعاملين للشركات والبنوك لأن العمليات التجارية في مجملها تنظم بواسطة الإعتمادات المستندية، والمصطلحات التجارية الدولية وهي خاصة بعقود النقل الدولية البحرية بصفة أساسية¹.

لذلك سيتم التطرق إلى دور اللجنة البحرية الدولية في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: اللجنة البحرية الدولية.

تعتبر السفينة وسيلة هامة في مجال النقل البحري فهي منظمة بواسطة قانون خاص على اعتبار أن الملاحة البحرية لها دور كبير في المجتمعات من حيث نقل السلع والأشخاص في إطار الخدمات المقدمة في هذا الميدان، لهذا اهتم المتعاملون بالآثار المترتبة عن الاستغلال البحري، هذا ما دفعهم منذ القديم للعمل على وضع وتوحيد القواعد التي

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص. 176.

تظم حركة التجارة البحرية عن طريق إنشاء هيئة متخصصة تهدف إلى وضع قانون بحري دولي موحد، من خلال إنشاء اللجنة البحرية الدولية¹.

أولاً: تأسيس وأهداف اللجنة.

سيتم معالجة ذلك في نقطتين:

البند الأول: تأسيس اللجنة البحرية الدولية.

كانت مبادرة إنشاء اللجنة إلى دولة بلجيكا وتمثل في أول جمعية للقانون البحري وذلك في سنة 1820 من قبل المؤمن شارل لوجان والمحامي البلجيكي لويس فرانك وظهرت اللجنة البحرية الدولية للوجود في نهاية القرن التاسع عشر، حيث تعود أصولها إلى الجهود المبذولة في اجتماعات متعددة في أوائل 1880، حيث تم التخطيط لعقد مؤتمر دبلوماسي استضافته الحكومة البلجيكية في أنتروب، فشل المؤتمر في إنجاز المهمة المنوطة له، عقد مؤتمر ثان في بروكسل سنة 1888 فشل بدوره في تحقيق ما كان في الماضي مجرد طموح، تأسست رسمياً اللجنة البحرية الدولية في أنفرس ببلجيكا سنة 1897². وتعتبر أقدم منظمة دولية في المجال البحري والممارسات التجارية المرتبطة بها تضم هذه اللجنة رجال قانون متخصصين في القانون البحري وممثلين عن الهيئات المهتمة بالتجارة البحرية، البنوك المتخصصة في الإعتمادات المستندية، شركات التأمين البحرية، الشاحنين وملاك السفن، وباعتبارها جمعية دولية خاصة تضم هذه اللجنة أكثر من ثلاثين جمعية وطنية للقانون البحري وهي منظمة غير حكومية لها فروع كثيرة، تعمل على تحقيق بعض الأهداف³.

البند الثاني: أهداف اللجنة.

¹ - الطيب زروقي، المرجع نفسه، ص.176.

² - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.71.

³ - مصطفى كمال طه، التوحيد الدولي للقانون البحري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص.09.

كان هدف اللجنة البحرية الدولية هو العمل على توحيد الأعمال القانونية الخاصة بالقانون البحري الدولي، على اعتبار أن المؤسسين عملوا للتنسيق بين مجموع ممثلي القطاع البحري بما فيه البنوك، المؤمنين، والخبراء في هذا الميدان، إلى المساهمة والتشجيع على إنشاء جمعيات وطنية للقانون البحري مع ضمان علاقة منظمة فيما بين الجمعيات، والتي تتعاون مع منظمات دولية أخرى التي تشترك معها في النشاط البحري، أو هي مختصة في القانون البحري.¹

ومن أهداف اللجنة العمل على انسجام التشريعات البحرية على المستوى الدولي عن طريق توحيد القانون البحري والأعراف والعادات الممارسة في هذا الميدان، حيث تقوم اللجنة البحرية الدولية، وبشكل دوري بمراجعة أعمالها القانونية مع الأخذ بعين الاعتبار التطورات الاقتصادية والقانونية عن طريق عقد عدة مؤتمرات دبلوماسية حول القانون البحري.

تجتمع اللجنة البحرية الدولية دوريا في بروكسل بلجيكا، حيث تعمل على دراسة المشاريع التي تعدها الجمعيات الوطنية للقانون البحري في كل دولة، يتم تقديم مشروع معاهدة وينعقد مؤتمر دبلوماسي في بروكسل بطلب من الحكومة البلجيكية يتم فيها دعوة أهم الدول البحرية إلى المؤتمرات الدبلوماسية، وتدور المناقشات بين أنصار الأنظمة المختلفة.²

لعبت اللجنة دور مهم في إبرام العديد من المعاهدات الدولية والتي تعرف بمعاهدة بروكسل والتي عملت على وضع وتوحيد القواعد المنظمة للنشاط البحري وشملت بعض جوانب الملاحة البحرية.³

¹ - مبارك توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.71.

² - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.9.

³ - بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.23.

ثانيا: أهم الأعمال اللجنة المنجزة.

إن من أعمال اللجنة البحرية الدولية هو وضع وتوحيد قواعد الملاحة البحرية في إطار معاهدة بروكسل، والتي نظمت أهم مواضيع القانون البحري الدولي وتبنتها العديد من الدول¹، باعتبارها قواعد مادية تطبق مباشرة في إطار المعاملات البحرية التجارية، ولأنها قواعد موضوعية لقانون بحري دولي المأخوذ من الأعراف التجارية البحرية ومحاوله منها لمواجهة المشاكل القانونية للملاحة البحرية، إذ تم وضع عدة معاهدات هامة في مؤتمر بروكسل والتي لها علاقة بقانون التجارة الدولية².

- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد سندات الشحن في 25 أوت 1924، عدلت جزئيا ببروتوكول 1968.
- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض قواعد تحديد المسؤولية ملاك السفن في 25 أوت 1924، حلت محلها معاهدة بروكسل 10 أكتوبر 1957.
- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض قواعد الحجز التحفظي على السفن في 10 ماي 1952.
- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الركاب بطريق البحر في 29 أبريل 1961.
- معاهدة بروكسل الخاصة بالقبول المؤقت للبضائع في 6 ديسمبر 1961.
- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بالامتيازات والرهنون البحرية في 27 ماي 1967.
- معاهدة بروكسل الخاصة بقميد الحقوق المتعلقة بالسفن في 27 ماي 1967³.

¹ - على بارودي، محمد فريد العربي ومحمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص.32.

² - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.164.

³ - على بارودي وآخرون، المرجع السابق، ص.33.

- تكتسي معاهدات بروكسل أهمية بالغة في دراسة القانون البحري الدولي على أساس أن قواعدها أصبحت موحدة في كل بلدان العالم¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه انضمت الجزائر إلى الكثير من المعاهدات الخاصة بالملاحة البحرية والتي صادقت عليها الجزائر والمتعلقة بالتجارة الدولية. والتي من بينها معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل المسافرين المؤرخة في 29 أبريل 1961، صادقت عليها الجزائر بموجب أمر 73-02 المؤرخ 05 جانفي 1973، ج.ر، عدد 09. ومعاهدة بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بنقل أمتعة المسافرين بجرا المؤرخ في 27 ماي 1967، صادقت عليها الجزائر بموجب أمر 73-03 المؤرخ 05 جانفي 1973، ج.ر، عدد 09.

وعليه سيتم التعرض إلى نشاط الهيئات الحكومية الدولية الفاعلة في تنظيم النشاط التجاري الدولي.

المطلب الثاني: الهيئات الحكومية.

تميز بداية القرن العشرين بظهور هيئات حكومية والتي تتكون من عضوية حكومات بعض الدول يمثلها مندوبون فيها، حيث تهدف هذه الهيئات إلى وضع وتوحيد قواعد التجارة الدولية. وسنعرض ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.

المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لروما (Unidroit) L'institut international pour l'unification du droit privé، هو منظمة حكومية مستقلة مقرها في روما بايطاليا، موضوعها هو دراسة وسائل وطرق عصنة وتوحيد وتنسيق القانون الخاص وبالأخص القانون التجاري بين الدول المنظمة. أسس هذا المؤتمر سنة 1926

¹ - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.13.

كهيئة علمية تابعة لعصبة الأمم اثناء الدورة الخامسة، وبعد زوال عصبة الأمم تم إعادة هيكلته سنة 1940 وأصبح منظمة مستقلة. قد قام بمجهودات جبارة في مجال توحيد القواعد التي تنظم التجارة الدولية.¹

يعتبر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص مركز علمي مهم له ارتباط وثيق بقانون التجارة الدولية ويعمل على وضع مشاريع قوانين موحدة وتوحيد القانون الخاص، له اتصالات مع منظمات وهيئات دولية سواء أكانت حكومية، أو غير حكومية تهتم بتوحيد القانون الخاص على اعتبار أن القواعد الموضوعية الموحدة هي التي تكفل نمو التجارة الدولية وتطورها.²

أولاً: التأسيس والأهداف.

البند الأول: تأسيس المعهد.

تعود نشأة المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في 20 أبريل 1926، وهو هيئة مساعدة لعصبة الأمم، باعتباره منظمة حكومية دولية مستقلة أعيد تأسيسها في سنة 1940 عن طريق وضع قانونه العضوي والذي تم تعديله أيضا في سنة 1993 على قاعدة اتفاق متعددة الأطراف، ويعتبر المعهد هيئة مفتوحة أمام الدول للانضمام في نظامه العضوي.³

بلغ عدد الدول المنظمة إليه واحد وستون دولة، تمثل مختلف النظم السياسية الاقتصادية والقانونية التي تنتمي إلى القارات الخمس، تجب الإشارة أن الجزائر ليست

¹ - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.147.

² - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص156 و157.

³ - Catherine Kessedjian , un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international , les principes proposés par l' unidroit , Rev .Crit.,1995 .p.64.

عضو في المعهد ومن المستحسن أن تنظم إلى المعهد لأنه يعمل على توحيد القانون الخاص من أجل الدول باعتبارها الهدف أساسي في مجال تنظيم النشاط التجاري الدولي.¹

البند الثاني: أهداف المعهد.

نستخلص أهداف المعهد من التسمية المستخدمة معهد روما لتوحيد القانون الخاص مستند على وسائل ومناهج مختلفة حسب مضمون نص المادة الأولى من النظام العضوي:²

يعمل المعهد في إطار تحقيق أهدافه على دراسة انسجام وتطوير القانون الخاص وعلى وجه الخصوص القانون التجاري فيما بين الدول استجابة للحاجات القانونية الدولية.

- تحضير اتفاقيات دولية من أجل تبني تشريع خاص موحد، بهدف تسهيل وتشجيع العلاقات العابرة للدول.

- المساهمة في إبراز أهداف معهد روما وتبني الأعمال القانونية المنجزة عن طريق عقد مؤتمرات دبلوماسية دولية.

- العمل على تخفيف حدة الاختلافات فيما بين النظم القانونية المختلفة عن طريق وضع دراسات في القانون المقارن تهتم بالقانون الخاص.

يعمل المعهد من خلال هذه الأهداف على العمل لصالح الدول المنظمة إلى المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقط. إن القواعد الموحدة الموضوعة من طرف المعهد، تهتم بالجانب المادي الموضوعي للقانون الخاص وبالتالي فهي لا تتضمن قواعد تنازع القوانين، إلا بصفة عرضية.

¹ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.79.

² - أبو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.149.

ثانياً: أهم الأعمال المعهد.

ساهم المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في الكثير من الأعمال القانونية التي تم وضعها مباشرة من طرف المعهد. والتي تتعلق بالتجارة الدولية وتعلق بالقانون الخاص على العموم، ومن الاتفاقيات الدولية.¹

– الاتفاقية الدولية الخاصة بعقد نقل المسافرين، بروكسل، 23 أبريل 1970.
Convention internationale relative au contrat de voyage (Bruxelles, 23 avril 1970).

– الاتفاقية المتضمنة القانون الموحد للوصية الدولية، واشنطن 1973.
Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D.C., 1973).

– الاتفاقية الخاصة بالتمثيل في مسائل البيع الدولي للبضائع، جنيف 17 فبراير 1983.
Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 17 février 1983).

– اتفاقية اليونيدروا للاعتماد الإيجاري الدولي، أوتاوا 1988.
Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988).

– اتفاقية اليونيدروا الخاصة بعقد تحويل الفاتورة الدولي، أوتاوا 1988.
Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988).

¹ – ابو العلاء النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص.183.

- اتفاقية اليونيدروا الخاصة بالمتلكات الثقافية المسروقة أو المعروضة بطريقة غير شرعية، روما 1995.

Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995).

- الاتفاقية الخاصة بالضمانات الدولية على التجهيزات المتنقلة، 2001.
Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

- البروتوكول المتعلق بالمسائل الخاصة بتجهيزات الطيران في الاتفاقية الخاصة بالضمانات الدولية على التجهيزات المتنقلة. لوكسومبرغ 2007.

