

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



إشكالية تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص: القانون الدولي الخاص للأعمال

تحت إشراف:
أ. د. بن عصمان جمال

من إعداد الطالب:
المحامي سالم عبد الكريم

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	- أ. د. كحلولة محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	- أ. د. بن عصمان جمال
ممتحنا	جامعة تلمسان	أستاذة	- أ. د. يوسف فتيحة
ممتحنا	جامعة عين تموشنت	أستاذ	- أ. د. تروزين بلقاسم

السنة الجامعية: 2021-2022

الله أكبر

شكر وتقدير

بداية أشكر الله عز وجل كل الشكر وأثني عليه بما هو أهل له، وأحمده سبحانه وتعالى الذي منّ عليّ بإتمام هذه الرسالة، وهو القائل في محكم تنزيله "لئن شكرتم لأزيدنكم" . وأسأله عز وجل أن ينفع بها أهل العلم وإعمالاً للحديث النبوي الشريف، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا يشكر الله من لا يشكر الناس) يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان لمن تكرم عليّ بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، أستاذي الفاضل الدكتور بن عصمان جمال والذي كان لعظيم فضله وغزير علمه وحسن توجيهه ما أعانني على إتمامها .

كما أتقدم بخالص الشكر ووافر الاحترام إلى الأستاذ الدكتور " كحلولة محمد " بصفته رئيساً للجنة المناقشة، وهو الذي طالما كان لنا سندا ودعماً في مسارنا العلمي، من خلال ملاحظاته العلمية والمنهجية؛ فكان رمزاً للتقاني والعطاء .

الشكر موصول أيضاً لمن كانت لنا قدوة تقديري بها، الأستاذة الدكتورة " فتيحة يوسف " لفضلها بالموافقة على تشريفي بمناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، فجزاها الله خيراً على طيبة نفسها وتواضعها وكرم أخلاقها .

هذا وأشكر الأستاذ " تروزين بلقاسم " أستاذ بكلية الحقوق بجامعة عين تموشنت لدوره الكريم في إثراء هذه الرسالة عن طيبة قلب ، من خلال الوقوف على نقائصها وسلبياتها، ما يزيدني فخراً واعتزازاً .

وأخيراً أتوجه بالشكر والتقدير لكافة أساتذة وعمال كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - ، ولكل من أسهم برأيه وتوجيهه وتشجيعه لي لإتمام هذا البحث، فجزاكم الله عني جزاء العلماء المخلصين ، كما أسأله بأسمائه الحسنی وصفاته العلاء أن يرعاكم بعينه التي لا تنام ويزيدكم بسطة في العلم والرزق .

شكراً جزيلاً لكم

إهداء

إلى من أخذنا بيدي عوداً طرياً وتعهّداني غصنا ندياً بين أزهار العلم والمعرفة، فأثارا دربي وسدّدا
خُطاي... .

الوالدين الكريمين
رعاهما الله وأطال في عمرهما

إلى من أوقدت في نفسي حسّ البحث والمعرفة، وقاسمتني دربي فكانت خير الرفيق... .
زوجتي الغالية
أفاض الله عليها بموفور الصحة والعافية والإيمان
إلى زينة الحياة الدنيا وأحلى قمرين... .

لينّة ياسمين ورهام
حفظهما المولى ورعاهما

إلى إخوتي وكامل أفراد عائلتي
إلى كل من كان سنداً لي طوال مساري الدراسي
إلى كل من قدم لي النصيح والمعونة

لكم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع

يقول جل جلاله في محكم تنزيله:

ومن ينوكل على الله فهو حسبه، إن الله بالغ أمره قد جعل الله لكل شيء قدراً

صدق الله العظيم

سورة الطلاق: الآية 03

قائمة المختصرات

❖ باللغة العربية:

- ج.ر الجريدة الرسمية
- د.ت.ص دون ترقيم للصفحة
- د.س.ن دون سنة نشر
- ش.ذات.م.م شركة ذات مسؤولية محدودة
- ص صفحة (صفحات)
- ط طبعة
- ق.إ.م.إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق.م قانون مدني
- ق.م.ج القانون المدني الجزائري
- م المادة

❖ باللغة الأجنبية:

- AAA *American Arbitration Association*
- AJDA *Actualité juridique de droit administratif*
- Art *Article*
- Cass.civ *Cassation civile*
- CCI *Chambre de commerce internationale*
- CE *Commission Européenne*
- CERIST *Centre de Recherche sur l'Information Scientifique et Technique*
- CERT *Centre d'Etude et de Recherche Travail*
- CMI *Comité Maritime International*
- CNUCED *Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement*
- éd *édition*
- Et s *Et suite*
- JORF *Journal officiel de la République française*
- ICANN *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
- ISPA *Internet Service Providers Association*
- L.G.D.J *librairie générale de droit et de jurisprudence*
- N^o *Numéro*
- Op, cit *Opere citato (dans l'ouvrage cité)*
- O.p.u *Office de Publications Universitaires.*

- *p.....Page(s)*
- *R.D Revue de Droit*
- *RCDIP.....Revue critique de droit international privé*
- *Rev.arb Revue de l'Arbitrage*
- *rev, critRevue critique*
- *T.....Tome*
- *T.C.F.D.I.P.... travaux du comité français de droit international privé*
- *UNCITRAL..... United Nations Commission on International Trade Law*
- *UNIDROIT.....Institut international pour l'unification du droit privé*
- *Vol.....Volume*

مقدمتہ

من بين الحقائق المسلّم بها، أنّ القانون هو الوسيلة الفعالة لضمان سيرورة وتنظيم المجتمعات، حيث يتجلى ذلك من خلال سعيه إلى ترسيخ الاستقرار والأمان. وبالتالي يُعدّ حقيقة وضرورة اجتماعية بالرغم من اختلاف الفلسفة السائدة في المجتمعات، إذ يختص بتنظيم العلاقات القانونية التي تنشأ في البيئات الاجتماعية ويرسم معالمها على الوجه الذي يكفل التناسق والتعايش الاجتماعي.

ولعلّ حاجة الفرد للآخر هي بمثابة المؤشر الفعال لقيام علاقات قانونية خاصة، تتجلى معالمها من خلال جملة من التصرفات والممارسات، يحظى الجانب التجاري منها بقسط كبير.

فالتجارة فرضت أحقيتها كرابط بين مختلف الأفراد والشعوب وهذا منذ الأزل، فاختلفت صورها وضوابطها ومقوماتها على مرّ الأزمنة والعصور، حيث كانت سببا في تبادل الثقافات والمبادئ والقيم بين مختلف الحضارات، وهذا بالرغم من تباين الأسس التي تقوم عليها؛ ناهيك على أنها تعمل على تلبية رغبات الأفراد وإشباع حاجاتهم بما يضمن مقدارا من الرفاهية الاجتماعية. وبالوقوف على المدلول الاصطلاحي للتجارة فهو يرمز إلى " عمليات تبادل البضائع بشتى أنواعها أو الخدمات بشكل طوعي "¹؛ حيث ظلّ التبادل قائما لفترات طويلة من الزمن على أساس مقايضة بضائع ببضائع أخرى أو بخدمات، لتتغير الصيغة فيما بعد وبتوالي العصور، أين أضحى تقييم البضاعة يتم عن طريق تقدير ثمنها ودفعه نقودا تساوي قيمتها².

وبفضل دورها اللامتناهي في حياة الأفراد، وهيمنتها على المبادئ السامية في المجتمعات، أضحى التجارة بمثابة دلالة ووحدة لقياس حجم النمو. ولعلّ التغيير الذي طرأ على مقوماتها كان له الانعكاس المباشر على الركائز الاقتصادية في المجتمع الواحد وبالتالي في الدولة الواحدة، وهو ما أقره الفقيه

¹ تعريف للأستاذ تمام طعمة، في مقال بعنوان تعريف التجارة في الإسلام، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

/تعريف-التجارة-في-الإسلام/sotor.com/ زيارة بتاريخ 2020/05/10 في حدود الساعة 12:40.

² أما مدلول التجارة في الإسلام فيرمز الى تبادل السلع والبضائع وفق الأصول والقواعد الشرعية التي تصون حقوق الأفراد ومصالحهم.

ولعلّ التجارة بهذا الوجه تُعدّ من بين أهم صور الكسب الحلال. ففي حديث رافع ابن خديج رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم سُئل عن: أي الكسب أطيب؟ فقال: عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور (رواه الطبراني).

لمزيد من التفاصيل تصفح الموقع الإلكتروني: <https://www.dorar.net/hadith/sharh/119656>

زيارة بتاريخ 2020/05/10 في حدود الساعة 12:57.

Adam Smith¹ من خلال نظريته " الميزة المطلقة " أو ما يعرف بـ " Absolute Advantage Theory " حيث صاغ نظرية متكاملة لتفسير قيام التجارة بين البلدان في كتابه " بحث في طبيعة وأسباب ثروة الأمم " سنة 1776؛ أين خلص إلى أنّ التبادل التجاري فيما بين البلدان ينعكس لا محالة على هذه الاخيرة بالإيجاب². هذا وأكد الفقيه David Hume³ أنّ الرفاه الاقتصادي في أي بلد سوف يعمّ على البلدان الأخرى، بسبب تكامل هذه البلدان في ظل تقسيم العمل الدولي⁴.

ولعلّ تنظيم الممارسات التجارية أضحي حتمية لحفظ ماء الوجه لمختلف الأنظمة الوطنية أمام المجتمع الدولي؛ لا سيما وأنّ دور التجارة وهدفها في أيّ اقتصاد وطني بات يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور القوى المنتجة وعلاقات الإنتاج الغالبة في المجتمع، وإن كان هذا الدور وهذا الهدف يتباين من مجتمع لآخر بحسب الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة؛ إذ غالباً ما يقوم على المنافسة والمزاومة والدعاية والإعلان في النظام الرأسمالي وعلى التخطيط وإشباع الحاجات العامة في النظام الاشتراكي.