Protocole relatif aux questions spécifiques portant sur des matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007).

- اتفاقية اليونيدروا المتعلقة بالقواعد المادية الخاصة بالوساطة، جنيف 2009.
Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires (Genève, 2009)

كما أن معهد روما لتوحيد القانون الخاص ساهم أيضا بوضع القوانين النموذجية، وفي تقنين المبادئ العامة كما هو كالأتي:¹

- دليل اليونيدروا الخاص بالاتفاقات الدولية للفرونشيز، سنة 2000.

¹ - ابو العلاء النمر، القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.151.

Guide d'UNIDROIT sur les Accords Internationaux de Franchise Principale (2000).

- والقانون النموذجي الخاص بتسريب معلومات في مادة الفرونشيز، 2002.

Loi type sur la Divulgateion des informations en matiere de franchise (2002).

-ومبادئ اليونيدروا الخاصة بالإجراءات المدنية الدولية، 2004.

Principes Unidroit de procedure civile transnationale (2004).

- ومبادئ اليونيدروا الخاصة بعقود التجارة الدولية، 1994، والتي روجعت في سنة 2004.

Principes D'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (1994, 2004) .

الفرع الثاني: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية. CNUDCI .

لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية¹ (CNUDCI)، هي لجنة تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، أسستها بمقتضى توصيتها رقم 2205 (XXI) الصادرة في 17 ديسمبر 1966، دورها مساعدة المجتمع الدولي على توحيد القوانين في مجال التجارة الدولية.

مما يجب التنبيه إليه أن الدول النامية لم تساهم في وضع أو تطوير القواعد التي تنظم التجارة الدولية، والاستثناء الذي يظهر في لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية من خلال تخصيص مقاعد للدول النامية للمشاركة في أعمال اللجنة طبقا للفقرة

¹ - تعني باللغة الفرنسية، (CNUDCI).

La commission des nations unies pour le droit du commerce international

وتسمى باللغة الإنجليزية (UNCITRAL).

United Nations commission on International Trade Law

09 من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 " تراعى مصالح جميع الشعوب وخاصة شعوب البلدان النامية في إنماء التجارة الدولية إنماء كبيرا " ¹.

وقد قامت الأمم المتحدة في هذا الصدد بإنشاء اليونسيترال، من أجل تكريس علاقات ودية دولية بين الدول، تركز على تنمية التجارة الدولية وتحقيق المنفعة المتبادلة والمساواة. ²

¹ - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.37.

² - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص.266.

أولاً: التأسيس والأهداف.

البند الأول: تأسيس لجنة الأمم المتحدة.

تعود أصل فكرة إنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية إلى سبتمبر عام 1964 في إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة،¹ حيث كان لممثل حكومة دولة المجر الأسبقية للتطرق إلى هذا الموضوع، والذي لاقى ترحيباً من قبل الدول لاسيما منها الدول النامية.²

كان مضمون اقتراح المجر بقوله أن الأمم المتحدة لم تول الإهتمام الكبير للقانون الدولي الخاص في مجال التجارة الدولية بالمقارنة مع اهتمامها منذ إنشائها على تدعيم موضوعات القانون الدولي العام، ولذا يجب إنشاء هيئة دولية تعنى بتوحيد وتنسيق الجهود مع هيئات متخصصة في مجال تنظيم التجارة الدولية.³

لقد كلف الأمين العام للأمم المتحدة⁴، القيام بدراسة حول الموضوع بعد قبول الاقتراح، وفي دورة الإنعقاد الواحد والعشرين تم تقديم دراسة مستفيضة حول قانون التجارة الدولية وتم تبني الاقتراح من طرف أغلب الدول، توجت الدورة بلجنة عالمية تحت اسم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولية في اجتماع الجمعية العامة للأمم المتحدة و تم إصدار قرار بخصوصها في 17 ديسمبر 1966 (القرار رقم 2205)⁵.

ابتداء من سنة 1968 افتتحت اللجنة أشغالها بعقد أول اجتماع لها بنيويورك⁶، اقتصرت العضوية في لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على عدد قليل من الدول

¹ - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص.258.

² - حمزة حداد، المرجع السابق، ص.39.

³ - حمزة حداد، المرجع نفسه، ص.39.

⁴ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.142.

⁵ - Osman (F.), Op.Cit., p. 267.

⁶ - Huet (J.) , Op.Cit., p. 591.

من أجل حسن عمل اللجنة، حيث كانت تضم 29 دولة عضو وفي سنة 1973 قررت الجمعية العامة زيادة عدد الدول الأعضاء في اليونسيترال إلى 36 دولة عضو، ثم في سنة 2004 وصل عدد الدول الأعضاء في اللجنة إلى 60 دولة يتم انتخابها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة لمدة ست سنوات.

يجدد نصف أعضاء اللجنة كل ثلاث سنوات، يجب على الدول الأعضاء أن تعين ممثلها من الكفاءات في مجال قانون التجارة الدولية وأن يتم مراعاة في إطار تمثيل الدول في اللجنة جميع النظم القانونية والاقتصادية التي تعتبر أساسية في العالم، والتناسب في التمثيل لدول المتقدمة والدول المتخلفة؛ تجتمع اليونسيترال مرة كل سنة بنيويورك وفيينا بالتعاقب.¹

تجدر الإشارة أن الجزائر عضو في لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية انتخبت من قبل الجمعية العامة في سنة 2004.²

البند الثاني: أهداف لجنة الأمم المتحدة.

تهدف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية من خلال أعمالها وفقا لقرار إنشائها بعصرنة قواعد التجارة الدولية وتعميم استعمالها في كافة الدول حتى تصبح قواعد ذات تطبيق دولي³، عن طريق التوحيد والتنسيق بصفة تدريجية للقواعد الموضوعية التي تنظم التجارة الدولية في الوقت الراهن والعمل على الحد من تضاربها⁴.

¹ - محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، المرجع السابق، ص.44.

² - مبارك توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.85.

³ - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.143.

⁴ - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص.10.

- تعمل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية،¹ على وضع قواعد قانون التجارة الدولية وتشجيع الدول على تبني القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية.
- استخلاص التوجهات الحديثة في مجال قانون التجارة الدولية عنا طريق جمع المعلومات عن التشريعات الوطنية.
- تنسيق التعاون مع الهيئات المتخصصة والأمم المتحدة في مجال التجارة الدولية مثل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في إطار الروابط فيما بينها.
- إعداد مشاريع قوانين نموذجية واتفاقيات دولية وتشجيع نشر واستعمال الأعراف والعادات التجارية الدولية²، حيث أصدرت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية توصية في 06 جويلية 1984 والتي تصرح فيها أن القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية تمثل مساهمة فعالة في تسهيل المبادلات التجارية الدولية، والتي توصي باستخدامها، وفي نفس السياق فيما يخص المصطلحات التجارية الدولية في إطار دورة اليونسيترال الخامسة والعشرين لسنة 1992³.
- تشجيع التعاون فيما بين اليونسيترال والمنظمات الأخرى⁴ التي تعمل على توحيد قانون التجارة من أجل زيادة إقبال الدول للانضمام للاتفاقيات التي تنظم التجارة الدولية.

لتحقيق الأهداف المشار إليها تعتمد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على أعضاء منتخبة في لجنة، إذ تقوم هذه الأخيرة بصياغة نصوص اليونسيترال بمشاركة دول أخرى يشار إليها على أنها دول مراقبة، باعتبارها غير أعضاء في اللجنة، كذلك

¹ - Jacquet(M.), et Delebeque (PH.), Op. Cit., p. 38.

² - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.142.

³ - Huet (J.), Op.Cit.,p.578.

⁴ - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.142.

المنظمات الدولية المتخصصة سواء أكانت حكومية، أو غير حكومية مدعوة إلى حضور دورات اللجنة كما تعتمد على فرقها العاملة، حيث يعقد كل فريق عمل تابع للجنة دورة أو دورتين في السنة ما بين نيويورك وفيينا بالتعاقب.¹

ثانيا: أهم أعمال لجنة الأمم المتحدة.

إن أهم أعمال لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التي قامت بها من اجل تشجيع وتنشيط التبادل التجاري الدولي وتوحيد القواعد الموضوعية الخاصة بهذه الأخيرة، لذلك عملت اليونسيترال على استعمال تقنية القوانين النموذجية باعتبارها موجهة للتشريعات الداخلية لكي يتم إدماجها فيها حتى تُستخدم كنماذج للمشرعين الوطنيين، والتي تدعوهم فيها بتطابق تشريعاتهم الداخلية مع هذه القواعد النموذجية.²

تعتبر العقود النموذجية على المستوى الدولي الأكثر استعمال نظرا لشيوع استخدامها، حيث تبنت لجنة اليونسيترال قوانين نموذجية شملت مواضيع مختلفة لها صلة مع عقد البيع التجاري الدولي على أساس أنه محور قانون التجارة الدولية مثلا كالنقل البحري الدولي والتحكيم التجاري الدولي لأهمية هذه الأخيرة في ميدان التجارة الدولية، وأهم القوانين النموذجية التي تبنتها لجنة اليونسيترال:³

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 21 / 6 / 1985.
- الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية في 14 / 8 / 1987.
- القانون النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية لسنة 1992.
- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 .

¹ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.87.

² - لطيف جبر كوماني، القانون البحري، مكتبة دار الثقافة، 1998، ص.167.

³ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.89.

- القانون النموذجي حول التوقيع الإلكتروني لسنة 2001.¹
 - القانون النموذجي حول المصالحة التجارية الدولية لسنة 2000.²
- تظهر من بين أهم الأعمال المنجزة من طرف لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية:
 ففي مجال البيع الدولي أعدت اللجنة اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع في
 La convention de vente internationale des marchandises 1980 11 أبريل
 (CVIM) وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 01 جانفي 1988. وأعدت أيضا
 الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لعمليات التبادل الدولية
 المركبة لسنة 1992، Le guide juridique sur les opérations internationales
 d'échange composés.
- وفي مجال نقل البضائع، أعدت اللجنة اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع عبر
 البحر، سنة 1978 وهي المشهورة بقواعد هامبورغ.
- وفي مجال تسوية المنازعات، وضعت تنظيم التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة
 لقانون التجارة الدولية سنة 1976، وضعت تنظيم الصلح الخاص بلجنة الأمم المتحدة
 لقانون التجارة الدولية سنة 1980، ووضعت القانون النموذجي للتحكيم التجاري
 الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية 1985، ووضعت القانون النموذجي
 للصلح التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية 2002.
- وفي مجال الصفقات العمومية وتطوير المنشآت القاعدية، أعدت اللجنة الدليل
 القانوني الخاص بإعداد العقود الدولية لبناء المنشآت الصناعية 1988. وأعدت القانون

¹ - Heut (J.) , le droit du multimédia de la télématique à internet , rapport réalisé sous la direction de pierre heut ; AFTEL ,1996 , p.8-9.

² - Jacquet(M.), et Delebeque (PH.), Op. Cit., p. 39.

النموذجي الخاص بإبرام صفقات المواد والأشغال والخدمات 1994. والدليل القانوني ل
2001 والدليل القانوني النموذجي للمشاريع القاعدية بتمويل خاص 2003.
وفي مجال الوفاء الدولي أعدت اللجنة اتفاقية دولية تتعلق بالسفتحة والسند لأمر
الدوليين لسنة 1988

Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les
billets à ordre internationaux.

وقد أنجزت قانون نموذجي خاص بالوفاء الدولي، الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة

لقانون التجارة الدولية في 15 ماي 1992. Loi type de la CNUDCI sur les virements
، internationaux

واتفاقية دولية خاصة بالضمانات المستقلة ورسائل الاعتماد، في 11 ديسمبر 1995

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de
crédit stand-by

واتفاقية دولية تتعلق بحوالة الديون في التجارة الدولية، 2001.

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce
international،

وفي مجال التجارة الالكترونية، أعدت القانون النموذجي للتجارة الالكترونية سنة

1996، والقانون النموذجي للتوقيع الالكتروني¹.

وفي مجال الإفلاس والإعسار الدولي، أعدت اللجنة القانون النموذجي الخاص

بالإعسار الدولي 1997، والدليل التشريعي الخاص بقانون الإعسار 2004.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002،
ص.165.

الفرع الثالث: مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

كانت مبادرة إنشاء مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من قبل الدول الأوروبية¹، حيث كان عمله منصب على مواجهة المشاكل التي طرحت في إطار البيوع الدولية وتنازع القوانين على أساس أن أهمية تنظيم قواعد التجارة الدولية يقوم بالدرجة الأولى بتشجيع زيادة المبادلات التجارية الدولية والتقارب بين الشعوب والأمم الذي ينعكس بالأحرى على تعزيز السلم والأمن الدوليين.

أولاً: التأسيس والأهداف.

البند الأول: تأسيس المؤتمر.

أعطيت واقتُرنت تسمية مؤتمر لاهاي² نسبة لاسم المدينة الذي يعقد دورته فيها وهي مدينة لاهاي بدولة هولندا، ويرجع أول اجتماع له سنة 1893 من قبل الحكومة الهولندية وذلك بفضل الفقيه الهولندي tobias asser³، ولكن سرعان ما تعثرت دورات انعقاده بسبب الحرب العالمية الأولى والثانية، ولكن بعد نهاية الحرب عاود المؤتمر استئناف نشاطه منذ الدورة السابعة من 1 إلى 10 جانفي 1951 وعلى أساسها أصبح مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص منظمة حكومية دائمة على المستوى الدولي وأقر فيها نظامه الأساسي⁴.

والجددير بالذكر انه منذ حوالي قرن من نشأته يضم مؤتمر لاهاي 64 دولة عضو فيها، والجزائر لم تنظم إلى مؤتمر لاهاي.⁵

¹ - لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، ص.167.

² - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.159.

³ - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص.121.

⁴ - Jacquet(M.), et Delebeque (Ph.), Op. Cit., p. 39.

⁵ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.74.

البند الثاني: أهداف المؤتمر.

ينص النظام الأساسي للمؤتمر على أن مؤتمر لاهاي يهدف إلى العمل من أجل التوحيد لكل قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد القانون الخاص يعتمد المؤتمر لتحقيق هذا الهدف على التفاوض وصياغة اتفاقيات متعددة الأطراف تشمل مختلف الميادين، في إطار فكرة الترويج لتوحيد الدولي وبذلت مجهودات واسعة في تنازع القوانين، تنازع الاختصاص، تنفيذ أحكام الأجنبية يجب الإشارة أيضا إلى ما تم تحقيقه في مجال العقود الخاصة بالبيوع الدولية¹.

إن الطريقة المعتمدة من طرف مؤتمر لاهاي لقانون الدولي الخاص في إطار تحقيق أهدافه على أساس أن يُدير عمل المؤتمر مكتب دائم ويمر عمل مؤتمر لاهاي بمرحلتين، الأولى إعداد مشروع اتفاقية ويتم إعدادها من طرف لجان متكونة من قانونيين ممارسين وخبراء حكوميين².

أما المرحلة الثانية تقوم الدول الأعضاء في المؤتمر لاهاي لقانون الدولي الخاص بتقديم طلب إلى هولندا من أجل تبليغ الدول أعضاء لعقد مؤتمر دبلوماسي دولي لمناقشة والمصادقة على الاتفاقية الموضوعة، يتم اجتماع في الجلسة العامة لمؤتمر لاهاي كل أربع سنوات³.

ثانيا: أهم أعمال المؤتمر.

عمل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص على وضع عدة اتفاقيات دولية المتعلقة بالعقود الدولية والتجارة الدولية بصفة خاصة وهي:⁴

¹ - الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص.159.

² - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص.121.

³ - طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص.46.

⁴ - مباركي توفيق ميلود، المرجع السابق، ص.77.

- الاتفاقيات حول القانون المطبق في نقل الملكية في حالة البيع الدولي للمنقولات المادية المؤرخة في 15 أفريل 1958.
 - إتفاقية لاهاي في 01 فبراير 1971 الخاصة باعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية.
 - إتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل المؤرخة في 14 مارس 1978.
 - إتفاقية لاهاي في 22 ديسمبر 1986 الخاصة بقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.
 - إتفاقية لاهاي في 01 جويلية 1964 المتضمنة القانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.
 - إتفاقية لاهاي في 01 جويلية 1964 المتضمنة القانون الموحد الخاص بالبيع الدولي للمنقولات المادية.
- عقد المؤتمر الدبلوماسي في لاهاي لتبني اتفاقيتين من 01 إلى 25 أبريل 1964 شاركت فيه حوالي 28 دولة، اعتبرت اتفاقية لاهاي 1 جويلية 1964 مرجعية في التجارة الدولية في ذلك الوقت.
- يعتبر البيع الدولي محور المعاملات التجارية الدولية¹ لذا تعد الاتفاقية الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية من أهم الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، لأن الاتفاقية عبارة عن قواعد موضوعية جعلت من الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا لأحكامها مع مراعاة متطلبات التجارة الدولية، كما تلزم الاتفاقية الدول المنظمة أن تدخل أحكام الاتفاقية في تشريعاتها الخاصة بالبيع الدولي.

¹ - الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص161.

خاتمة

خاتمة

يتجلى دور الإرادة في إبرام العقود الدولية على الصعيد الدولي، لما تحمله هذه العقود من تبعات مالية تفوق العقود الوطنية، وهو الأساس الذي قامت عليه العقود الدولية. إلى جانب اهتمام التشريعات بتوفير الحماية لتنفيذ هذه العقود التي مردها إرادة العاقدين. ولقد كان تنازع القوانين في مسائل العقود الشغل الشاغل لرجال القانون الدولي الخاص.

فإن الأمر يدعونا إلى تحديد المقصود بالعقود الدولية للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول في تحديد مفهوم العقد الدولي وتمييزه عن العقد الداخلي. فكان المعيار القانوني يقرر بان يكون العقد دوليا متى يكون مرتبطا بأكثر من نظام قانوني، ويذهب المعيار الاقتصادي إلى المساس العقد بالمعطيات الاقتصادية. غير أن هذه المعايير لم تنجح في تعريف العقد الدولي لعدم وجود معيار جامع مانع، مما ارتأى البعض بوجوب الجمع بين المعيارين من اجل الوصول لتعريف العقد الدولي وإضفاء الصفة الدولية للعقد بارتباطه بأكثر من نظام قانوني وكان يؤدي أعمال قواعد التجارة الدولية.

وفي نفس الوقت لابد من توافر العنصر الفعال بغية الدمج بين المعيار الواسع والضيق مع مراعاة المعيار الاقتصادي، اي ولا بد من الأخذ بعين الاعتبار في تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قواعد الإسناد الجامدة والمرنة مع مراعاة انتقال الأموال والخدمات خارج الحدود.

إن المبدأ المعتمد عليه وهو وجوب خضوع العقود لنظام قانوني معين، والذي تم تأكيده من غالبية التشريعات الوطنية والقضاء الوطني والفقهاء والاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي. فان تحديده تمخض عنه ظهور ثلاث اتجاهات النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية والنظرية المعتدلة.

النظرية الشخصية أطلقت العنان لقانون الإرادة وأعطت الحرية الكاملة في اختيار القانون المختار، أما النظرية الموضوعية فتجاهلت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإنما يقتصر دورها في تركيز العقد في مكان معين ويستخلص القاضي على ضوءها القانون المختار. أما النظرية المعتدلة فهي بمثابة حل وسط توفقي فيعتد بإرادة الأطراف بشرط البحث في الصلة بين القانون المختار والعقد والمتعاقدين.

وتنحصر فكرة الدراسة حول موضوع العقود، وبالتالي يخرج من نطاقها عقود الأحوال الشخصية وعقود الاستخدام وعقود العقارية وعقود الدولة. واستثنينا من دراسة الموضوع شكل العقد والأهلية.

والمرجع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني كرس مبدأ سلطان الإرادة، وأوضح بان قانون الإرادة ينصب على موضوع العقد، وجاء بضوابط إسناد احتياطية بعد قانون الإرادة ضابط الإسناد الرئيسي، ورأينا بان المشرع يأخذ بكل من الإرادتين الصريحة والضمنية للتعبير عنها، ويجب توافر الصلة ما بين العقد والقانون المختار. واعتنق المشرع مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من حيث الموضوع، من شروط تكوين العقد إلى آثاره من اجل الحفاظ على نسق العقد وانسجامه.

أما إذا كان من شأن القانون المختار من قبل الخصوم أن يصطدم بالمبادئ الأساسية للقانون الجزائري، فللقاضي المعروض أمامه التراجع أن يستبعده من ميدان التطبيق، ويعوض هذا الاستبعاد بالقانون الجزائري وذلك ما قضت به المادة 24 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري المعدلة، بحيث ساير في هذا الشأن اجتهادات القضاء الفرنسي.

وإذا تبين للقاضي الجزائري، من خلال ظروف النزاع المعروض أمامه، بأن الأفراد قد غيروا من ضوابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختار من قبلهم، فيمكن أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون المفتعل عن طريق الغش، وإعادة العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا، للقانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع.

وإذا كان المبدأ القاضي بإخضاع العقد لنظام قانوني معين، إلا أن اتجاه آخر يرى بإخضاع فئة هذه العقود لقانون التجار أو بما يسمى بالقواعد المادية أو الموضوعية وهو نظام معايير للاتجاه الأول.

وتعرف على أنها مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي والتي ترتبط بدول مختلفة تنظيماً مباشراً مستقلاً عن أي نظام لقانون وطني بدولة معينة. أو بعبارة أخرى هي مجموعة من القواعد المستمدة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية كالقواعد النمطية والنموذجية والعادات والاعراف التجارية المتداولة بشأن معاملات تجارية معينة.

كما أن قواعد الانكوترمز كان لها تطبيق في القانون الجزائري في العلاقات التجارية الخارجية، وفقاً لما تقتضيه نص المادة 27 من النظام الصادر عن البنك الجزائري رقم 1/7 الصادر في 2007/2/3 بقولها: " يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية (incoterm) التي تتضمنها اصول واعراف الغرفة التجارية الدولية في العقود الدولية ما لم تنص الاحكام التشريعية التنظيمية على خلاف ذلك. "

غير أن هذا التيار انقسم الفقهاء إلى تمتع قواعد التجار بصفة القانون والرأي الآخر نفى عنها صفة القانون. وكان لهذه القواعد دور كبير في حل مثل هذه المنازعات، ومرد ظهورها اما من صنع الأطراف أو المنظمات الحكومية وغير الحكومية وكذا التشريعات الوطنية والتحكيم التجاري الدولي.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها:

- إن مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود الدولية، يتمثل أساساً في توجيه إرادة الأطراف لإعمال موضوع العقد تماشياً وحسن النية وتنفيذ ما اشتمل عليه العقد، وأصبح هذا المبدأ يتسم بالدولية.

- إن المفهوم الدقيق لتعريف العقد الدولي هو لا بد من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي، من أجل تحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية. وقد ساد الأخذ به من قبل الفقهاء وبعض القانونيين.

ومن التوصيات

- إرساء منظومة قانونية على المستوى الدولي تحدد معيار الصفة الدولية للرابطة العقدية، يلجأ إليها في حالة عدم وجود القانون المختار الذي يحكم العقد من تكوين العقد إلى غاية تنفيذه.

- الاهتمام بتطبيق اختيار الأفراد احتراماً لمشيئتهم في العقود الدولية، وتفعيل دور قانون القاضي المعروض أمامه النزاع في حالة تعطل قواعد الإسناد في تحديد قانون العقد.

- تفعيل دور القاضي الوطني في تعديل شروط العقد منعا لاستغلال الحاجة ودفعاً للغش والتدليس في اختيار قانون العقد.

- جعل قوانين دولية موحدة يلجأ إليها في مجال تنظيم القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، إلى جانب توحيد التشريعات الوطنية منعا لمشكل تنازع القوانين.

- جعل للأطراف حق اختيار أكثر من نظام قانوني، أي أكثر من قانون وطني وله الصلة بالعقد، إلى جانب اختيار المبادئ العامة للقانون، عادات وأعراف التجارة الدولية.

الملاحق

قائمة الملاحق

الملحق رقم 01: مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

الملحق رقم 02: القانون الدولي الخاص الكويتي.

الملحق رقم 03: القرار المتعلق بالمحكمة العليا الجزائرية من حيث

القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

الملحق رقم 01 :

مجلة القانون الدولي الخاص

التونسية.

النص الكامل لتشريع القانون الدولي الخاص التونسي.

مجلة القانون الدولي الخاص 27-11-1998 الجمهورية التونسية

باسم الشعب،
وبعد موافقة مجلس النواب،
يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصّه:

الفصل 1- جمعت في تأليف واحد باسم "مجلة القانون الدولي الخاص" النصوص المنشورة فيما بعد والمتعلقة بالقانون الدولي الخاص.

الفصل 2- يجري العمل بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ نشرها بالبريد الرسمي للجمهورية التونسية بدون أن يكون لها تأثير على الماضي إلا أن القضايا التي مازالت جارية في تاريخ جريان العمل بهذه المجلة تبقى خاضعة للأحكام القانونية المعمول بها في التاريخ السابق عن جريان العمل بها إلى أن تتفصل بوجه بات وتصبح أحكامها محرزة على قوة ما اتصل به القضاء.