ومع تنامي مدلولها وتغيّر صيغها زادت الحاجة لتنظيم التجارة، شأنها في ذلك شأن كافة التصرفات القانونية، التي تبنّت مصطلح العقد كركيزة لقيامها، هذا الأخير يعد بمثابة وسيلة قانونية ودعامة أساسية في البناء القانوني لشتى الأنظمة بمختلف تأصيلاتها. فبالرغم من اختلاف مقوماته من تنظيم لآخر، يبقى الهدف المنشود من وراء إعماله هو إضفاء نوع من المصدقية والموضوعية للمعاملات القانونية.

وإن كانت مواكبة الفن التعاقدية للمجال التجاري تتجلى من خلال الحتمية التي تفرضها التطورات الاقتصادية، على اعتبار أنّ نمو المجتمعات أصبح يقاس بمنظور اقتصادي محض؛ فإنّ انعكاساته على الواقع العملي قد تثير الكثير من الجدل على اعتبار أنّ هذا الارتباط في حاجة مستمرة لدعامات قانونية تصونه وتحفظه من كل تأويل. فالعقد التجاري يُعدّ من بين بديهيات المعاملات التجارية، إذ يكفل مقداراً من الراحة في نفسية أطرافه؛ فالجانب البسيكولوجي له تأثير مباشر على تنامي حجم المعاملات التجارية

¹ Adam Smith فيلسوف واقتصادي اسكتلندي، مولود بتاريخ 05 جوان 1723 بمدينة كيركالدي، وتوفي في 17 جويلية 1790.

² مشار إليه في: رائد فاضل جويد، النظرية الحديثة في التجارة الخارجية، مجلة لدراسات الخارجية والحضارية، المجلد الخامس، العدد 17، جوان 2013، ص 126. متاح عبر الرابط : <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=77033>

³ David Hume فيلسوف واقتصادي اسكتلندي، مولود بتاريخ 07 ماي 1711 بمدينة Édimbourg ، وتوفي في 25 أوت 1796 بنفس المدينة. وهو يعدّ من بين أبرز وأهم كتّاب اللغة الإنجليزية.

⁴ رائد فاضل جويد، المرجع السابق، ص 126.

وتسارع وتيرتها، لينعكس كل ذلك بالضرورة على النظام الاقتصادي للدولة. هذه الأخيرة وفي ظلّ المعطيات القائمة تسعى إلى تكريس الآليات القانونية والميكانيزمات التي تصون توجهها السياسي ونهجها الاقتصادي. بيد أنه ومن منطلق الفكر القائم على مبدأ " سلطان الدولة على رعاياها " ومبدأ " سلطان الدولة على إقليمها "، فإنّ الحلول التي تتبناها وإن كانت تمكنها من كبح مسار الركود، وفتح آفاق النمو على شتى الأصعدة، فإن معالمها قد تبدّد وتضمحل خارج أسوار هذه المبادئ.

وبحكم التعايش والتلاحم الذي ساد المجتمعات في ظل حركة لا متناهية لرؤوس الأموال، فإنّ الروابط العقدية على وجه التحديد أبت إلا أن تتخطى الضوابط المكانية مستترة في ذلك خلف شعار العقد الدولي. وما زاد في عزيمتها تلك النهضة المعلوماتية التي هيمنت على الحياة الاجتماعية واكتسحت خصوصيات الأفراد؛ حيث غيّرت من المفاهيم التي طالما تغنت بصمودها على مرّ الأزمنة والعصور، قبل أن تفسح المجال لبعض المصطلحات التي لاحت في الأفق بالرغم من أنها لم تكن مألوفة بالأمس القريب، على غرار العقد الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني... وغيرها. هذه المعطيات ساهمت إلى حدّ بعيد في تنامي المعاملات التجارية، إذ تسارعت وتيرتها وفق منحى تصاعدي بما يخدم مصالح الدول الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، خاصة وأنّ مدلول العولة الذي صاحب النكسة الاقتصادية وسائر تطورها، عمد بشكل غير مباشر إلى طمس الهوية الاقتصادية للدول عن طريق إذابة الحدود الفاصلة فيما بينها لتجعل العالم في صورة سوق واحدة يلتقي فيها العرض والطلب، أين باتت هذه الكتلة بحاجة إلى تنظيم أكثر من أي وقت مضى.

ومما لا شك فيه أنّ هذه التحولات والمستجدات التي شابت العالم الاقتصادي وألقت بسهامها على هيكلية التجارة الدولية، وضعت الدول أمام حتمية بحث سبل التعاون في المجال الدولي بشكل عام والتجاري على وجه الخصوص تحت ستار " القانون الدولي الخاص "؛ هذا الفرع من القانون الذي يعنى بتنظيم المسائل المشوبة بعنصر أجنبي؛ فهو وفقاً لهذا الوصف يعدّ بمثابة قانون القوانين¹. ولعلّ الحديث عن

¹ « Le droit international privé peut être considéré comme étant la loi des lois. Il les domine dans leur ensemble, étend ou resserre le champ d'activité qu'il assigne à chacune d'elles, pour les contraindre à combiner leur action dans le but de tendre, en commun, à la réalisation du droit ».

NGONO NKOVA Véronique Carole, La méthode conflictuelle dans le projet de code civil camerounais: contribution à la systématisation de l'évolution des méthodes en droit international privé, Les Cahiers de droit, Volume 57, numéro 4, décembre 2016, p 553.

متوفر عبر الرابط: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2016-v57-n4-cd02863/1038259ar.pdf>

هذا الفرع من القانون وعن المبادئ الأخلاقية التي يستوجب احترامها بما يساهم في نشر العدل والمساواة بين الشعوب والأمم، هو طرح يحظى اليوم باهتمام غير عادي في المنصّات الرسمية الدولية.

وبالإسقاط على العقد التجاري فتعاضم أهميته في مجال العلاقات الخاصة الدولية لا سيما في الفترة الراهنة التي كشفت عن صورة الانفتاح الذي شهدته السوق العالمية، تقتضي بالضرورة تهيئة الأرضية القانونية التي ترعى وتضمن سلامة الممارسات التجارية في هذا المجال. ولعل الارتباط الوثيق بين العقد الدولي ومعالم القانون الدولي الخاص يتأتى من خلال جملة من المعيّقات أفرزتها الممارسات، تخطيطها في الحقيقة يعد بمثابة دعامة لاستمرارية العلاقات وضمناً لنموها في هذا المجال وهي تنحصر أساساً في: تنازع الاختصاص التشريعي، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، علاوة على الجنسية ومركز الأجانب. وعلى الأرجح فإنّ تنازع الاختصاص التشريعي يجسّد الحلقة الأهم والمجال الضيق للقانون الدولي الخاص¹.

هذا وبات من البديهي أنّ انتماء أطراف العقد التجاري الدولي لتنظيمات قانونية مختلفة، وتشتت العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية قد تكون أولى العقبان التي تعيق نهج هذه الأخيرة، لا سيما في ظل تشبّث كل طرف منهم بتنظيم معيّن بحكم غريزة الوطنية، أو بحكم دوافع شخصية. فالعلاقات بخلاف هذا الطرح تعد من قبيل العلاقات الوطنية المحضة، تخضع بكافة عناصرها ومقوماتها لتنظيم قانوني واحد يأخذ على عاتقه مسؤولية صونها، وحل النزاعات التي قد تنشأ بسببها².

ولعلّ التعدّد في التشريعات القانونية، والتباين الذي يطال مضمونها هو ما يسهم في قيام مسألة التنازع في القوانين، وإن كان المصطلح في الحقيقة لا يرمز إلى التضارب، أو التنافر أو العداء كما قد يفهم من المدلول اللفظي، وإنما المعنى أعمق بكثير من ذلك عند فقهاء القانون الدولي الخاص، بحيث يراد به "تزام قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية متضمنة لعنصر أجنبي"³؛ كما أنّ فض مسألة التنازع لا تقوم على أساس تغليب قانون على آخر بالنظر إلى الاعتبارات الوطنية الضيقة، وإنما من

¹ حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2002، ص 6.

² صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجلد 10، عدد 03، سنة 2015، ص 11.

³ ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2013، ص 11.

خلال تقدير أكثر القوانين مواءمة لحكم النزاعات، في صورة تتساوى فيها القوانين الأجنبية بنظيرتها الوطنية. فالغاية إذاً تتجلى في بحث أنسب القوانين من خلال نَحْج مسلك قانوني يضمن الأمن والأمان القانونيين في مثل هذه المعاملات.

من هذا المنطلق جاءت الرسالة بعنوان "إشكالية تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية"، وإن كان اختيار مثل هكذا موضوع يعود بالدرجة الأولى للأهمية التي يكتسبها هذا النوع من العقود في الحياة الاجتماعية، بحكم أنّ الإنسان وليد بيئته، وباعتبار أنّ طابعه الغريزي ينساق في الغالب من الفرضيات نحو إشباع رغباته وحاجاته المادية والمعنوية، طالما أنّ حب الأنا يحتم عليه دوماً بحث سبل التآلق والنجاح؛ وهو ما قد يدركه من خلال الخوض في الشؤون والخبايا التجارية.