الفصل 3- بداية من جريان العمل بهذه المجلة تلغى جميع النصوص المخالفة لها وبالأخص منها الفقرة الثانية وما بعدها من الفصل 2 والفصول 31 و316 و317 و318 و319 و320 و321 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 والأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود والنصوص التي نقحته أو تمّمته.

== العنوان الأول أحكام عامة ==

الفصل 1

تحدّد أحكام هذه المجلة بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة:

- 1- الاختصاص القضائي للمحاكم التونسية.
- 2- آثار الأحكام والقرارات الأجنبية بالبلاد التونسية.
- 3- حصانة التقاضي والتنفيذ.
- 4- القانون المنطبق.

الفصل 2

تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي.

== العنوان الثاني اختصاص المحاكم التونسية ==

الفصل 3

تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية.

الفصل 4

تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عيّنها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية.

الفصل 5

تنظر المحاكم التونسية أيضا:

- 1- في دعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية إذا ارتكب الفعل الموجب للمسؤولية أو حصل الضرر بالبلاد التونسية.
- 2- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نقد أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية.
- 3- في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية.
- 4- في النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية.

الفصل 6

كما تنظر المحاكم التونسية:

- 1- في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية.
- 2- في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية.
- 3- إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية.

الفصل 7

تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية.

الفصل 8

تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر:

- 1- إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بإسناد الجنسية التونسية أو اكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.
- 2- إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية.
- 3- إذا تعلقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسسات أو التفليس.
- 4- إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها.
- 5- وفي كل ما أسند إليها بنص خاص.

الفصل 9

إذا لم يكن للمطلوب مقرّ معلوم بالبلاد التونسية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقرّ الطالب.

وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر، في حين أنّ الطالب والمطلوب لا يقيمان بالبلاد التونسية، فإنّ الدعوى ترفع أمام محكمة تونس العاصمة.

الفصل 10

يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل.

== العنوان الثالث في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية ==

الفصل 11

لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية:

- إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها.
 - إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية.
 - إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.
 - إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.
 - إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل.
- كما لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلا حسب الشروط التي جاءت بها أحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم.

الفصل 12

يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة. وإذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ فإن القرارات القضائية والولائية الأجنبية يكون لمضمونها قوة إثباتية أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية.

الفصل 13

تدرج دون الالتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ، بسجل الحالة المدنية للمعني بها، رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية النهائية باستثناء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية، بشرط إعلام الطرف المعني بها.

الفصل 14

يمكن للطرف الأحرص أن يبادر برفع دعوى في طلب الإذن بالتنفيذ أو في طلب التصريح بعدم الحجية.

الفصل 15

لكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم أو القرار الأجنبي. ويقضى بعدم المعارضة إذا لم يتوفر بالحكم أو القرار الأجنبي شرط من الشروط الواجبة للإذن بتنفيذه.

الفصل 16

ترفع الدعاوى المتعلقة بطلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة بالأحكام والقرارات الأجنبية، أمام المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقرّ الطرف المحتجّ ضدّه بالقرار الأجنبي وعند انعدام المقر بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة. وترفع الدعاوى المتعلقة بطلب الاعتراف أو الإذن بتنفيذ الأحكام التحكيمية بتونس طبقاً لأحكام الفصل 80 من مجلة التحكيم.

الفصل 17

تقدّم عريضة طلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة مرفوعة بنسخة قانونية معرّبة من الحكم أو القرار. والأحكام الصادرة بشأن طلب يرمى إلى الإذن بتنفيذ حكم أجنبي أو قرار أجنبي أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة تكون فيما يخصّ وسائل الطعن فيها خاضعة للقانون

التونسي.

الفصل 18

الأحكام والقرارات الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالبلاد التونسية تنفذ وفقا للقانون التونسي شريطة المعاملة بالمثل.

== العنوان الرابع الحصانة ==

الفصل 19

تتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف كسلطة عمومية باسم سيادتها أو لحسابها وذلك شريطة المعاملة بالمثل.

الفصل 20

لا عمل لحصانة التقاضي إذا كان النشاط المعني تجاريا أو يتعلق بخدمات مدنيّة وحصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية أو أنتج آثاره مباشرة بها.

الفصل 21

لا تنتفع الدولة الأجنبية والذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة، بحصانة التقاضي إذا قبلت صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية.

الفصل 22

تطبق المحاكم التونسية حصانة التقاضي حتى في حالة عدم حضور الدولة الأجنبية أو الذوات المعنوية، المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة، لديها.

الفصل 23

تتمتع الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة، بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها الموجودة بالبلاد التونسية والمخصصة لنشاط سيادة أو لإسداء خدمة عمومية لها.

الفصل 24

أملك الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة، لا تتمتع بالحصانة التنفيذية إذا كانت مخصصة لتعاطي نشاط خاص أو ذي طابع تجاري.

الفصل 25

للدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة، العدول عن الانتفاع بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها المشمولة بهذه الحصانة. ويجب أن يكون العدول ثابتا وصريحا لا لبس فيه.

== العنوان الخامس القانون المنطبق ==

== الباب الأول أحكام عامة: تنازع القوانين ==

الفصل 26

إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة، وعند التعذر، يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني.

الفصل 27

يتمّ التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي. ويتمّ لغاية التكييف، تحليل عناصر الأنظمة القانونية غير الواردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه. وتؤخذ بعين الاعتبار، عند التكييف، مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص. ويتمّ التكييف في نطاق المعاهدات الدولية باعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية.

الفصل 28

قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف. وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبّرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها.

الفصل 29

يعيّن القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث آثارها.

الفصل 30

يتكوّن التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة. وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد.

الفصل 31

تطبق الأحكام الانتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع.

الفصل 32

يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء. وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.

ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية. وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي. ويجب في جميع الحالات احترام مبدأ المواجهة.

الفصل 33

يشمل القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها.

الفصل 34

يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه. ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب.

الفصل 35

لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نصّ القانون على قبوله.

الفصل 36

لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي. ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية أطراف النزاع. ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي. ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في

مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.
ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها.

الفصل 37

يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي.

الفصل 38

تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها.
ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها.
ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الاعتبار اكتسائه صبغة القانون العام.

== الباب الثاني حقوق الأشخاص ==

الفصل 39

تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي.
وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية.
وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي.

الفصل 40

تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط.
وإذا كان أحد الأطراف في التزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الالتزام فإنه لا يمكنه الاحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي أو بقانون الدولة التي نشأ فيها أو تعاطى فيها نشاطه إلا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم أو كان عليه العلم بانعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام الالتزام.

الفصل 41

الولاية ينظمها القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه.

غير أن الوسائل الوقتية أو المتأكدة تتخذ على مقتضى القانون التونسي إذا كان القاصر أو المحجور عليه موجودا بالبلاد التونسية عند اتخاذها أو إذا تعلقت الوسيلة الحمائية بمال منقول أو عقار كائن بالبلاد التونسية.

الفصل 42

يخضع اللقب للقانون الشخصي للمعني به. وإذا كان من شأن تغيير الحالة المدنية أن يحدث تبديلا في اللقب يطبق القانون المنظم للآثار المترتبة عن ذلك التغيير.

الفصل 43

يخضع وجود الحقوق المتعلقة بالشخصية للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية. أما إذا تعلق الأمر بالذوات المعنوية فيخضع وجود الحقوق المتعلقة بشخصيتها لقانون الدولة التي أنشئت فيها أو فيما يخص نشاطها إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط.

الفصل 44

تخضع شروط وآثار فقدان والغياب لآخر قانون شخصي للمفقود أو الغائب.

== الباب الثالث حقوق العائلة ==

الفصل 45

تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة.

الفصل 46

تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج. وإذا كان أحد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدد الزوجات فإن ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلا بناء على شهادة رسمية تثبت أن ذلك الزوج في حل من كل رابطة زوجية أخرى.

الفصل 47

تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك. وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة.

الفصل 48

يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقرّ مشترك لهما إن وجد وإلا فللقانون مكان إبرام عقد الزواج.

الفصل 49

الطلاق والتفريق الجسدي ينظّمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرّ مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبّق المحكمة قانونها. وينظّم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى.

الفصل 50

تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطفل.

الفصل 51

تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقرّه أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للدائن. إلا أنّ نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحلّ الرابطة الزوجية.

الفصل 52

يطبّق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوّة الطفل من بين:
- القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقرّه.
- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه.
وتخضع المنازعة في البنوّة للقانون الذي نشأت بمقتضاه.

الفصل 53

تخضع شروط التبنيّ لقانون المتبني والمتبني كلّ فيما يتعلّق به. تخضع آثار التبنيّ للقانون الشخصي للمتبني. إذا قام بالتبنيّ زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبنيّ ينظّمها قانون مقرّهما المشترك. وتخضع الكفالة لنفس الأحكام.

== الباب الرابع الموارد ==

الفصل 54

يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيته عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكها. وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكاً كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإنّ هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية.

الفصل 55

تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته. ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت به.

الفصل 56

الهبة ينظمها القانون الشخصي للواهب زمن حصولها. وتخضع الهبة في شكلها للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت الهبة فيها.

== الباب الخامس الأموال ==

الفصل 57

يوصف المال بمنقول أو عقار حسب قانون الدولة التي يوجد بها المال.

الفصل 58

الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال.

الفصل 59

يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سجل أو رسم فيها.

الفصل 60

تخضع الحقوق العينية على مال في حالة عبور لقانون البلاد التي يوجد بها.

الفصل 61

يخضع إشهار تصرّقات التأسيس والحفظ والانتقال وانقضاء الحقوق العينية لقانون الدولة التي يتم فيها القيام بإجراءات الإشهار.

== الباب السادس الالتزامات ==

== القسم الأول الالتزامات الإرادية ==

62 الفصل

يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقرّ الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقرّ مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

63 الفصل

تخضع العقود المتعلقة باستغلال العقارات من حيث شكلها ومضمونها إذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق، لقانون المكان الذي يوجد به العقار.

64 الفصل

ينظم القانون المنطبق على العقد خاصّة:

- 1- وجوده
 - 2- صحته
 - 3- تأويله
 - 4- تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه.
 - 5- نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض.
 - 6- الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على انقضاء الآجال.
 - 7- آثار بطلان العقد.
- وتخضع طرق التنفيذ والوسائل التي يتخذها الدائن عند عدم التنفيذ لقانون الدولة التي يتمّ إجراؤها فيها بصفة فعلية.

65 الفصل

يخضع انتقال الالتزام التعاقدي للقانون الذي يعينه الأطراف ولا يمكن معارضة الدائن أو المدين الأصليين بهذا الاختيار بدون مصادقته عليه. وإذا لم يعين الأطراف القانون المنطبق، يخضع انتقال الالتزام التعاقدي للقانون المنطبق على الالتزامات المحالة.

66 الفصل

يخضع انقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين.

الفصل 67

يخضع عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدّي العامل عادة عمله فيها. وإذا تعوّد العامل على أداء عمله في عدّة دول فإن عقد الشغل يخضع لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إلا إذا تبين من جملة الظروف أن للعقد روابط أو ثقل بدولة أخرى وفي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة.

الفصل 68

يكون العقد صحيحا شكلا إذا توفرت فيه الشروط التي عينها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه. ويكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعيّنة بقانون إحدى هذه الدول.

الفصل 69

تخضع العقود المتعلقة بالملكية الفكرية لقانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه وذلك ما لم تعين الأطراف قانونا غيره. والعقود المبرمة بين المؤجر والأجير والمتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي أنجزها العامل في إطار أدائه لعمله ينظمها القانون المنطبق على عقد الشغل.

== القسم الثاني الالتزامات القانونية ==

الفصل 70

تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضارّ. إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإنّ قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك. وإذا كان للمتسبب وللمتضرر مكان إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة.

الفصل 71

يمكن للأطراف، بعد حصول الفعل الضارّ، الاتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الابتدائي.

الفصل 72

ينظم المسؤولية الناجمة عن منتج حسب اختيار المتضرر:
1- قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع وعند عدم وجودها فمقرّه.
2- قانون الدولة التي تمّ فيها اقتناء المنتج إلا إذا أثبت الصانع أنه قد عرض بالسوق بدون

موافقته.

3- قانون الدولة التي حصل بها الضرر.

4- قانون الدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتاد للمتضرر.

الفصل 73

تخضع المسؤولية المترتبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي جدّ به الحادث.

ويمكن للمتضرر أن يتمسك بقانون مكان حصول الضرر.

إلا أنه إذا كانت جميع الأطراف مقيمة بالبلاد التي هي في الآن نفسه بلاد تسجيل العربة أو

العربات المعنية بالحادث فإنّ قانون تلك البلاد هو المنطبق.

الفصل 74

يمكن للمتضرر القيام مباشرة على مؤمن المسؤول إذا كان ذلك جائزا حسب القانون المنطبق

على الفعل الضارّ أو القانون المنطبق على عقد التأمين.

الفصل 75

يحدّد القانون المنطبق على الفعل الضارّ على وجه الخصوص، الأهلية الخاصة بالمسؤولية

المدنية وشروط ومدى تلك المسؤولية، وكذلك الشخص المسؤول.

وتؤخذ بعين الاعتبار قواعد السلامة والسلوك السارية بمكان حصول الفعل الضارّ.

الفصل 76

يخضع تصرف الفضوليّ والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها

الفعل الذي تولدت عنه.

[[رئيس الجمهورية]]

[[زين العابدين بن علي]]

الملحق رقم 02 :

القانون الدولي الخاص الكويتي .

مادة «9»

في الاحوال المنصوص عليها في المادة السابقة، وحيث يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ينتمى اليها جميع الخصوم بجنسيتهم، يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة، أن تكلف المدعى برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة اذا كان رفعها اليها جائزا .

الفصل الثاني

ولاية محاكم الكويت في المسائل المدنية التجارية

مادة «10»

في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي . يكون اختصاص محاكم الكويت على وجه المبين في المواد التالية .

مادة «11»

أى كويتي تجوز مقاضاته أمام المحاكم الكويتية بسبب ما ترتب في ذمته من التزامات ، حتى مانشأ منها في الخارج .

مادة «12»

تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي اذا كان له موطن أو سكن في الكويت، أو كان له فيها موطن مختار، مالم تكن الدعاوى متعلقة بعقار واقع في الخارج .

مادة «13»

تختص المحاكم الكويتية في جميع الأحوال بالدعاوى المتعلقة بعقار أو منقول موجود في الكويت .

مادة «14»

تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى المرفوعة على أجنبي اذا كان موضوع الدعاوى التزاما ناشئا عن عقد أبرم أو نفذ أو كان تنفيذه مشروطا في الكويت .

مادة «15»

تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى المرفوعة على أجنبي اذا كان موضوع الدعاوى التزاما ناشئا عن واقعة مادية حدثت في الكويت .

(أ) اذا كان آخر موطن للمتوفى في الكويت .

(ب) اذا كان موطن المدعى عليهم كلهم أو بعضهم في الكويت .

(ج) اذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الكويت وكان المورث كويتيا أو كان الورثة أو بعضها كويتيين .

(د) اذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الكويت وكانت محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقا لقانونها .

مادة «7»

فيما عدا المسائل المشار اليها في المواد السابقة، تختص المحاكم الكويتية بمسائل الاحوال الشخصية اذا كان للمدعى عليه موطن في الكويت .

مادة «8»

استثناء من أحكام المادة السابقة، يجوز رفع الدعوى امام المحاكم الكويتية، اذا لم يكن للمدعى عليه موطن في الكويت، في الأحوال الآتية :

(أ) اذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج وكان العقد يراد ابرامه لدى موثق كويتي .

(ب) اذا كانت الدعوى بطلب فسخ عقد الزواج أو الطلاق أو الانفصال وكانت مرفوعة من الزوجة التي فقدت جنسيتها بالزواج متى كانت مقيمة في الكويت أو كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة المقيمة بالكويت على زوجها الذي كان متوطنا بها متى كان الزوج قد هجر زوجته ، أو كان قد جعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو الطلاق أو الانفصال، أو كان قد أبعد من الكويت .

(ج) اذا كانت الدعوى بطلب نفقة للزوجة أو للام أو للصغير وكان هؤلاء يقيمون في الكويت .

(د) اذا كانت الدعوى بشأن صغير يقيم في الكويت، أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

(هـ) اذا كان المدعى كويتيا أو متوطنا في الكويت، وذلك اذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، أو اذا كان القانون الكويتي واجب التطبيق في موضوع الدعوى .

مادة «16»

تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى المدنية والتجارية المرفوعة على أجنبي اذا كانت متعلقة بتركة افتتحت في الكويت .

مادة «17»

تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى المرفوعة على أجنبي اذا كانت متعلقة بتفليس شهر في الكويت .

مادة «18»

تختص المحاكم الكويتية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو سكن في الكويت ، اذا كان أحد المختصين معه كويتيا ، أو كان أجنبيا له موطن سكن أو موطن مختار في الكويت .

الفصل الثالث

أحكام مشتركة

مادة «19»

يجوز للمحاكم الكويتية أن تقضى في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للأحكام المقررة في الفصلين السابقين اذا قبل المدعى عليه السير فيها .

مادة «20»

اذا رفعت للمحاكم الكويتية دعوى داخلة في اختصاصها ، فانها تكون مختصة بالفصل في المسائل الاولية التي يلزم الفصل فيها للفصل في الدعوى التي تختص بها أصلا وبالفصل في كل طلب يرفعه المدعى عليه على المدعى ردا على دعواه وفي كل طلب مرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها .

مادة «21»

تختص المحاكم الكويتية بالاجراءات الوقوتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت ، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية .

مادة «22»

تختص المحاكم الكويتية باجراءات التنفيذ الجبري التي تتخذ في الكويت .

مادة 23

اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن المحكمة الكويتية مختصة بنظر الدعوى ، قضت بعدم اختصاصها بغير حاجة الى طلب .

الفصل الرابع

آثار الاحكام والاورامر والسندات الاجنبية

مادة 24

الإحكام والاورامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت وفقا للشروط وطبقا للاجراءات المقررة في المادة 276 من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

مادة 25

احكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها اذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه ، وذلك مع مراعاة القواعد المبينة في المادة 276 من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

مادة 26

السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في بلد اجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في الكويت .

مادة 27

يطلب الأمر بتنفيذ السندات الرسمية المذكورة في المادة السابقة بعريضة تقدم لقاضي الأمور الوقوتية بالمحكمة الكلية . ولا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي تم فيه . ومن خلوه مما يخالف الآداب والنظام العام في الكويت .

العمل بالقواعد المقررة في المواد السابقة (م 24 - 27) لا يخل بأحكام المعاهدات التي تعقد بين الكويت وبين غيرها من الدول في هذا الشأن .

مادة 29

يكون للحكم الصادر في بلد أجنبي أو لحكم المحكمين الصادر في بلد أجنبي حجية الأمر المقضي ، اذا توافرت فيه الشروط. اللازمة لأن يكون قابلا للتنفيذ في الكويت ، وذلك دون حاجة الى الحصول على أمر بالتنفيذ .

مادة 30

يعتبر كل من الحكم او الامر الصادر في بلد أجنبي ، وحكم المحكمين الصادر في بلد أجنبي ، والسند الرسمي الاجنبي ، محررا رسميا يتمتع في اثبات الوقائع التي قررها ، بالقوة التي يعطيها له قانون الدولة التي صدر منها .

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي

مادة 31

القانون الكويتي هو الذي يسرى في تكييف العلاقات القانونية عندما يكون لازما تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها .

الفصل الاول

القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية

مادة 32

في مسائل الأحوال الشخصية ذات العنصر الاجنبي ، حيث تتنازع القوانين يكون القانون الواجب التطبيق على الوجه المبين في المواد التالية

الحالة المدنية للشخص وأهليته يسرى عليها قانون جنسيته ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الكويت وتترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية ، وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته .

مادة 34

النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الاجنبية . من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك اذا باشرت نشاطها الرئيسي في الكويت ، ولو لم يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ، فان القانون الكويتي هو الذي يسرى

مادة 35

تعتبر الخطبة من مسائل الاحوال الشخصية ، ويسرى عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية الى كل خاطب ، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة ، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ .

مادة 36

يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضاء وشروط الخلو من موانع الزواج . الى قانون جنسية الزوجين اذا اتحدت الجنسية ، فان اختلفت وجب الرجوع ، بالنسبة الى كل زوج لقانون جنسيته . واذا كان أحد الزوجين كويتيا وقت انعقاد الزواج ، سرى القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الاهلية .

مادة 37

يرجع في الاوضاع الشكلية للزواج ، كالتوثيق والمراسم الدينية ، الى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو الى قانون جنسية كل من الزوجين .
ويجب احترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالاعلان أو النشر عن الزواج ، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الاعلان أو النشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها .

مادة 38

يرجع في اثبات الزواج الى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية.

مادة 39

يرجع في الآثار التي يربتها الزواج ، كحل المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعبء الوفاة ، الى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .
ويرجع كذلك الى هذا القانون في الأثر الذي يربته الزواج بالنسبة الى المال .

مادة 40

يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان اثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال . فان لم توجد هذه الجنسية المشتركة ، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج .

مادة 41

يسرى قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وانكارها . واذا مات الأب قبل الميلاد ، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة .

مادة 42

في تصحيح النسب بالزواج يسرى قانون الأب وقت تصحيح النسب .

مادة 43

يسرى قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة .

مادة 44

يسرى في المسائل المتعلقة بصحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني ، وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني قانون جنسية المتبني .

مادة 45

يسرى على الالتزام بالنفقة بين الأقارب والاصهار قانون المدين بها أما النفقة الوقتية للأقارب والاصهار فيسرى عليها القانون الكويتي .

مادة 46

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصابة والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته .

مادة 47

يسرى على الميراث قانون المورث وقت موته .

مادة 48

يسرى على الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

مادة 53

يسرى على انتقال الدين في ذاته قانون موطن المدين .

مادة 54

يسرى على انتقال الاسهم والسندات الاسمية والاذنية القانون الذي تخضع له الهيئة التي أصدرتها .

مادة 55

يسرى على انتقال الكمبيالة والسند الادنى والشيك قانون بلد الوفاء .

مادة 56

يسرى على انتقال الصكوك لحاملها قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للتحق الثابت بها .

مادة 57

يسرى على الملكية الادبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الاخراج الأول .

مادة 58

يسرى على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية ، والاسم التجارى قانون موقعها . ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذى منحها ، وموقع الرسم والنموذج الصناعى البلد الذى أودع أو سجل فيه ، وموقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال ، وموقع الاسم التجارى بلد المركز الرئيسى للمحل التجارى .

ومع ذلك يسرى على شكل الوصية والتصرفات الأخرى المضافة الى مابعد الموت قانون جنسية المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذى تم فيه التصرف .

مادة 49

يسرى على الهبات قانون جنسية الواهب وقت الهبة ، أما أحكام المقدار الذى يجوز التبرع به والمقدار الذى يجب انقاؤه للورثة فيسرى عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت . ويخضع شكل الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة أو قانون البلد الذى تمت فيه الهبة .

الفصل الثانى القانون الواجب التطبيق فى المسائل المدنية والتجارية

مادة 50

فى المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الاجنبى ، حيث تتنازع القوانين ، يكون القانون الواجب التطبيق على الوجه المبين فى المواد التالية .

مادة 51

يسرى على العقار ، من حيث حيازته وملكيته والحقوق العينية التى يمكن أن تترتب عليه وطرف كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها قانون موقع العقار .

مادة 52

يسرى على المنقول ، من حيث حيازته وملكيته والحقوق العينية التى يمكن ان تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها ، قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقيق السبب الذى تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو انتقالها أو انقضاؤها .

يسرى على العقد ، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه .
على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار .

يسرى على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق .

يسرى على بيع العروض قانون موطن البائع ، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون موطن المشتري أو قانوننا آخر هو الذي يسرى .

يسرى على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز ادارة هذه الاعمال . فاذا كان المركز الرئيسي لهذه الاعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي ابرمت هذه العقود كان القانون الكويتي هو الذي يسرى .

يسرى على العقد ، من حيث الشكل ، قانون البلد الذي تم فيه . ويجوز أيضا سريان القانون الذي يخضع له العقد في أحكامه الموضوعية ، كما يجوز سريان قانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك .

يسرى على الدليل الكتابي للتصرف ، من حيث لزومه وقوته وثبوت تاريخه وطرق هذا الثبوت ، القانون الذي يسرى على شكل التصرف .

يسرى على العقد ، من حيث قواعد الشهر ، قانون المال الذي تعلق به العقد .

يسرى على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشرع قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .
على أنه لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الكويت ، ولو كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه .

يسرى على الالتزامات الناشئة عن الاثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .

الفصل الثالث

احكام ختامية

لا تسرى أحكام المواد الواردة في هذا الباب الا حيث لا توجد نص على خلافها في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الكويت .