وعلى الرغم من تعدد صور العقود التجارية في حقل المعاملات الدولية، إلا أنّ الدراسة تطال على وجه التحديد عقود التجارة التي يبرمها الخواص، بحكم أنّ عقود أخرى في صورة عقود الاستثمار وعقود الاستهلاك قد تخضع لأحكام مختلفة بالنظر لخصوصيتها التي تتجسد من خلال عدم التكافؤ الذي يطال المراكز القانونية لأطرافها، وإن كان الوقوف عليها في بعض الحالات يكون بمثابة حتمية تفرضها الحاجة لتفسير الاختلافات وتوضيح الرؤى؛ ففتح آفاق المنافسة في المجال التجاري قد تكون حافزاً أمام الخواص لتقصي خطى النجاح من خلال الخوض في إبرام عقود تجارية دولية يكون هدفها الربح. وبما أنّ المسألة يطغى عليها الجانب المادي، فمن الضروري بحث الدعائم القانونية التي تصون حقوق الأطراف وتضمن نزاهة المعاملات على حد سواء؛ وهو ما لا يمكن أن يتأتى سوى من خلال تحديد قانون العقد، وإن كان في الحقيقة بلوغ الهدف المنشود قد يصطدم بإشكالية أعمق من ذلك وهي تداخل المفاهيم والمصطلحات طالما أنّنا بصدد البحث في المجال الدولي، كيف لا ومصطلحات تجارية لم تكفل في بعض الأحيان توحيد الصفوف بشأنها، ولعلّ أبلغ تعبير عن هذا الطرح ما تبنته التقنيات الوطنية الجزائرية في تكريسها لبعض المصطلحات التي توحى بالترادف على غرار المنتج، المهني، والمتعامل الاقتصادي¹؛ فضبط المفاهيم دلالة على النقل الأمين لإرادة المشرع خصوصاً في موضوع يختلط فيه البعد الاقتصادي بالبعد السياسي والقانوني. في هذا السياق يرى البعض أنّ مثل هذه المصطلحات هي بمثابة أدبيات سيقّت في عالم الأعمال لتخدم

¹ عودة في ذلك إلى نص المادة 140 مكرر من الق.م.ج، والمادة 03 من القانون 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالإضافة إلى نص المادة 03 من القانون 02/04 المتعلّق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

أبعاد اقتصادية وتجارية، وأنّ الوقوف على مدلولها يستلزم تظافر الجهود الداخلية والدولية للنهوض بعبء تعريفها¹.

ولعلّ اختيار هذا الموضوع في الحقيقة يحمل في طياته تحدياً جريئاً، على اعتبار أنّ المسألة وإن حظت بنصيب من الدراسة من قبل أساتذة وباحثين، غير أنّها لم ترس على حلول واضحة وجازمة، في بيئة تجارية لا تعترف بمفهوم الاستقرار، ضف إلى ذلك أنّ العديد من الدراسات سبقت وفق نسقٍ كلاسيكي سلّمت فيه بالحلول من الوهلة الأولى.

فإعادة دراسة هذا الموضوع القديم الجديد في نفس الوقت لم تكن من باب إعادة إحياء نقاش قديم فقط بل هي نابعة من رغبة ملحّة بإعادة النظر إليه من زاوية أخرى، وهذا من خلال التركيز على مصطلح "الإشكالية"، ما يفيد بوجود فرضيات ومسلّمات قانونية بحاجة إلى مبررات منطقية.

كما أنّ مثل هذه المواضيع تثير نقاطاً كثيرة قد تصلح كل منها لأن تكون موضوع أطروحة دكتوراه مستقل، وهو الأمر الذي يجعل المتصدي لموضوع البحث في حيرة من أمره، وذلك خشية أن يقع في أحد المحظورين: إمّا الإطناب الممل أو الإيجاز المخل².

ومن جهتنا، حاولنا قدر الإمكان إرساء معالم دراسة منهجية من خلال الوقوف على مصطلح "إشكالية" لتعليل أعمال مختلف الآليات التي تهدف لبحث القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بالخوض في خلفياتها ودوافعها، وصولاً إلى الحكم بكفايتها أو محدوديتها في فكّ عقدة التنازع التي تطل الروابط العقدية التجارية الدولية، وتنعكس دون أدنى شكّ على أبعاد ومقومات هذه الأخيرة. ويتخلّل مسار البحث هذا، الوقوف على أهمّ المعيقات والعقبات التي تعترضه.

¹ تحليل للأستاذ قاده شهيدة في سياق بحث إشكالية المفاهيم.

أنظر في ذلك: شهيدة قاده، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج - دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن -، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 08، سنة 2011، ص 48.

² وبالعودة إلى أهمّ الدراسات التي جاءت في هذا المجال واستهوتنا بالنظر للمقاربات التي تطولها بموضوع رسالتنا، نجد دراسة للأستاذ سامي مصطفى فرحان بعنوان "تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة"، وأخرى للأستاذ بلاق محمد بعنوان "حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية".

علاوة على بحوث أخرى ذات صلة على غرار رسالة الأستاذ بلمامي عمر بعنوان "الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة".

فإن نحن أردنا صياغة إشكالية رئيسية لأطروحتنا هاته فستكون: ما هي أهم الميكانزمات والآليات المنتهجة في فض مسألة النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وما مدى إسهامها في صون تطلعات الأطراف وتحقيق قدرٍ من الأمن والأمان القانونيين؟ ويتخلل هذا الطرح تساؤلات ثانوية لا تقلّ عنه شأنًا تستوجب منا الوقوف عليها بقدر من العناية، لعلّ أهمّها يتجسد من خلال بحث الأساس القانوني لقيام مسألة النزاع من أساسها:

■ كيف يتمّ رسم معالم العقد التجاري الدولي؟

■ ما مدى تأثير المحطات التاريخية على العقد التجاري الدولي في سياق فكرة النزاع؟

ولما كانت هذه الدراسة ترمي إلى بحث سبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ونظرا لتشعب المسائل المرتبطة به وتداخلها وتعقيدها، فإنّ هذا التعيين اقتضي منا تكريس المنهج الوصفي، وهذا بقصد تحديد معايير دولية العقد التجاري الذي يثير مسألة النزاع نظرا لحجم الارتباط الذي يجمع فيما بينهما، علاوة على بحث الخلفيات التاريخية التي ترسخ الحلول في مسألة بحث القانون الواجب التطبيق، ضف إلى ذلك الوقوف على بعض المفاهيم من أجل توضيح الرؤى حولها. كما يعدّ الأخذ بالمنهج المقارن أكثر من ضرورة للوقوف على مختلف الحلول في هذا المجال من خلال تسليط الضوء على أهم التشريعات العربية أو الأجنبية الرائدة في هذا المجال، علاوة على الجهود الدولية التي تمّ تكريسها في ذات السياق، وهذا بغرض إضفاء اللمسة التي تصبو إليها الدراسات في مجال القانون الدولي الخاص. هذا وتظهر أهمية الأخذ بالمنهج التحليلي باعتباره الأسلوب الأمثل في مثل هذه الدراسات، إذ يُعين على عرض وتحليل مختلف الآراء والأفكار الفقهية بغرض الوصول إلى أنسبها وترجيحها على البقية، خاصة أنّ الضرورة تقتضي من حين لآخر التمعن والتمحيص في الأبعاد القانونية لبعض النصوص التشريعية والأحكام القضائية بما يحقق قدرًا من التناسق والتجانس فيما بينها، بغرض الإلمام بتفاصيل الإشكالية وجزئياتها وإضفاء طابع الإثراء على جوهر الدراسة.

وترتيبًا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ هذا البحث اقتضت منا تقسيمه إلى بابين اثنين: أولهما جاء بعنوان " تقصي القانون الواجب التطبيق في ظل تكريس منهج قواعد النزاع " يستوقفنا في بحث

مسألة الارتباط القائم بين العقد الدولي والمنهج التنازعي، بالإضافة إلى الوقوف على الدور المنوط بقواعد التنازع ومدى تأصيلها في بحث القانون الواجب التطبيق.

في حين جاء الباب الثاني بعنوان " تنازع القوانين في ظل تنامي منهج القواعد المادية " نحاول من خلاله بحث خلفيات إقرار المنهج المادي في مجال الروابط العقدية الدولية في المجال التجاري، وتقدير نجاعتها في فض مسألة التنازع في القوانين.

الباب الأول

تقصي القانون الواجب التطبيق في ظل

تكريس منهج قواعد الشارح

بالرغم من عدم وجود إجماع فقهي أو قانوني على المسائل التي تنطوي تحت القانون الدولي الخاص كفروع من فروع القانون، إلا أنّ ميزته تتجلى واضحة من خلال تفرّده بحكم العلاقات التي تتصف بالدولية، والتي تثير على وجه التحديد مسألة التنازع في القوانين. ولعلّ الكشف المبكر للعلّة أفضى إلى تبني منهج قواعد التنازع كحل، إذ يأخذ هذا الأخير على عاتقه بحث القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة بشكل عام والتجارية على نحو ضيق.

فتعاقب الأزمنة على المنهج له من الدلالات ما يوحي بسيادته في فض مسألة التنازع وإرساء الدعامة القانونية التي ترمي إليها العلاقات التجارية الدولية، ولعلّ الفهم العميق لسبب تقصي القانون الواجب التطبيق على العقد يكون من خلال دراسة مسألة ارتباط العقد الدولي بفكرة تنازع القوانين (الفصل الأول)، وكذلك من خلال توضيح أبعادها وخلفياتها التاريخية، بغرض تبرير التوجه التدريجي القائم على ترسيخ قانون الإرادة كآلية لفض مسألة التنازع وتحديد القانون الواجب التطبيق (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ارتباط العقد الدولي بفكرة التنازع في القوانين

إنّ تأصيل أحقية منهج قواعد التنازع أو ما يعرف بقواعد الإسناد بحكم مسألة التنازع في القوانين التي تعتري عقود التجارة الدولية قد يرجع في الغالب من الفرضيات إلى ذلك التلازم والتناسق الذي تعرفه العلاقة فيما بينهما¹، والذي يتأتى من خلال خاصية الدولية التي تعد بمثابة النواة الحقيقية للتنازع، فبتخلفها يتم تصنيف العقد التجاري في خانة العقود الوطنية، بحيث يخضع في تنظيمه للتشريعات الداخلية المعدّة خصيصاً لذلك، وهو ما يحقق تيسيراً على القضاة في فض المنازعات التي يثيرها. بيد أنّ هذا المجال الضيق نسبياً يأخذ حيزاً واسعاً بمجرد تحقق العنصر الأجنبي الذي يضيف صفة الدولية؛ هذا ما يستدعي بنا الوقوف على معيار الدولية بوصفه الأساس الذي يقوم عليه التنازع في القوانين (مبحث أول)، ومن ثمّ الخوض في تأثير قواعد التنازع على العقد التجاري الدولي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: دولية العقد كأساس لقيام التنازع في القوانين

لدراسة دولية العقد أهمية بارزة في الحياة الاقتصادية والقانونية على حد سواء، باعتبارها الخاصة أو الصفة اللازمة لإعمال قواعد التنازع، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا بصرف النظر عن النهج القانوني أو الاقتصادي الذي تسلكه كل دولة من الدول². فمهما تشعبت التوجهات يبقى الهدف واحد ووحيد وهو بحث العنصر الأجنبي الذي بموجبه تُصنّف الرابطة العقدية في خانة العلاقات الدولية التي تثير مسألة التنازع في القوانين.