الملحق رقم 03 :

القرار المتعلق بالمحكمة العليا

الجزائية من حيث القانون الواجب

التطبيق على العقد الدولي.

القرار الأول

المجلس الاعلى

الغرفة المدنية

ملف رقم 48.855 قرار بتاريخ 10 أبريل 1988

قضية: (م.أ) ضد: (ش.ش. ذات م.م)

تنازع القوانين من حيث المكان -- عقد أبرم بالخارج - تطبيق
قانون مكان العقد - تطبيق صحيح القانون

(المادة 18 من ق.ع)

من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون
المكان الذي يبرم فيه العقد، ومن ثم فإن النص على القرار
المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الطاعن أبرم
العقد مع الشركة الأجنبية في بلدها، فإن قضاة الموضوع
بتطبيقهم قانون مكان العقد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان
الجزائر.

وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد رقم: 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما يليها
من ق.أ.م.

وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى
عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 28 ديسمبر 1985 وعلى
مذكرة الجواب التي قدمها المطعون ضدها.

بعد الاستماع إلى السيد مالك محمد رشيد المستشار
المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد يوسف بن شاعة
المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث أن في 28 ديسمبر 1985 طعن (م.أ) بطريق النقض في
القرار الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1985 بمجلس القضاء بالجزائر
بالموافقة على الحكم المعاد الصادر بتاريخ 06 مارس 1982
بمحكمة نفس المدينة بقبول طلب (ش.ش. ذات م.م) الرامي إلى
إكساء حكم المحكمة التجارية بلوفان (بلجيكا) الصادر
بتاريخ 18 جانفي 1977 على (م.أ) بأدائه لـ (ش.ش. ذات م.م)
المذكورة ما قدره 560.765 فرنك بلجيكي أصلا وفائضا
قانونيا ومصاريف لأنه يستجيب لكل الشروط المنصوص عليها
في الإتفاقية الجزائرية البلجيكية المؤرخة في 12 جوان 1970
والمصادق عليها بالأمر الصادر في 06 أكتوبر 1970 ولأن الحكم

الأجنبي المذكور اكتسب قوة الشيء المقضي به في بلجيكا
وهو قابل للتنفيذ في كل أنحاء القطر الجزائري.

وحيث استند الطاعن تدعيما لطعنه إلى ثلاثة أوجه.

وحيث ردت المطعون ضدها ملتزمة برفض الطعن
والحكم على الطاعن بعشرة آلاف دينار على سبيل
التعويضات للطعن التعسفي.

وحيث طلبت النيابة العامة رفض الطعن.

فغن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة القواعد الجوهرية
للإجراءات ولا سيما الأحكام المنصوص عليها في المادتين 140
و142 من ق.أ.م.

الفرع الأول : فحسب المادة 140 يحزر المقرر تقريراً يتلوه في
الجلسة المحددة للمرافعات وإذا نص القرار أن السيدة عسلاوي
تلت تقريرها المكتوب لا يتجلى من القرار المطعون فيه أن التلاوة
وقعت في جلسة المرافعات وأن هذه الجلسة قد حددت.

لكن حيث أن هذا النعي لا يشكل إجراء جوهرية وأنه
فضلا عن ذلك فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن تلاوة
التقرير وقعت في آخر جلسة المرافعات وقبل وضع القضية في المداولة.

الفرع الثاني : إن بمقتضى المادة 142 فالمجلس يضع بعد
إختتام المرافعات القضية في المداولة ويشير إلى اليوم الذي يصدر
فيه قراره وبالرجوع إلى القرار نجد بأنه لم يشير إلى اليوم الذي
يصدر المجلس قراره.

لكن حيث أن هذا الاجراء ليس جوهري كالأول وإغفاله لا ينجر عليه أي بطلان لأن لا بطلان إلا بوجود نص صريح. وحيث يتعين حينئذ رفض هذا الوجه في فرعيه.

وعن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 454 من ق.م التي تنص بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك. وأن (ش.ش. ذات م.م) قامت عليه أمام محكمة لوفان البلجيكية وتحصلت منها على الحكم على العارض بأن يدفع لها 575.150 فرنك بلجيكي عوض 529.500 فرنك بلجيكي مبلغ الفاتورة، مع الفائدة على أساس 575.500 فرنك بلجيكي ابتداء من 23 جويلية 1970 إلى تاريخ إفتتاح الدعوى وأن قضاة الموضوع بإكسائهم الحكم البلجيكي بالصيغة التنفيذية الجزائرية قد خرخوا القانون الوطني وخاصة المادة 454 المذكورة والنظام العام.

لكن حيث أن العقد المبرم بين الطرفين ليست عقد قرض كما يذكره الطاعن وكما تشير إليه المادة 454 من القانون المدني وإنما الأمر يتعلق ببيع بيض الدجاج وهذه المعاملة تحكمها المادة 18 من ق.م التي تفيد بأن الالتزامات التعاقدية ينظمها قانون المكان الذي أبرم فيه العقد وبالتالي فالبيع وقع في بلجيكا والمادة 454 من القانون المدني لا تطبق لأن الأمر يتعلق ببيع ولا بقرض.

وحيث فضلا عن ذلك فهذا الوجه يعني الحكم الصادر في بلجيكا والذي إكتسب قوة الشيء المقضي فيه لأن الطاعن لم يتعرض فيه ولم يستأنفه.

وحيث فضلا عن ذلك فإن المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية تشترط لإكساء حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية:

(1) إذا كان إرسال القرار يستجيب لشروط صحته حسب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

(2) وإذا كان القرار حاز قوة الشيء المقضي فيه حسب نفس القانون.

وحيث يتعين القول بأن هذا الوجه لا أساس له.

وعن الوجه الثالث : المأخوذ من إنعدام أو قصور الأسباب مع عدم الجواب على مقالات الطرفين وذلك فإن قضاة الموضوع لم يقدموا أي جواب للمقال الذي قدمه العارض والذي يثير فيه إصطدام الحكم البلجيكي بنظام العام الجزائري عندما قضى على العارض أن يدفع فائدة الرياء (ش.ش. ذات م.م) وعليه فإن القرار المطعون فيه يستجيب للنقض حسب القضاء المستقر.

ولكن حيث أن القرار المطعون فيه يكرر دفع المستأنف إزاء الحكم المستأنف وأكد أن القاضي الأول أجاب عن حجج المدعي عليه الطاعن وقدر عناصر القضية أحسن تقدير وأشار إلى الاتفاقية القضائية الجزائرية البلجيكية وعليه فيرفض هذا الوجه لعدم تبريره.

وحيث أن هذا الطعن انطوى على تعسف ولذلك يجب الحكم على الطاعن بغرامة مالية قدرها 500 دينار لصالح الخزنة وبتعويضات قدرها ألف دينار واحدة لفائدة المطعون ضدها طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة 271 من ق.ا.م.

فلهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى رفض الطعن.

المصدر: المجلة القضائية، سنة 1992 عدد3، صفحة 80.

التعليق :

يتناول هذا القرار مسألتين قانونيتين خاصتين بمجال القانون الدولي الخاص وهما:

1- تنفيذ عقد البيع الدولي.

2- شروط تنفيذ حكم أجنبي في الجزائر عملا بإتفاقية التعاون القضائي الجزائرية البلجيكية المبرمة في 12/07/1970.

ويتبين من القرار أن النزاع يخص عدم تنفيذ عقد بيع أبرم في بلجيكا بين شخص طبيعي جزائري (المشتري م أ) وشركة بلجيكية (البائعة س س ذات م م)، و نتيجة عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته العقدية رفعت البائعة دعوى قضائية أمام القضاء البلجيكي طالبة التعويض، كتتنفيذ بمقابل، ومبلغ الفائدة المتأخرة،. وحكم لها بذلك في 08/01/1977.

ولتنفيذ ذلك الحكم في الجزائر رفعت دعوى أمام محكمة سيدي امحمد طالبة اكساء ذلك الحكم بالصيغة التنفيذية فصدر حكم في 06/03/1982 يقضي بتنفيذ الحكم البلجيكي الصادر في 08/01/1977 وعلى إثر الاستئناف تأيد بقرار صادر من مجلس الجزائر في 16/12/1985. وبعد الطعن فيه بالنقض أمام المجلس الأعلى صدر القرار المذكور أعلاه.

وبغض النظر عن السياق القانوني الذي قدم فيه الطرفان، ولا سيما المدعي في الطعن بالنقض، طلباته وتكييفها القانوني فإن المجلس الأعلى فصل في المسائل القانونية المشار إليها أعلاه على النحو التالي:

أولا : القانون الواجب التطبيق على عقد البيع :

استبعد المجلس الأعلى تكييف المدعي لموضوع النزاع على أساس أنه يخص عقد قرض وكيفه على إعتبار أنه بيع (بيع بيض الدجاج).

وبالنظر لثمن البيع المذكور في الفاتورة (529.500 فرنك بلجيكي) فهو مهم إقتصاديا مما يتعين إعتباره عقد بيع دولي، ولو أن المجلس الأعلى لم يفصح عن رأيه في المعيار الذي إعتد به في تكييف طبيعة العقد ما إذا كان هو المعيار القانوني أو المعيار الإقتصادي. ولكن التكييف الذي تبناه المجلس صحيح. ونتيجة لذلك من الواجب أن يتحدد القانون المختص عملا بقواعد التنزع الجزائرية (م 18 مدني) وهي تقضي بأن الالتزامات التعاقدية، بما فيها البيع، يطبق عليها إما القانون المختار أي قانون الإرادة أو قانون محل إبرام العقد في حالة عدم الاختيار وهذا قبل تعديل المادة 18 بقانون 05-10. وقد طبق القانون البلجيكي على العقد بإعتباره قانون محل إبرام العقد.

على هذا الأساس إن المجلس الأعلى طبق في هذه المسألة المادة 18 مدني تطبيقا سليما.

وبالنظر لوجود معاهدة جزائرية بلجيكية خاصة بهذا الموضوع (معاهدة 1970/07/12) فقد إستند إليها المجلس الأعلى لبحث توافر شروط التنفيذ المطلوبة طبقا لها، بحيث أشار المجلس إلى ما نصت عليه المادة الرابعة من تلك المعاهدة وتؤكد من توافر تلك الشروط.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن المجلس الأعلى طبق المعاهدة مباشرة بإعتبارها أولى من تطبيق القانون الداخلي وأسمى منه وكذلك لأن المادة 325 ق. ا. م السابق أوجبت تطبيقها بالأولوية أيضا.

في الأخير رفض المجلس الأعلى الدفع الوارد في الوجه الثالث للطعن لعدم تبريره، حسب رأيه ولو أنه أشار إلى مسألة هامة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية وهي عدم الاصطدام بالنظام العام الجزائري. ولكن من حيث الواقع ليس هناك مخالفة للنظام العام لأن ما إعتبره المدعي في الطعن فائدة ربوية مخالف للمادة 454 من القانون المدني، ليس كذلك لأن المادة السابقة تمنع الفوائد الربوية بين الأشخاص الطبيعية في حين أن المدعى عليها شخص معنوي، كما ان تكييف العقد باعتباره عقد بيع دولي ينفي عن صفة المبلغ المحكوم به على سبيل التعويض صفة فائدة ربوية.

ثانيا: شروط تنفيذ الحكم البلجيكي الصادر في 1977/01/08 في الجزائر عملا بإتفاقية التعاون القضائي الجزائرية البلجيكية المبرمة في 1970/07/12:

يتم إكساء الحكم الأجنبي في الجزائر بالصيغة التنفيذية قصد تنفيذه في الجزائر إذا توافرت فيه الشروط المحددة قانونا.

والمقرر في هذه الصدد أن النظام القانوني الجزائري يأخذ بنظام المراقبة الشكلية للحكم الأجنبي، بمعنى يتأكد القاضي الجزائري قبل الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي من توافره على الشروط المحددة قانونا دون مراجعة في الموضوع.

ولو أن المادة 325 من قانون الاجراءات المدنية السابق - الواجبة التطبيق في حينه - لم توضح بدقة الشروط المحددة ولكن درج القضاء الجزائري على وجوب توافر المبادئ العامة في هذا الشأن والمتمثلة في:

- 1- توافر شرط الاختصاص.
- 2- صيرورة الحكم الأجنبي المراد تنفيذه حائزا لقوة الشيء المقضي به.
- 3- عدم اخلال الحكم الاجنبي بمبدأ الواجهية ومراعاة حقوق الدفاع.
- 4- أن لا يخالف النظام العام في الجزائر.
- 5- تطبيق ما تقضي به المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر في هذا الشأن.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: بالعربية.