وعلى الرغم من الانسياب الواسع والمطلق لاصطلاح تنازع القوانين في اللغة القانونية الدارجة، يؤكد غالبية الفقهاء والدارسين أنّ نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت بمعاملات مالية أو غيرها، ودون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني أو

¹ NGONO NKO Véronique Carole, op, cit, p 554.

² عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية (عقد البيع الدولي، العقود البحرية الدولية، عقد نقل التكنولوجيا، عقود التجارة الإلكترونية، التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2017، ص55.

بالقانون التجاري أو غيرهما من فروع القانون الخاص¹؛ وتقدير هذا العنصر يعدّ بمثابة الحاجز الفاصل بين البقاء في نطاق التشريع الوطني والخوض في مختلف التشريعات المقارنة.

المطلب الأول: الوقوف على الإطار القانوني لدولية العقد

تشعبت العلاقات القانونية في ظل حاجة الفرد للآخر وأخذت وتيرة تصاعديّة، لذلك وجب إحاطتها بقدر من العناية على وجه يكفل لكلّ منها مكانة ضمن خانة من الخانات القانونية؛ وهو ما ينعكس لا محالة على سلوكيات الأفراد، بحكم أنّ القانون وُجد خصيصاً لتنظيم هذه الأخيرة، ناهيك على أنّ انصياع الأفراد للقواعد القانونية يكفل إلى حدّ بعيد هبة الدولة ووحدة الحلول والتي إن غابت معالمها غاب معها مبدأ التعايش. ومن ثمّ فإنّ بحث أبعاد العلاقات الخاصة بصفاتها روابط تنطوي على إرادة الأفراد الذاتية وحرّياتهم يعدّ من الأساسيات لا سيما مع توسع رقعتها بشكل يثير فضولنا لبحث إطارها القانوني.

الفرع الأول: المفهوم ومعايير الدولية

إنّ مصطلح العقد التجاري وإن كان يكفل لنفسه حيزاً من البساطة والليونة في نطاق العلاقات الوطنية، فإنّ هذه السمات قد تتبدّد وتتلاشى بمجرد الانتقال بها للوسط الدولي، ولعلّ السبب في ذلك يكمن في التعقيد الناتج عن انصهار عدّة تقنيات قانونية. غير أنّه واستجابة لمسااعي الأطراف، وجب البحث عن الركائز التي تأخذ بيدهم لبرّ الأمان والتي تنصاع لا محالة للدلالات القانونية المتمثلة في المفاهيم المحددة للعقد التجاري الدولي كأصل عام، وما ينجر عنها من تبعات في تحديد معايير الدولية؛ خاصة وأنّ صفة الدولية تعتبر من مكونات النزاع وخصائصه في آن واحد، فبها يتحدّد نطاقه، وتُهيأّ البنى التحتية التي يتم من خلالها أعمال قواعد الإسناد التي تتولّى تأمين الحلول لمسائله.

¹ حيث أكّد وجهة النظر هاته الأستاذ سعيد يوسف البستاني من خلال تحليله لمضمون القانون الدولي الخاص.

سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004، ص 103.

أولاً - مفهوم العقد التجاري الدولي:

يُعدّ العقد الدولي بمثابة المستند الذي يحفظ حقوق وواجبات أطرافه، أي كل من البائع والمشتري، إذ أنّ الخوض في خبايا الجانب العملي للتجارة الدولية كشف عن حقيقة مفادها أنّ غالبية عمليات البيع والشراء الدولية لا تتم إلاّ بواسطة عقد دولي يمنح الأطراف مصداقية لالتزاماتهم التعاقدية، ويزيح عن كاهلهم حمل الشك والارتباك بخصوص نقاط متفق عليها¹.

بيد أن الاهتمام المتزايد لهذه الممارسات التعاقدية أثار جدلاً واسعاً في أوساط القانون، ولعلّ أهمّ المسائل التي برزت في هذا السياق تلك المتعلقة بإعطاء مفهوم محدد ودقيق لهذا النوع من العقود. فالعقد في مدلوله العام هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معيّن، يتمثّل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل². وبالتالي يمكن القول بأنّ العقد التجاري الدولي قد يوحي للأذهان بأنه عقد ينصب على معاملات تجارية موجّهة لأن تتخطى حدود دولة ما لتنتج أثرها في دولة أخرى، وإن انساق البعض خلف التعريف القائم على لغة الاقتصاد، وهذا بتصنيف العقد التجاري الدولي بأنه اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والآخر غير مقيم ويخضع لقانون الصرف والتحويل الخارجي³.

من خلال جملة التعريفات التي تمت الإشارة إليها، يمكن أن نستشف التباين في الركائز التي تتولّى تحديد العنصر الأجنبي وبالتالي إقرار عنصر الدولية⁴، والتي تكرر الخلافات المتواترة في أوساط الفقه والقضاء بشأن تحديد دولية العقد التجاري، وهو ما يفسر استحسان البعض الفكر القائم على وضع تعريف شامل للعقد التجاري الدولي مفضلين ترك مسألة تقرير الدولية من عدمها حسب ظروف كل قضية

¹ ريتا سايد سيدة ، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية - دراسة مقارنة - ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت - لبنان ، سنة 2014 ، ص 18 .

² عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، المرجع السابق، ص 54.

³ يوسف زكريا عيسى، مقال بعنوان التجارة الدولية، متوفر عبر الرابط:

<https://ar-ar.facebook.com/dr.yousifzakaria/posts/639417616130967/>

زيارة بتاريخ 2020/08/06 في حدود الساعة 21:39.

⁴ وهو ما أشار إليه الأستاذ Jean Christophe Pommier بإقراره بأنّ تحديد المقصود بالعقد الدولي يعدّ من المستحيلات.

مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 02، سنة 2014 (د. ت. ص). متوفر عبر الرابط:

<https://platform.almanhal.com/Files/2/73963>

زيارة بتاريخ 2017/04/03 في حدود الساعة 12:40.

على حدى وهذا حال عرضها على المحكمة¹، على الرغم من انسياق نظرائهم وراء عنصر الشكل كأساس لتحديد الدولية؛ كأن يكون العقد وفق طابع شكلي لعقد نموذجي أو وفقا لشروطه العامة. غير أنّ هذا التوجه قد لا يبدو سليما لإعطاء تعريف دقيق للعقد التجاري الدولي، على اعتبار أنه في كثير من الحالات ما تبرم العقود بين مواطنين من دولة واحدة متخذة في ذلك إحدى الأشكال النموذجية الدولية².

ثانيا- دولية العقد التجاري:

بالعودة للمفاهيم السابقة، وبالتطلع إلى الإطار العام لمسألة دولية العقد فقد ظهر تباين في الاتجاهات المقررة له؛ فأتجاه أول نهج المعيار القانوني من أجل تحديد دولية العقد، بموجبه يكون العقد دوليا إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، حيث تتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم. مثال ذلك أن يبرم جزائري مقيم في الجزائر عقد مع فرنسي مقيم في فرنسا بخصوص بضاعة متواجدة بالإقليم الإسباني بغرض تسليمها بإسبانيا. ففي هذه الحالة تشتمل العلاقة القانونية على أكثر من نظام قانوني، مما يضيف عليها صفة الدولية.

غير أنّ مسألة تقدير العنصر الأجنبي لم تحز الإجماع من طرف رجال القانون، حيث تشتت الآراء الفقهية في تحديدها للعناصر الفعالة في الصفة الأجنبية. فأتجاه أول ساوى بين العناصر القانونية للرابطة العقدية³، بمعنى أنه يُعتد بدولية العقد متى تضمن عنصرا أجنبيا، سواء من ذلك أطراف العقد أو موضوعه، أو واقعه المنشأة. غير أنّ هذا التوجه قد ينطوي على قدر من الجمود وعدم الكفاية، لأن الاعتداد بدولية العقد بمجرد توافر العنصر الأجنبي وبغض النظر عن أهمية العنصر وتأثيره في العلاقة يُخلّ بالأمان القانوني والعدل الذي تعرفه الممارسات التجارية، كما من شأنه أن يوسع من رقعة التنازع بين القوانين. ولعلّ جمود هذا الاتجاه جعل فئة من الفقه تسعى إلى التمسك بالعناصر الفعالة في الرابطة العقدية

¹ إذ يتمتع القاضي في تحديده لعنصر الدولية بسلطة تقديرية تقوم على قناعته الشخصية، لا يتقيد بموجها بضوابط مادية محدّدة وملموسة؛ وهذا ما يعرف بالمعيار القانوني المضيّق (الحديث المرن)، وهو التحليل الذي خلص إليه الأستاذ محمود محمد ياقوت من خلال وقوفه على مفهوم العقد التجاري الدولي ومعايير تحديده.

محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختبار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000، ص 63.

² طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2008، ص 26 - 27.

³ BATIFFOL Henri, Contrats et conventions, Revue de droit international et de droit comparé, 1968, p 564.

كأساس لإضفاء الصفة الدولية على العقد¹، فمتى تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير مؤثر من عناصر العقد فإن ذلك لا يؤدي إلى إضفاء الصفة الدولية عليه.

فمن هذه الزاوية يرى أنصار هذا التوجه أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعدّ عنصراً مؤثراً في العقود التجارية²؛ وعلى خلاف ذلك فإن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين تعتبر من المسائل المؤثرة لإضفاء صفة الدولية. إلا أنه يمكن الإشارة إلى عدم وجود أي أساس قانوني أو معيار واضح لهذه التفرقة.