1- المؤلفات:

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية 2000.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ط.1، 1998.
- أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليلية لمبادئ روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية، بدون دار نشر.
- أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001.
- أحمد إبراهيم حسن، تنازع القوانين عن الشرائع القديمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- أحمد حسن قدارة، شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007.
- أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي القوانين، دار النهضة العربية، مصر.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، مصر.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني، السياحي، البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، بدون سنة نشر.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى لسنة 2008.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، طبعة أولى، 1996.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة،
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة، القاهرة الطبعة الأولى، 2000.
- أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1989.

- أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2001.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2004.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، عمان الأردن، 1987.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى 2006.
- بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1980.
- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1966.
- جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية لسنة 2003.
- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
- حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- حسن الهداوي ،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة، والحلول
الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،
1997.
- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار الحرية
للطباعة، بغداد، 1976.
- حفيظة السيد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، المبادئ العامة
في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2004.
- حفيظة السيد الحدّاد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر
الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- حفيظة السيد الحدّاد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات
حلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- حمزة حدّاد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، بيروت،
1980.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار
الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2006.
- خليل عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة
العربية، القاهرة، 2002.
- رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار
الجامعية، 1984.
- زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2002.
- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مكتبة القانونية، دار
الجامعة، 1987.

- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بدون بلد النشر، طبعة لسنة 1995.
- سامي منصور بديع، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1994.
- سامية راشد، فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج2، 1992.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدّد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004
- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط. 2009.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط. 2004.
- سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000.
- سلطان عبد الله محمودي الجوارى، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى 2010.
- شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، طبعة سنة 1963.
- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، د.م.ج. الإسكندرية سنة 2005.
- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط لسنة 2007.
- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004.

- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، طبعة أولى 2006.
- صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة، بيروت، 1981.
- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة 2000.
- الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، ج.1، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، سنة 2008.
- عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم لنقل البضائع قواعد هامبورغ 1978، دار الكتب القومية القاهرة، ط. 2001.
- عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا وجهود الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة، مصر سنة 1927.
- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، لسنة 2000.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- عصام الدين القصيبي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون دار النشر لسنة 2004.

- عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2012.
- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، د.م.ج، الإسكندرية 2006.
- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1994.
- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، 2002.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج. الجزائر، ط. السادسة لسنة 2006.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2008.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، ط. 2006.
- علي بارودي، محمد فريد العريبي ومحمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، ط. 1، 2007.
- عمر طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، طبعة رابعة لسنة 2005.

- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمار، دار هومة، 2006.
- كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1991.
- لطيف جبر كومانى، القانون البحري، مكتبة دار الثقافة، 1998.
- مازن عبد العزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الالكترونية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2006.
- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن لبيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007 .
- محمد احمد إبراهيم محمود، دور القضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994.
- محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة عشر لسنة 2006.

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، الجزائر 1992.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1999.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، بدون سنة نشر، ط. 1978.
- محمد محمود ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004.
- محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999.
- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. 2012.
- محمود محمد المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، طبعة أولى لسنة 2007.
- محمود مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، د.م. ج. الجزائر، 2006.
- محمد اسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، د.م.ج. الجزائر، ط. 1989.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم الدولي، الجزء الأول، بدون دار النشر 1986.
- مختار احمد بروي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

- مصطفى عبد الله العالم، انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي، بدون بلد نشر، طبعة 1999.
- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى لسنة 1998.
- مصطفى كمال طه، التوحيد الدولي للقانون البحري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.
- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. 1998.
- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط1، 1991.
- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000.
- منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 1994.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005.
- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001.

- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 2003.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.2001.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة.1974.
- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1999.
- هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 1968.
- همام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى لسنة 2008.
- يوسف عبد الهادي خليل الأكياي، النظام القانوني لعقود التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، 1989.
- 2- الرسائل الجامعية:
- أ) الدكتوراه:
- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2015-2016.
- بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2008.

- حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987.
- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 2008-2009
- سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، 1999.
- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011-2012.
- شنضيض المصطفى، البيع التجاري للبضائع بين التأصيل والتنازع، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الحسن الثاني، عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.
- صلاح الدين، جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، وقانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 1993.
- طارق محمد عبد الله الهنداوي، الإخلال الجوهري بالالتزامات في عقد البيع الدولي وأثره على أطراف العقد، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2007.
- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991.
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010-2011.
- محمد أحمد حسن محمود الشريبي، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين شمس، مصر.

- محمد بوزلافة، الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دراسة في العقد الدولي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي أحمد بن عبد الله فاس المغرب، سنة 2001-2002.

- محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة الدولة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، المغرب، سنة 2011-2012.

- محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تاصيلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

- محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد، دراسة لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، أطروحة لنيل دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، 2000-2001.

- محمود محسوب درويش، نشأة وتطور القانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1995.

- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين الشمس، سنة 2005.

ب) الماجستير:

- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة بغداد، العراق، سنة 2004.

- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010-2011.

- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

- بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد دراسة تحليلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق من كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية، 1993.
- حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002.
- سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشلف، سنة 2008-2009.
- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- عيادي فريدة، سلطة المحكم في الموضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001.
- مباركي توفيق ميلود، وضع قواعد التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2009-2010.
- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1995-1996.
- نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1986.

3- المقالات:

- أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين الشمس، جويلية 2002.
- أحمد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1996.

- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)، العراق، جامعة الموصل، كلية القانون، فرع القانون الخاص.
- بن ميمونة عبد الحق، ملتقى التنظيم القانوني للاستثمار في الجزائر، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السابعة والعشرون، يونيو 2003.
- خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار إتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث سنة 1999.
- سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، دور الإرادة في تحول العقد، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، 2001.
- الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10-5، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد 1.
- عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، بغداد، 1981.
- مبروك بن موسى، شرح المحلة التونسية للقانون الدولي الخاص، نوفمبر 2003.
- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، سنة 2004.
- موسى خليل متري، توحيد القواعد القانونية للتجارة، مجلة للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 28، العدد الثاني 2012.
- نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 16، العدد 1، 2009.

ثانيا: بالفرنسية:

1- Les Ouvrages:

- Alland (D.), Droit international public, P.U.F, 2000.
- Antoine Kassis, Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lex mercatoria, L.G.D.J., Paris, 1984.
- Audit Bernard, Droit Internationale Privé, Economica, 1991.
- Batiffol Henri, Lagarde Paul Droit, International Privé, L.G.D.J., T.1., 8e édition 1993.
- Belkacen Bouzana, le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U., 1985.
- Besson (S.), Droit International Privé , Fascicule 2 , contrat international , Genève 2004.
- Chatillon Stéphane, Le contrat international, 3 édition, Vuibert ,Paris, 2007.
- Courbe Patrick , Droit international privé, Dalloz, Paris, édition 2000.
- David (R.), le droit du commerce international, economica , paris, 1982.
- Derruppé Jean, Droit international privé, Dalloz, 14ème édition, 2001.
- Filali Osman , Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., 1992.
- François Terré, Dominique Fenouillés, Droit Civil, Les Personnes, La Familles, Les Incapacités, Dalloz ; 6e édition 1996.
- Gutmann Daniel ,Droit international privé, Dalloz, 3ème édition, 2002
- Heuze(V.),Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J., 2000.
- Issad Mohand ,Droit international privé, T.1, les règles de conflits, O.P.U., Alger, édition 1980.
- Jacquet(M.), et Delebeque(PH.), droit du commerce international , é.Dalloz,1997.
- Jean Michel Jacquet, Droit Du Commerce International, Dalloz, 1er édition 2007.
- Jean Michel jacquet, le contrat international, Dalloz, 1992.
- Mayer (P.) , droit international privé,6 è. édition, Montchrestien, Paris, 1998.
- Mayer (P.), droit international privé,1 ère. Edition, Montchrestien, Paris, 1977.

- Philippe Fouchard , Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, 1996.
- Pierre Mayer, Vincent Heuzé , Droit International Privé, Delta , 8 Edition .2001 .
- Pommier, Jean Christophe, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé , conventionnel, paris, 1992.
- Ripert (G.) et Roblot(R.), traité de droit commercial. LG.D.J., 18 ème éd, 2001.
- Stéfanién Chation , Le Contrat International, Vuibert, Paris, 2e édition 2006.
- Terki Nour Eddine , l' arbitrage commercial international en algérie , o.p.u., 1999.
- Yvon Loussouarn , Bourel Pierre , Droit International Privé .Dalloz .7 Edition .2001.

2- Les thèses et les articles:

- Alfonsin, contribution a l'étude de la relation juridique en droit international privé , mélanges offerts a Maury Jacques, Tome 1.
- Audit (B.), L' Arbitre , le juge et la convention bruxelles , un Mélanges ;
- Batiffol (H.), encyclopédie juridique – Dalloz – répertoire de droit international, Tome 1, 1968, contrats et conventions, N. 9.
- Bonell (M. J.), Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce internationale, R. D. aff. Int. , 1997.
- Catherine Kessedjian , un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international , les principes proposés par l' unidroit , Rev .Crit.,1995.
- Derains, (Y.), Le statut des usages du commerce international devant les juridictions , Rev. Arb., 1973.
- Gaillerd (E.), la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international , etudes offert a pierre bellet paris , litec , 1991 , n 8-9.
- Gaillerd (E.), trente ans de la lex mercatoria pour une application selective de la method des principes généraux du droit in J. D. I., 1995.
- Goldman (B.), Frontière du droit et lex mercatoria , archives de philosophie du droit, 1964.
- Goldman (B.), La lex mercatoria dans les contrat et l' arbitrage internationaux, réalité et perspectives, J.D.I. 1979.
- Goldman (B.), note sous l'arrêt Hicto, de la cour d'appel de paris 19/06/1970, Hicto c/ société Buisman, J.C.I. 1971, N1692.

- Goldman (B.), une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria , “ l’affaire norsolor “ ; Rev. arb. 1983.
- Hascher (D.), chamber de commerce international , Rèp.inter. dalloz, 2004, n-3.
- Herman verbist et Christophe imhoos, le nouveau règlement d’ arbitrage de la chamber de commerce international de 1998 , R.D.A.I / I.B.L.J. , N - 8 , 1997, p.989. [http/ ; www.cci.org](http://www.cci.org).
- Heut (J.) , le droit du multimédia de la télématique à internet , rapport réalisé sous la direction de pierre heut ; AFTEL ,1996.
- Huet (J.), Traité de droit civil, les principaux contrats internationaux, 2 éd, L.G.D.J., 2001.
- Ikram El Moussati, Le contrat commercial international tendances a l’internationalisation des relations contractuelles, diplôme d’études supérieures approfondies option droit international, faculté des sciences juridique, université Hassan 2 Casablanca, 2006-2007.
- Jean Michel Jacquet, Principe d’ autonomie et contrats internationaux ,publie avec le concours di ministre des universités ECONOMICA , 1983.
- Khan (Ph.), Vers l’institutionnalisation de la lex mercatoria, A propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, in liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Brulant, 1998.
- Kneopfleur François, Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse ; Travaux des journées d’étude organisées par le centre de l’Enterprise les 9 et 10 Oct ;1987 à L’université de lousanne 1988.
- La résolution adoptée par l’Institut de droit international à Athènes en 1979, Rev. crit. DIP. 1980.
- Lagarde (P.), approche critique de la lex mercatoria , mélanges goldmen , paris,1983.
- Lagarde (P.), Le nouveau droit international privé après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19/06/1980, Rev. Crit. D.I.P., 1991.
- Loquin (E.), l’ amiable composition en droit compare et international ,paris, 1980.
- Loquin (E.), L’application de règles anationales dans l’ arbitrage commercial international, in l’ apport de la jurisprudence arbitral , séminaire des 7et 8 avril, les dossiers du l’institut du droit et des pratiques des affaires international, paris , publication.C.C.I ,1986.
- Loussouarn (Y.), sur l’ internationalisation du droit , Paris ; Dalloz ;1994.

- Mohamed Bedjaoui, l'évolution des conceptions et pratiques algériennes en matière d'arbitrage international, séminaire, 14 déc. 1992.
- Mohamed Kouddene, Le droit applicable aux relations contractuelles entre états et personnes privées étrangères, thèse du doctorat d'état en droit, faculté des sciences juridique, université Hassan 2 Casablanca, 1992.
- Oppetit Bruno, Le droit international privé savant, Rec. Des cours la haye, T.23, vol 3 ,1992.
- Phillipe Khan, La convention de vienne du 11/4/1980 sur les contrats de vente international de marchandises, R.I.D.C; 33 année; 04 ,1984.
- Rubino-Sanmartano, Le tronc commun des lois en présence, réflexion sur le droit applicable par l'arbitre internationale, Rev. arb. 1987.
- Santi romano, l'ordre juridique , traduction française de l'ordinamento juridico, par l. francois et gothot , dalloz, 1975.
- Stranger (I.), la nation de la lex mercatoria en droit du commerce international, recueil des cours, la haye 1991.
- Unidroit, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 1994. Spés.