ويمكن القول بأن المعيار القانوني، وإن كان يتأثر بالجوانب السياسية والقانونية، إلا أنه قد يكون غير كافي لتحديد دولية العقد، وذلك لتنافي الارتباط بموضوع التعاقد، وهو التجارة الدولية التي تتعدى حدود الاقتصاد الداخلي³.

في خضمّ هذه المعطيات تبنى اتجاه ثاني ما يعرف بالمعيار الاقتصادي، والذي يستمد بموجبه العقد صفة الدولية إذا ما تعلّق بمصالح التجارة الدولية. أي أن العقد في هذه الحالة ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، كأن يتضمن مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، حيث يترتب عليها حركة ذهاب و إياب للأموال عبر الحدود. إذ يذهب هذا المعيار في تشبيهه لحركة التجارة الدولية بحالة المد والجزر المستوحاة من نظرية المحامي Martin⁴. هذا ويستمد المعيار الاقتصادي أساسه القانوني حسب شريحة من الفقه من بعض المبادئ التي يقوم عليها والمتمثلة في تحطيه

¹ Cass.1er civ., 7 octobre 1980, Tardieu, RCDIP.1981.313, note Mestre. En l'espèce, il s'agit d'un contrat conclu entre les contractants français domiciliés en France, la loi qui régit à ce contrat est la loi française. Pourtant la partie a invoqué que ce contrat avait caractère international en appuyant sur le fait que l'un des cocontractants était appelé à s'expatrier. La Cour de cassation a affirmé la décision de juridiction d'appel qui a décidé que ce contrat ne présente pas le caractère d'extranéité, par conséquent il ne s'agit pas d'un contrat international.

مشار إليه في:

LARPVANICHAR Ratchaneekorn, Les contrats internationaux: étude comparative franco-thaïlandaise, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur en droit Discipline: Droit international privé, L'Université Lille 2 – Droit et Santé, année 2012, p 28.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 347.

³ طيار محمد السعيد، معايير تدويل عقود التجارة الدولية، مجلة المفكر، العدد 16، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2017، ص 609.

⁴ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2018، ص 17.

الحدود الجغرافية¹، ومساسه بمصالح التجارة الدولية، وتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، وهذا بصرف النظر عن بعض مقومات العقد كجنسية الأطراف ومحل إقامتهم وغيرها.

غير أنّ المتمعن في المعيار الاقتصادي يمكنه أن يستخلص أن الأخذ به يؤدي بالضرورة إلى تطبيق المعيار القانوني في نفس الوقت؛ فالرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية هي بالضرورة متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد.

وقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمسألة دولية العقد إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي؛ فهو على هذا النحو لا يكفي عند تقرير دولية عقود المعاملات التجارية بالتحقق من توافر العنصر الأجنبي فحسب عملاً بالمعيار القانوني، بل يحرص على تعلق هذه المعاملة بمصالح التجارة الدولية؛ وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 04 جويلية 1972 حول شرط التحكيم المدرج بموجب عقد أبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلًا للشركة المذكورة مما يمنحه صلاحية تسويق منتجاتها في فرنسا وفقاً لما تنص عليه أحكام القرار الفرنسي الصادر بتاريخ 1958/12/23 المتضمن تنظيم المركز القانوني للوكلاء التجاريين². وقد استندت المحكمة عند تأكيد دولية العقد على المعيار القانوني الذي يفيد اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد، أي كل من القانون الهولندي والفرنسي، بالإضافة إلى المعيار الاقتصادي، حيث أشارت في معرض حكمها إلى ما تهدف الرابطة العقدية لتحقيقه من تشجيع لصادرات الشركة الهولندية بفرنسا، وهو ما سيفضي إلى انتقال الأموال عبر الحدود، ويمسّ على هذا النحو مصالح التجارة الدولية³.

وفي ذات السياق نشيد بالذكر أنّ الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي قد يترتب عليه التضييق من معيار دولية العقد؛ بل أكثر من ذلك فالجمع بين المعيارين سيفضي إلى ذات النتيجة التي

¹ Pour déterminer le caractère international du contrat on cite toujours le procureur général Matter qui dans un arrêt rendu le 17 mai 1927, a dit qu'est international : le contrat qui comporte un flux et un reflux par-dessus les frontières.

لمزيد من التفاصيل أنظر الموقع الإلكتروني:

<https://cours-de-droit.net/droit-du-commerce-international-a121606960/>

زيارة بتاريخ 2020/01/20 في حدود الساعة 17:45.

² LOUSSOUARN Yvon, Recueil des cours, collected courses of the hague academy of international law, 2, T 139, 1973, p 308.

³ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2014، ص 96.

يحققها المعيار القانوني في مفهومه الضيق والذي لا يعتد من خلالها إلا بالعناصر المؤثرة والتي تتمثل أساسا في تجاوز هذه العقود إطار الاقتصاد الداخلي، ما يعني انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود.

الفرع الثاني: معيار دولية العقد في القانون الاتفاقي والتطبيقات القضائية

لقد اهتمت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية بعنصر دولية العقد وهذا بحكم تأثيره وأهميته على مسألة التنازع، حيث أقرت بعض المعايير في هذا الشأن. كما أنّ المحاكم الوطنية في الدول المختلفة هي الأخرى شاركت من خلال اجتهاداتها القضائية في وضع معايير يمكن الحكم من خلالها بدولية العقد التجاري، وهذا قصد رسم صورة واضحة المعالم للعلاقات التعاقدية التجارية الدولية.

أولا- معيار دولية العقد في القانون الاتفاقي:

تعدّ كل من اتفاقية فيينا لسنة 1980 واتفاقية لاهاي لسنة 1986 من أهم الاتفاقيات الدولية في المجال التجاري¹، إذ أكّدت حرصها على إحاطة المعاملات التجارية الدولية بجملة من النصوص القانونية التي تكفل إلى أبعد الحدود سلامة الممارسات التجارية. وبالتالي وجب البحث عن موقف كل منهما بخصوص المعايير المعتمدة في تحديد دولية العقد التجاري.

01 - معيار الدولية في اتفاقية فيينا لسنة 1980 :

بالعودة إلى بنود الاتفاقية، فإنّ نص الفقرة الأولى من المادة الأولى منها يقضي بأنه : " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، وذلك عندما تكون هذه الدول متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة"².

من خلال هذه الفقرة يتضح أنّ الاتفاقية قد تبنت معيارا أساسيا لإضفاء صفة الدولية على العقد التجاري، إذ تجسّد في حال ما كانت مراكز كلّ من البائع والمشتري في دولتين مختلفتين. ولما أغفلت

¹ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises Conclue à Vienne le 11 avril 1980.

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, faite à La Haye le 22 décembre 1986.

² اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع متاحة عبر الموقع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

أحكام الاتفاقية المذكورة مسألة تحديد المقصود بمركز الأعمال، فقد تباينت وجهات النظر بشأنه؛ فنجد أن مفهوم هذا الأخير قد يتسع ليشمل المكاتب والوكالات والفروع، شريطة أن تكون حقيقية، وأن تتمتع بقدر كافي من الاستقرار في الدولة المعنية؛ كما قد يرمز مركز الأعمال إلى المكان الذي يباشر فيه أي من المتعاقدين أي جزء من نشاطه بشرط أن يتمتع بالاستقرار¹. غير أنّ الاتفاقية في حد ذاتها لم تكتفي بهذا المعيار الأساسي، بل أضافت إليه معيارين تكمليين يتعين أن يضاف أحدهما إلى المعيار الأساسي، مؤدّي أولهما أن تكون كل من الدولتين اللتين يوجد بهما منشآت كل من البائع والمشتري دولة متعاقدة؛ أمّا الثاني يفترض أن تؤدّي قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون إحدى الدول المتعاقدة، وهي النقطة التي سوف نتطرّق إليها بشيء من التفصيل في معرض هذه الدراسة.

02 - معيار الدولية في اتفاقية لاهاي لسنة 1986:

من خلال التعرّيج على اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية لسنة 1986، نجد أنّ المادة الأولى منها وفي فقرتها الأولى نصت على أنه: "يعد بيع المنقولات دولياً متى كان مركز أعمال طرفي العقد في دولتين مختلفتين"². وهو ما قد يفيد بحسب تقديرنا تبني الاتفاقية المعيار القانوني في تحديدها لدولية العقد.

ثانياً - معيار دولية العقد في التطبيقات القضائية:

في ظلّ عدم الفصل في مسألة دولية العقد من قبل الفقه والتشريعات القانونية بشكل قطعي وواضح، فإن البحث عن المسألة في ظل الاجتهادات القضائية يُعدّ أمراً حتمياً. وبالخوض في التطور التاريخي الذي عرفه القضاء بصدد معالجته لدولية العقد، يمكن أن نلاحظ تبنيه لكلا المعيارين، الاقتصادي والقانوني لكن مع اختلاف من حيث التطبيق، فتارة يأخذ بهما تطبيقاً متناوباً، وتارة أخرى يأخذ بهما تطبيقاً جامعاً.

¹ تفاصيل أكثر بالعودة إلى: عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها.

² بنود الاتفاقية متاحة عبر الموقع:

01 - التطبيق المتناوب للمعيارين القانوني والاقتصادي:

إنّ الجدل الفقهي السائد حول معيار دولية العقد انعكس بصورة مباشرة على التطبيقات القضائية، حيث وجدت هذه الأخيرة ضالتها من خلال تطبيق أحد المعيارين بشكل متناوب، فنجد أنّ محكمة استئناف Amiens الفرنسية أخذت بالمعيار القانوني بشأن العقود المبرمة بين فرنسيين في الجزائر إبان فترة الاحتلال؛ حيث قضت بأنّ تغيير الوضع بعد استقلال الجزائر يجعل من هذه العقود عقوداً دولية يجري تنفيذها في الخارج. وهو الموقف الذي يفيد ضمناً بأنّ العقد بإمكانه اكتساب الصفة الدولية في مرحلة لاحقة على إبرامه. كما أقرت بذات المعيار في قرارات متعددة على مدى فترات مختلفة¹، وهو ما يوحي بعدم وجود قاعدة ثابتة بشأن مسألة دولية العقد. في حين حدث بعض الأحكام والقرارات القضائية اتجاهاً مخالفاً، حيث وجدت هذه الأخيرة ضالتها من خلال تبنيها المعيار الاقتصادي، وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 14 فبراير 1930 والذي جاء في إحدى حيثياته: "يعد عقداً دولياً ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة"²؛ كما أخذت بنفس التوجه في قرارها الصادر في 17 ماي 1967 حين أضفت محكمة النقض الصفة الدولية على التسوية المالية للعلاقات والتصرفات التجارية التي يتم من خلالها تدفق السلع عبر الحدود³.

02 - التطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي:

مع تطور المعاملات التجارية الدولية والتي يشكل العقد أهم تجلياتها، لم يعد القضاء يكتفي عند تقديره لدولية العقد بالتحقق من تضمّن الرابطة لعنصر أجنبي والذي يأخذ صفة المعيار القانوني، وإنما اتّسع دوره

¹ On peut constater que des arrêts ont admis un critère plus juridique (arrêt de 1971) : pour que le contrat soit international il faut que le siège social des deux parties soient situées dans deux pays différents. Même chose dans un autre arrêt de 1981, en estimant que le contrat était international du moment que la nationalité des parties étaient différentes. Ce critère exclusivement juridique a lui-même suscité la critique car dans certains cas, les parties peuvent avoir une nationalité différente mais avoir leur domicile en France et réaliser une opération à l'intérieur des frontières françaises. Cette situation n'est pas extrêmement fréquente.

<https://cours-de-droit.net/droit-du-commerce-international-a121606960/>

أكثر توضيح بالرجوع إلى الرابط:

زيارة بتاريخ 20/01/2020 في حدود الساعة 17:45.

² عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عارين، المرجع السابق، ص 61.

³ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2015، ص 23.

ليحرص على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وفق المعيار الاقتصادي، حيث يترتب على هذا السلوك بالضرورة التضييق من معيار دولية العقود، بحيث لا يؤدي مجرد تضمن مثل هذه المعاملات لعنصر أجنبي إلى اتباع منهج القانون الدولي الخاص. وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية وسبقت الإشارة إليه في سياق الحديث عن المعيار المختلط¹.

الفرع الثالث: المجال الفني لتجسيد دولية العقد

إنّ تصنيف دولية العقد كحلقة أولى في مجال التنازع في عقود التجارة الدولية، يفتح باب الفضول لبحث الجانب العملي، لا سيما مع انعدام حلول موحدة وتضارب المعايير المعتمدة. ولإزاحة اللبس بخصوص المسألة يتم اعتماد وسيلة فنية يطلق عليها قانونا مصطلح " التكييف "²؛ هذا الأخير يكتسي أهمية بالغة باعتباره المؤشر الذي تتوقف عليه عملية اختيار قاعدة الإسناد المختصة، والتي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية.

وإن كان التكييف من بين المسائل المعقدة التي يواجهها القاضي، فالواقع أثبت أن التكييف ليس حكرا على مجال القانون الدولي الخاص، بل يتعرض لها القاضي في مختلف الفروع القانونية الأخرى، بأن يعطي للفعل أو التصرف التكييف القانوني الملائم دون تقيده بالوصف الذي ألحقه به أطراف النزاع؛ فعلى سبيل المثال لا الحصر لا بد من اللجوء للتكييف في بعض التصرفات للوقوف على حقيقتها إن كانت من قبيل البيع أو الإيجار. أما التكييف في مجال القانون الدولي الخاص، فيتميز بارتكازه على العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية³.

¹ عودة في ذلك إلى الصفحة 16 من هذه الدراسة.

² MINOIS Maud, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, bibliothèque de droit privé, T 594, L.G.D.J, paris, 2020, p 02.

³ حيث نجد له تعريفا في مجال تنازع القوانين بأنه: عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعة ذات العنصر الأجنبي، ذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية التي وضع لها القانون قاعدة تنازع. مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص 677.

فالتكليف إذاً هو العملية القانونية (الفنية) التي يقوم بها القاضي لتحديد طبيعة المسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه، بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها، بحثاً عن القانون الواجب التطبيق¹.

ويمكن أن نلاحظ من خلال هذا التعريف أنّ التكليف في مجال القانون الدولي الخاص ينطوي على بعض الخصوصية، بحيث يستوجب على القاضي في حال عُرض عليه نزاع في علاقة متضمنة لعنصر أجنبي أن يستهل مساره بالبحث عن الطائفة القانونية التي يمكن إدراجها بها، ليتوصل فيما بعد لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليه؛ وإن كان القضاة في شتى دول العالم يختلفون في ربط المسألة القانونية بطائفة أو بأخرى. كما أنّ مضمون هذه الطوائف يتباين من نظام قانوني لآخر، مما يؤدي حتماً إلى اختلاف في تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق.

من هذا المنطلق يمكن الإجماع على أنّ التكليف ليس بالعملية الهيئية، فالقاضي أو المحكم وهو في صدد تحديد طبيعة العقد، قد يصطدم ببعض المعينات خاصة مع ارتباط العقد الأصلي بعقود تبعية؛ فعقد البيع التجاري يرتبط في الغالب من الأحيان بعقد النقل وعقد التأمين، ما يفرض عليه حتمية إعمال أحد الخيارين: إما التكليف الشّمولي أو ما يعرف بمصطلح التكليف الموحد، وإما التكليف التوزيعي. بطرح آخر، هل يقوم القاضي بإلحاق هذه العقود التبعية بالعقد الأصلي، أم يعالج كل عقد على حدى ويكيّفه تكييفاً مستقلاً؟

لغرض إعطاء تعليل سليم لا بأس أن نشير بأنّ التكليف الشّمولي يقوم بالأساس على إضفاء وسط موحد للعقد، أي تغليب قواعد العقد الرئيسي بوصفه العقد الأصلي، والنظر إلى باقي العقود على أنّها لا تعدو أن تكون مجرد عقود ثانوية يتم إرفاقها بالعقد الأصلي، وهذا عملاً بقاعدة "القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل". فالتكليف الشّمولي بهذا المنظور هو المستحسن نظرياً بالنسبة للفقهاء الذي لا يرى أي تأثير للالتزام التابع على طبيعة الالتزام الأصلي. وحتى على المستوى العملي فإن القاضي غالباً ما يفضل تطبيق التكليف الشّمولي، وهذا مرونته وسلاسة تطبيقه بالإضافة إلى فعاليته في إضفاء صفة القانونية على العقد، بالرغم من حرص أقلية من الفقهاء على عدم تقليص عناصر العقد المادية بغية الوصول إلى تكليف موحد؛

¹ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2016، ص 75.

حيث اعتبرت المسألة بمثابة عمل تشويهي، متى كانت هذه العناصر لا تؤثر على البنيان التكويني للعقد ولا تتعارض مع النظام العام¹.

وبين هذا وذاك ومع غياب معالم قطعية حول التكييف الجدير بحكم العقد التجاري، تبقى الحلقة الأهم في هذا المقام تتمحور في البحث عن القانون الواجب التطبيق على التكييف باعتبار أنّ المسألة في حقيقتها هي مسألة تنازع في القوانين؛ وبالتالي معرفة ما إذا كان القاضي يستند في تكييف العلاقة القانونية إلى تشريعه الداخلي، أم أنّ الطبيعة الخاصة للعقد التجاري تفرض عليه الالتزام بتشريعات أخرى؟

أولاً- القانون الواجب التطبيق على التكييف:

لقد تضاربت الآراء الفقهية والتشريعات القانونية في مسألة تحديد القانون الذي يحكم التكييف، بين منحاز لقانون القاضي ومتأثر بخلاف ذلك. ولا بأس من التعرض لمختلف هذه التوجهات والوقوف على أهم مبرراتها وحججها.

01 - خضوع التكييف لقانون القاضي:

هو الحل الذي أخذ به الفقيه Bartain في فرنسا وتبنته مختلف التشريعات الوطنية، إذ يتعين بموجبه على القاضي أن يُكَيّف المسألة المطروحة عليه مستعينا في ذلك بالمفاهيم المكرسة في قانونه الوطني².

ويبرز أصحاب هذه الفرضية موقفهم بالاستناد إلى طبيعة قاعدة التنازع الوطنية من جهة، بحيث لا يعدّ التكييف في هذه الحالة سوى عملية تفسير لقاعدة الإسناد؛ وبما أنّ هذه الأخيرة تعد قاعدة وطنية، فمن البديهي الرجوع في تفسيرها إلى واضعيها. ومن جهة أخرى يعتبر التكييف بمثابة عملية أولية وسابقة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فمن غير المعقول أن يتم إعماله بناءً على قانون أجنبي لم يتحدد

¹ تفاصيل حول هذه التوجهات بالعودة إلى:

أيوب لمغازي، بدر البوزكاوي، تكييف العقود التجارية الدولية، مقال متوفر على الرابط: <https://ho9o9i.com>

زيارة بتاريخ 2020/06/05 في حدود الساعة 22:50.

² موقف تبنته محكمة النقض الفرنسية في قضية Caraslanis (زواج اليوناني) في قرارها الصادر بتاريخ 1995/06/22 حيث جاء في منطوق الحكم: " أن معرفة ما إذا كانت مراسيم الزواج تدخل في طائفة قواعد الشكل أم قواعد الموضوع يجب أن تحسم من قبل القاضي الفرنسي حسب المفاهيم المكرسة بالحقوق الفرنسية التي تفترض أن الصفات الدينية أو العلمانية للزواج تدخل ضمن شروطه الشكلية ".

مشار إليه في: محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 79.

بعد اختصاصه بحكم النزاع، على اعتبار أنّ القانون الأجنبي في هذه المرحلة يكون في حكم المجهول. وعليه فالقانون الوحيد الذي يمكن للقاضي أن يرجع إليه هو قانونه الوطني¹.