ثالثا: التشريعات.

1- الوطنية:

أ) الأوامر :

- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، منشور في الجريدة الرسمية رقم 47، بتاريخ 9 جوان 1966.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.
- الأمر رقم 03-01 الصادر في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، المنشور في ج.ر. رقم 47 بتاريخ 22 أوت 2001.

ب) القوانين :

- القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 20 يوليو 1988، العدد 29.
- القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الجريدة الرسمية عدد 28 لسنة 1988.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، جريدة رسمية رقم 44.
- القانون رقم 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009.
- القانون رقم 16/1 الصادر في 6/3/2016 المتضمن التعديل الدستوري في ج.ر. رقم 14.
- القانون رقم 16/9 الصادر في 3/8/2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. رقم 46.

2- التشريعات الأجنبية :

أ) العربية :

- القانون المدني المصري لسنة 1948.
- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.
- القانون الكويتي الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لعام 1961.
- الظهير المغربي المنظم للوضع المدنية للفرنسيين والأجانب الصادر بتاريخ 12 أوت 1913.

ب) الفرنسية :

- Code civil Français, Dalloz, 1984 – 1985.
- Nouveau code de procédure civile Français.

رابعاً: مواقع الأنترنت.

- [www. Jurispedia. org.](http://www.Jurispedia.org)
- [www. droit. org.](http://www.droit.org)
- [www. hcch. com.](http://www.hcch.com)
- [www. Legifrance. gouv. Fr](http://www.Legifrance.gouv.Fr)
- [www. Joradp. Dz.](http://www.Joradp.Dz)

الفهرس

الفهرس:

1 المقدمة

7 الباب الأول: القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقا لمنهج التنازع.....

9 الفصل الأول: مفهوم العقد الدولي ونظريات قانون العقد

10 المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي

10 المطلب الأول: مفهوم العقد الداخلي

10 الفرع الأول: التعريف اللغوي ولاصطلاحي

11 الفرع الثاني: المفهوم الفقهي والتشريعي

13 المطلب الثاني: المعيار القانوني في تحديد العقد الدولي

13 الفرع الأول: المعيار القانوني التقليدي أو الواسع

15 الفرع الثاني: المعيار القانوني الحديث أو الضيق

19 المطلب الثالث: المعيار الاقتصادي لتحديد العقد الدولي

22 المطلب الرابع: الجمع بين المعيارين وبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك

المبحث الثاني: تحديد قانون العقد في إطار النظريات المختلفة ومدى تأثير الأنظمة

القانونية.....

25 المطلب الأول: مضمون النظرية الشخصية

26 الفرع الأول: التطور التاريخي لمضمون فكرة قانون الإرادة

38 الفرع الثاني: قانون الإرادة الصريح والضمني طبقا للنظرية الشخصية

40 أولا: قانون الإرادة الصريحة

42 ثانيا: قانون الإرادة الضمنية

44 الفرع الثالث: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية

44 أولا: الآثار المترتبة عن النظرية الشخصية

57 ثانيا: الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية

- المطلب الثاني: تحديد قانون العقد في إطار النظرية الموضوعية.....60
- الفرع الأول: مضمون النظرية الموضوعية.....60
- أولاً: ضوابط الإسناد الجامدة.....63
- البند الأول: قواعد الإسناد المرتبطة بالعقد.....63
- الفقرة الأولى: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام.....63
- الفقرة الثانية: إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ.....66
- البند الثاني: قواعد الإسناد المرتبطة بالمتعاقدين.....68
- الفقرة الأولى: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة.....68
- الفقرة الثانية: إسناد الرابطة العقدية لقانون الوطن المشترك....70
- ثانياً: ضوابط الإسناد المرنة.....73
- البند الأول: نظرية التركيز الموضوعي للعقد (localisation du contrat)
.....73
- البند الثاني: فكرة الأداء المميز في العقد.....75
- الفرع الثاني: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية.....80
- أولاً: آثار النظرية الموضوعية:.....80
- ثانياً: الانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية:.....87
- المطلب الثالث: مفهوم النظرية الذاتية المعتدلة.....89
- الفرع الأول: سلطان الإرادة التعاقدية.....89
- الفرع الثاني: تقييد الإرادة التعاقدية.....92
- الفرع الثالث: الآثار والانتقادات الموجهة للنظرية الذاتية المعتدلة:.....97
- أولاً: الآثار المترتبة عن النظرية الذاتية المعتدلة.....97
- 1- قاعدة قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ذات غاية مادية:.....97
- 2- قاعدة قانونية تتميز في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي:.....98

99	3- قاعدة مادية ناقصة:
99	ثانيا: الانتقادات الموجهة للنظرية الذاتية المعتدلة.
	المطلب الرابع: تأثر الأنظمة القانونية بالاتجاهات المختلفة في تحديد قانون العقد.
100
103	الفصل الثاني: تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين وأسباب استبعاده.
104	المبحث الأول: تحديد القانون المختار ونطاقه.
104	المطلب الأول: تحديد القانون المختار.
104	الفرع الأول: القانون المختار من حيث المكان.
109	الفرع الثاني: القانون المختار من حيث الزمان.
112	المطلب الثاني: نطاق القانون المختار.
112	الفرع الأول: تكوين العقد.
112	أولا: التراضي.
114	ثانيا: المحل.
115	ثالثا: السبب.
116	الفرع الثاني: آثار العقد.
116	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة.
117	الفرع الأول: المواضيع المستثناة من المادة 18.
117	أولا: شكل العقد.
118	ثانيا: أهلية التعاقد.
120	الفرع الثاني: العقود المستثناة من نص المادة 18.
120	1- العقود الواردة على العقارات:
121	2- عقود الدولة:
121	3- عقود العمل أو الاستخدام:
122	4- عقد الهبة:

125	المبحث الثاني: موانع تطبيق القانون المختار.
125	المطلب الأول: الدفع بالنظام العام.
125	الفرع الأول: مفهوم وخصائص النظام العام.
131	الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه.
131	أولاً: شروط الدفع بالنظام العام.
133	ثانياً: آثار الدفع بالنظام العام.
138	المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.
138	الفرع الأول: مفهوم وشروط الغش نحو القانون.
144	الفرع الثاني: أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه.
144	أولاً: أساس الغش نحو القانون.
145	ثانياً: آثار الدفع بالغش نحو القانون.

الباب الثاني: القانون الذي يحكم العقود الدولية التجارية طبقاً لمنهج المباشر 147

148	الفصل الأول: أساس تحرر التجارة الدولية وماهية القواعد الموضوعية.
149	المبحث الأول: أسباب إفلات العقد الدولي من حكم القوانين الوطنية.
149	المطلب الأول: مبدأ الحرية في العقود الدولية وحاجات التجارة الدولية.
151	المطلب الثاني: تسامح الدولة في ظل وجود القواعد الموضوعية.
152	المطلب الثالث: أثر العولمة في تحرير التجارة الدولية.
155	المطلب الرابع: وضع تنظيم قانوني مستقل للتجارة الدولية.
159	المبحث الثاني: ماهية القواعد الموضوعية.
159	المطلب الأول: النشأة التاريخية للقواعد الموضوعية.
160	الفرع الأول: في العصور القديمة.
162	الفرع الثاني: في العصور الوسطى.
165	الفرع الثالث: العصر الحديث.

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية في العقود التجارية الدولية.....	168
الفرع الأول: المشكلة الاصطلاحية للقواعد الموضوعية.....	169
الفرع الثاني: تعريف القواعد الموضوعية.....	173
الفرع الثالث: خصائص القواعد الموضوعية.....	176
أولاً: قواعد قانونية مباشرة.....	176
ثانياً: قواعد ذات مضمون دولي.....	178
ثالثاً: قواعد تلقائية.....	179
رابعاً: قواعد نوعية.....	180
الفصل الثاني: عوامل ومصادر القواعد الموضوعية والطبيعة القانونية لها، ودور الهيئات الدولية في صنعها.....	182
المطلب الأول: العوامل المساعدة على ظهور القواعد الموضوعية.....	183
الفرع الأول: التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية.....	183
الفرع الثاني: العوامل الاجتماعية والقانونية.....	186
أولاً: العوامل الاجتماعية.....	186
ثانياً: العوامل القانونية.....	187
الفرع الثالث: العوامل الاقتصادية والسياسية.....	189
أولاً: العوامل الاقتصادية.....	189
ثانياً: العوامل السياسية.....	191
المطلب الثاني: مصادر القواعد الموضوعية.....	193
الفرع الأول: الأعراف التجارية الدولية.....	194
أولاً: أعراف الأطراف وأعراف التجارة.....	196
البند الأول: أعراف الأطراف (Les usages des parties).....	196
البند الثاني: أعراف التجارة. (usage du commerce).....	197

- 198 ثانيا: أعراف الاتفاقية وأعراف القواعد
- 198 البند الأول: الأعراف الاتفاقية (Les usages conventionnels).
- 199 البند الثاني: أعراف القواعد (Les usages règles)
- 199 الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون.
- 205 الفرع الثالث: الأعراف المقننة. (Les usages codifiés).
- 210 المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية.
- 211 الفرع الأول: الفريق القائل بعدم توافر الصفة القانونية للقواعد الموضوعية.
- 213 الفرع الثاني: الفريق القائل بتوافر الصفة القانونية للقواعد الموضوعية.
- 216 المبحث الثاني: دور الهيئات الفاعلة في وضع قواعد التجارة الدولية.
- 216 المطلب الأول: الهيئات غير الحكومية.
- 217 الفرع الأول: غرفة التجارة الدولية.
- 217 أولا: تأسيس وأهداف الغرفة.
- 217 البند الأول: تأسيس غرفة التجارة الدولية.
- 219 البند الثاني: أهداف غرفة التجارة الدولية.
- 221 ثانيا: أهم الأعمال الغرفة.
- 223 الفرع الثاني: اللجنة البحرية الدولية.
- 224 أولا: تأسيس وأهداف اللجنة.
- 224 البند الأول: تأسيس اللجنة البحرية الدولية.
- 224 البند الثاني: أهداف اللجنة.
- 226 ثانيا: أهم الأعمال اللجنة المنجزة.
- 227 المطلب الثاني: الهيئات الحكومية.
- 227 الفرع الأول: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.
- 228 أولا: التأسيس والأهداف.

228	البند الأول :تأسيس المعهد .
229	البند الثاني: أهداف المعهد .
230	ثانيا: أهم الأعمال المعهد .
232	الفرع الثاني: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية. CNUDCI .
234	أولا: التأسيس والأهداف .
234	البند الأول :تأسيس لجنة الأمم المتحدة .
235	البند الثاني: أهداف لجنة الأمم المتحدة .
237	ثانيا: أهم أعمال لجنة الأمم المتحدة .
240	الفرع الثالث: مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص .
240	أولا: التأسيس والأهداف .
240	البند الأول :تأسيس المؤتمر .
241	البند الثاني :أهداف المؤتمر .
241	ثانيا: أهم أعمال المؤتمر .
243	خاتمة
247	الملاحق
276	قائمة المراجع:
297	الفهرس:

الملخص:

يعتبر العقد شريان حياة المجتمعات والأمم ، لاسيما في المجال الدولي. وقد تلعب الإرادة دورا هاما في تحديد قانون العقد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، ويكون تحديده طبقا لمنهج التنازع للقانون الداخلي لدولة معينة ، ولكن مع تزايد التعاملات وإزالة العقبات بين الدولة وجد نظام القواعد المادية أو المباشرة التي تطبق على منازعات عقود التجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية:

العقد الدولي ، منهج التنازع ، القواعد الموضوعية ، النظام العام، القانون الخاص الدولي ، التحكيم التجاري الدولي.

Résumé:

La Décennie est la ligne de vie des sociétés et des nations, en particulier dans la sphère internationale. La volonté peut jouer un rôle important dans la définition du droit du contrat en tant qu'incarnation du principe de la volonté de pouvoir, déterminée selon la méthode du conflit avec le droit interne d'un pays particulier.

Mots-clés:

Contrat international, approche conflictuelle, règles de fond, ordre public, droit international privé, arbitrage commercial international.

Summary:

The Decade is the lifeline of societies and nations, especially in the international sphere. The will may play an important role in defining the law of the contract as an embodiment of the principle of the will of power. It is determined according to the method of conflict with the internal law of a particular country, but with the increasing dealings and the removal of obstacles between the state and the system of physical or direct rules applied to the disputes of international trade contracts.

Keywords:

International contract, conflict approach, substantive rules, public order, international private law, international commercial arbitration.