وإن كانت هذه المبررات تخضع للطابع العملي، فإنّ الطابع السياسي كان له هو الآخر نصيب لدى الأستاذ Bartain، والذي ارتكز من خلاله على فكرة السيادة، حيث خلص في معرض تحليله إلى اعتبار أنّ مسألة تنازع القوانين لا تعدو أن تكون مسألة تنازع بين السيادات التشريعية للدول ذات الصلة بالعلاقة محل النزاع. ولما كانت وظيفة قاعدة الإسناد هي فض التنازع بين السيادات، وكان التكييف بمثابة مسألة أولية لازمة لإعمال تلك القاعدة، فهو يتصل بالضرورة بفكرة السيادة؛ لدى فمن غير المعقول أن يتنازل المشرع أو القاضي عن المسائل المتصلة بسيادته لصالح قانون دولة أخرى². هذا ويقضي المنطق بتأثير القاضي في تكوينه وعمله بمفاهيم وأحكام نظام قانونه الوطني، مما يسوقه بالضرورة إلى إجراء التكييف وفقا للمبادئ التي ألفتها وترعرع في كنفها.

أما عن نطاق التكييف في هذه الفرضية فقد أشار الأستاذ Bartain إلى تلك التفرقة الملموسة بين ما يعرف بالتكييف الاختصاصي أو الأولي *Qualification primaire*، والتكييف اللاحق أو الثانوي *Qualification secondaire*؛ حيث استثنى هذا الأخير من نطاق التكييف الذي يخضع لقانون القاضي، ليخضعه للقانون الواجب التطبيق على النزاع. ففي حال انتهى القاضي على سبيل المثال من تكييف مسألة ما على أنها تندرج ضمن مسائل الالتزامات التعاقدية، وأخضعها لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، فإن تحديد نوع العقد الذي ترتب عنه الالتزام هل يعدّ من قبيل عقود البيع أو المقايضة، يعد من المسائل الثانوية أو الفرعية، وهو بالتالي لا يخضع لقانون القاضي. وقد استند الأستاذ في تبريره على نفس التوجه القائم على فكرة السيادة³.

ولم تلاقي هذه التفرقة ترحابا كبيرا، باعتبار أنّ التكييف في الحقيقة، لا يقصد به سوى التكييف اللازم لتحديد قاعدة التنازع الملائمة للمسألة محلّ النزاع تمهيدا لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وهو ما يعبر عنه بالتكييف الضروري في فقه نظرية تنازع القوانين؛ في حين أنّ التكييف اللاحق أو الثانوي، فهو لا يعدّ

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 80.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 679.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 690-691.

تكييفاً بالمعنى الدقيق للاصطلاح في نظرية التنازع، إذ يصنّف من قبيل التفسير اللازم لحسن تطبيق القانون الذي حدده قاعدة التنازع، كونه لا يختار هذه الأخيرة، وإنما يكتفي بتفسير مضمون قواعد القانون الواجب التطبيق¹.

هذا ويمكن القول بأنّ هذه التفرقة تنطوي على قدر كبير من الصعوبة، وإقرارها قد يفضي إلى إطلاق العنان لسلطة القاضي، لا سيما في ظلّ غياب المعيار الدقيق واللازم لإجرائها؛ فقد يميل القاضي إلى توسيع اختصاص قانونه في إجراء التكييف تحت ستار أنّ الأمر يتعلق بتكييف أولي أو اختصاصي، خصوصاً إذا أدى ذلك إلى إدراج المسألة في طائفة من الروابط القانونية التي يختص بحكمها قانونه الوطني، أو على العكس من ذلك، قد يميل القاضي إلى تضيق اختصاص قانونه بحجة أنّ الأمر يتعلق بتكييف ثانوي.

02 - خضوع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع:

لقد انتقد بعض الفقهاء وفي مقدمتهم " Dispagne " التصور القائم على إخضاع التكييف لقانون القاضي، ليسلكوا منهجاً يهدف إلى توسيع اختصاصات القانون الأجنبي الذي يسري على موضوع النزاع؛ وبالتالي يخضع التكييف للاختصاصي لقانون القاضي في حين يبقى التكييف الموضوعي خاضعاً للقانون الأجنبي الذي يحكم النزاع².

ويؤيّر أنصار هذا الاتجاه موقفهم هذا على أساس أنّ إجراء التكييف بناءً على القانون الأجنبي أمر تفرضه قاعدة الإسناد الوطنية نفسها. فبما أنّ التكييف يشكل جزءاً لا يتجزأ من قاعدة الإسناد، فإنّ هذه القاعدة تمنح اختصاصاً كاملاً لهذا القانون بما في ذلك مسألة التكييف؛ ويترتب على هذا أنه في حال ما أشارت هذه القاعدة إلى قانون أجنبي لحكم النزاع، فإنّ دور القاضي ينتهي ويطبق القانون الأجنبي برمته على النزاع سواء من حيث الموضوع أم فيما يتعلق بتحديد الوصف القانوني الخاص به. كما أنّ أي تكييف

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 691.

² كأن يحدّد القاضي مثلاً أنّ نزاعاً ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، فيتم الرجوع إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار للتعرف على مفهوم المسؤولية التقصيرية، وشروطها، وانتقال التزامات المسؤول إلى ورثته... إلخ.

لا يتم عن طريق إعمال القانون الأجنبي سيؤدي إلى تطبيق هذا القانون رغما عنه على موضوع النزاع في حالات لا ينطبق عليها في الأساس¹.

03 - خضوع التكييف للقانون المقارن:

في ظلّ التضارب الذي عرفه المسلكين السابقين في مسألة التكييف، بين أخذ بمنهج قانون القاضي، وبين مقرر بضرورة خضوع التكييف للقانون الذي يحكم الموضوع، أرسى الفقيه الألماني " Ernst Rabel " نظريته القائمة على تطبيق القانون المقارن. حيث ينادي من خلالها بضرورة مراعاة القاضي للتوجه العالمي فيما يتعلّق بتحديد الطبيعة القانونية للمسائل الواقعية التي تثيرها القضية، وهو توجه واسع يجري من خلاله التحديد وفقا لأفكار ومفاهيم عامة عالمية، دون أن يتقيد في ذلك بمفاهيم قانون معين بذاته ولو كان قانونه الوطني؛ فهو بالتالي يقوم بدراسة مقارنة بين قوانين مختلف الدول ليستخلص منها أفكار ومفاهيم ذاتية خاصة مشتركة يجري التكييف وفقا لها.

وبالرغم من أن هذا الطرح ينطوي على العديد من الصعوبات والتعقيدات سواء ما تعلق منها بالطابع العملي الذي يتلخص في المسؤولية الشاقة الملقاة على عاتق القاضي، والتي تُحتمّ عليه دراسة قوانين غالبية الدول إن لم نقل كل الدول، أو الطابع النفسي الذي يتلخص في ذاك الشعور الذي ينتاب القاضي بهجر القوانين الأجنبية المزعوم إجراء المقارنة بينها لصالح قانونه الوطني؛ إلا أنّ الفقيه الألماني برّر موقفه هذا من خلال الإشارة بأنّ العلاقات الدولية الخاصة تستلزم آليات وأدوات دولية، وأنه لا مانع من إقامة طوائف إسناد وأفكار خاصة بمسائل القانون الدولي الخاص، لأنه من غير السائغ أن يلجأ القاضي إلى طوائف ومفاهيم وطنية لتحقيق غاية دولية، وسد حاجة عالمية. ويضيف في سياق تبريره أنّ الدراسة المقارنة تعين القاضي على التعرف على معالم الدول الأخرى وتوسع مداركه²، بحيث لن يصعب عليه تفهم غالب المسائل

¹ يمكن تصور ذلك في حال اعتبر القانون الأجنبي مسألة ما من الشروط الشكلية للعقد، وكان قانون القاضي يدخل المسألة نفسها ضمن فكرة الأهلية، فإنّ ذلك سيؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية، في حين أن هذا القانون يصنف هذه المسألة من مسائل الشكل ويخضعها لقانون محل إبرام العقد.

² ولعل الأمثلة في هذا السياق على اختلافها، حيث تجدر بنا الإشارة إلى ما خلص إليه القضاء الإنجليزي، الذي اعترف بعد طول تردد بنظام تعدد الزوجات المعروف في الشريعة الإسلامية، وهذا بعدما كان يكيّف الزواج على أنه رابطة لا تتعدّد، كما أخذ يرتب عليه حقوقا ومراكز قانونية كشرعية نسب الأولاد من الزواج الثاني، وحقهم في الميراث وغيره؛ وذات الموقف في القضاء الفرنسي الذي أضحى يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة المقرر في الشريعة الإسلامية، بعدما كان يعتبره من المسائل المخالفة للنظام العام الفرنسي. مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 693.

التي قد تعرض عليه مستقبلاً، فهو بذلك يكوّن قاعدة قانونية عامة وشاملة في مواجهة شتى العلاقات الدولية¹.

وعلى العموم، إن أردنا إجراء بعض المقارنة للمسالك الثلاث المنتهجة بخصوص تحديد القانون الذي يخضع له التكييف، يمكن القول أنّ الوضع في النظم المقارنة خلص لحد بعيد إلى اعتناق الفكر القائم بإخضاع التكييف لقانون القاضي²، وإن أبانت الأبحاث في هذا المجال عن ترسيخ مسلك رابع يرتكز على أسس مغايرة.

04 - إخضاع التكييف لنظرية علم القانون:

أمام الجدل الذي احتدم بين أنصار النظريات السابقة حول القانون الذي يحكم التكييف، حاول بعض الفقه على غرار الإيطالي Ronaldo Quadri وضع هذه الاختلافات بمنأى عن الأنظار، وذلك بجعل التكييف مسألة علمية لا يصحّ الرجوع فيها إلى أيّ قانون وضعي، سواء كان قانون القاضي أو أيّ قانون آخر. حيث أشار أنّ اختلاف وجهات النظر السابقة بخصوص التكييف وعدم الوصول لحلول اتفافية لدليل واضح على وجود خطأ جوهري تنطوي عليه نظرة علم القانون الدولي الخاص في مسألة التكييف، يتمثل في اعتبار هذا الأخير فكرة وضعية *Idée positive* يتولاها المشرع وتتازعها القوانين المختلفة³؛ في حين أنّ التكييف في نظره لا يعدو أن يكون مجرد مسألة علمية فقهية، حيث يمضي في تحليله قائلاً: " إنّ مشكلة التكييف تتعلّق بتفسير قاعدة الإسناد، وأنّ الطائفة التي تختص بها قاعدة الإسناد هي معدّة للنظم الواردة في قانون القاضي وفي غيره من القوانين التي تقوم على فكرة الوضعية... وتحديد هذه

¹ أحمد عبد الكرم سلامة، المرجع السابق، ص 683-684.

² نسوق مثلاً في ذلك مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، والتي نصت في المادة 1/3 منها على أنه: " من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، وعند وجود خلاف حول التكييف القانوني للوقائع أو الروابط التي يجب أن يفصل فيها في القضية، ينبغي أن يفرض طبقاً لقواعد التفسير المطبقة على أحكام وأفكار القانون المجري ".

كما نصت المادة 1/12 من الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني المضاف بمرسوم 1974 على أنّ التكييف اللازم لتحديد قاعدة التنازع واجبة التطبيق يتم في جميع الأحوال طبقاً للقانون الإسباني. والشأن نفسه بالنسبة للمادة 3 من القانون الروماني لسنة 1992.

هذا ونجد تأثر واضح في النظم العربية بنظرية " Bartain "، منها القانون السوري في مادته 11 من القانون المدني، والقانون العراقي في المادة 17.

تقنيات مشار إليها في: أحمد عبد الكرم سلامة، المرجع نفسه، ص 684.

³ بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010، ص 274.

الفكرة ليس عملاً تشريعياً، وإنما هو عمل قضائي وفقهي. ومن ثمّ فلا يوجد تنازع في التكييف ما بين قانون القاضي وذاك الوارد في القوانين الأجنبية ما دام ذلك التحديد ليس من عمل المشرّع¹.

ومّا لا شك فيه، فإنّ التكييف وفق تقدير نظرية علم القانون يعدّ بمثابة عملية اجتهادية بحتة تهدف إلى إيجاد حلول عالمية موحّدة في نطاق القانون الدولي الخاص وهو ما يتماشى ومساعي الفقهاء في هذا المجال. غير أنّ إخراج التكييف من إطاره الواقعي إلى الإطار النظري هي مسألة معقدة تظهر عقباتها عند التطبيق، إذ لا يمكن تجريد التكييف عن تصور القوانين الوضعية للمسائل المطروحة².

ثانياً- موقف المشرع الجزائري من التكييف:

من خلال التضارب الذي تمت الإشارة إليه بخصوص التكييف، وبالرغم من جميع الحجج التي سيقت بخصوص التوجهات المختلفة، يمكن القول بأن التكييف الأساسي هو ذلك الذي يتم وفقاً لقانون القاضي، بحيث يبقى الأصل هو العودة إلى التقسيمات والطوائف المتعددة في القانون الداخلي.

وقد صبّ موقف المشرع الجزائري في هذا المنوال، حيث جاء في نص المادة 09 من القانون المدني³: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".

وقد تبنت غالبية التشريعات العربية هذا المبدأ على غرار القانون المصري في مادته 10 من القانون المدني، القانون الأردني (المادة 11 من القانون المدني)، القانون الليبي (المادة 10 من القانون المدني)، والكويتي (المادة 31 من القانون رقم 5 لسنة 1961)، والسوداني (المادة 14 مدني)، والسوري (المادة 11 مدني).

¹ مشار إليه في: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 275.

² بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص 280.

³ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005، المعدّل والمتّم للأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

وعليه يتوجب على القاضي الجزائري، في حال عرض عليه نزاع ذو طبيعة دولية، أن يعود إلى القانون الجزائري ليحدد طبيعته ويلحقه بإحدى الطوائف القانونية الداخلية، بهدف معرفة القانون الواجب التطبيق عليه.

في ذات السياق، هناك من يجد أنّ استخدام لفظ " مرجع " في نص المادة 09 يضيّق من مسألة التكييف، إذ ينطوي على المبادئ العامة والأصول الجامعة في القانون، وهو ما يشكل جموداً حقيقياً ولا يحقق ذلك الانسجام الذي تصبو إليه العلاقات الدولية، حيث يدعو إلى ضرورة تعديلها وفق الصياغة التالية: " يكون القانون الجزائري هو المرجع الرئيسي في التكييف، وتؤخذ بعين الاعتبار عند التكييف مختلف الأصناف القانونية الدولية، وخصائص القانون الدولي الخاص. ويتمّ تحليل عناصر المؤسسة القانونية الأجنبية غير المعروفة في القانون الجزائري وفقاً للقانون الأجنبي الذي ينظم هذه المؤسسة"¹.

والمقصود بالتكييف المدرج في نص المادة 09 من ق.م.ج هو التكييف الأولي اللازم لتحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق إلحاق المسألة المطروحة بطائفة من الطوائف القانونية التي خصّ المشرع كل منها بقاعدة إسناد. وبمجرد إتمام هذا التكييف وتحديد قاعدة الإسناد المطبقة تنتهي مهمة قانون القاضي، بحيث يخضع ما تعدى ذلك إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد؛ وهذا ما يميز التكييف الأولي عن التكييفات اللاحقة أو الثانوية التي لا تخضع لقانون القاضي وإنما للقانون الذي يحكم موضوع النزاع.²

¹ وجهة نظر وتعريف للأستاذ بلمامي عمر.

أنظر في ذلك: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 301.

² وكان المجلس الأعلى قد أخذ بهذا الطرح من خلال قراره الصادر بتاريخ 1988/04/10 في قضية رقم 48.855 بين (م.أ) بصفته مشتري جزائري، وبين (ش.ش.ذات.م.م) شركة بلجيكية بصفتها بائعة، بخصوص عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته العقدية، وهذا بعدما دفع الطاعن (م.أ) في 28 ديسمبر 1985 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 أصلاً وفائضاً قانونياً ومصاريف، لأنه يستجيب لكل الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية الجزائرية البلجيكية المؤرخة في 12 جوان 1970.

وكان المجلس قد أشار في معرض الحكم إلى تكييف العقد على أنه عقد بيع وليس عقد قرض، غير أنه لم يفصح عن رأيه في المعيار الذي اعتمده ما إذا كان المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي.

أنظر في ذلك: الطيب زروقي، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014، ص 11 وما بعدها.

وكانت المذكورة التمهيدية للقانون المصري قد أشارت على نحو دقيق لهذه النقطة، حيث جاء فيها: " إنَّ تطبيق القانون الوطني بوصفه قانون القاضي في مسألة التكييف لا يتناول إلاَّ تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تبين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعا معينا... ومتى تمَّ هذا التحديد انتهت مهمة القاضي، وإذا تعيّن القانون الواجب تطبيقه فلا يكون للقاضي إلاَّ أن يُعمل أحكام هذا القانون"¹.

المطلب الثاني: البعد الدولي لمسألة التنازع

إن كان التكييف عملية فنية يتم من خلالها الوقوف على دولية العقد، فتحقيق الغاية المرجوة وإن كانت تُمهّد عملية بحث القانون الواجب التطبيق لفض مسألة التنازع، فإنها بالمقابل تفتح آفاق تحدي المعوقات والصعوبات؛ فالإقرار بأنَّ علاقة تجارية ما هي من قبيل العلاقات الدولية، يعنى الخوض في قوانين أجنبية متشعبة تنتمي لدول مختلفة تفرض الضرورة حتمية احترامها، وهو ما يعنى المساس الجزئي ببعض المبادئ السائدة في الدولة.

الفرع الأول: تأثير منهج قواعد التنازع على النظام القانوني في الدولة

بالنظر للميزة التي تستأثر بها قواعد التنازع، والمتمثلة في حكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، باتت الدول أمام حتمية إضفاء بعض الليونة على نظامها القانوني لأجل ضمان سيرورة العلاقات الخاصة الدولية في قالب قانوني يكرس ذلك التعايش الدولي، ويعمل على صون الحياة الخاصة للأفراد. من هذا المنطلق فلا مجال للحديث عن التطبيق العفوي لقواعد التنازع، بل أنّ هذا الأخير يكون منوطا بضوابط، يرى فيها فقهاء القانون الدولي الخاص سمة القيود المحددة لنطاق التنازع الدولي².

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 87.

² على غرار Loussouarn, Zweigert, Pigeonnière مشار إليهم في:

سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، سنة 2009، ص 123 وما بعدها.

أولاً- تأثير العنصر الأجنبي:

إنّ شمول العلاقة القانونية على عنصر أجنبي أو ما يطلق عليه بمصطلح البعد الدولي، هو بمثابة شرط بديهي لإعمال قواعد التنازع، بحكم أنّ العلاقة القانونية التي يتخلّف فيها هذا العنصر لا تخرج عن نطاق العلاقات الوطنية التي تخضع للقانون الداخلي للدولة المعنية¹. والمتعارف عليه أنّ العلاقة القانونية تشتمل على أركانٍ ثلاث وهي الأطراف والموضوع والسبب، لكلّ منها ميزاتٍ الخاصة في إضفاء طابع الدولية على العقد التجاري؛ إذ يُراد بالأطراف الأشخاص القائمون بهذه العلاقة، ولهذا يستوي أن يكون البائع في عقد البيع أجنبي حتى يثير مسألة التنازع، فيما لو كان المشتري مثلاً وطنياً. والفرضية العكسية في هذه الحالة تعدّ صحيحة؛ في حين يقصد بالموضوع، المحل الذي تكوّنت هذه العلاقة لأجله، وهو أيضاً الموضوع الذي يرد عليه التصرف القانوني. ففي إطار القانون الدولي الخاص يكفي أن يكون هذا المحل موجوداً وفقاً لأحكام القانون، وأن يتّصف بالدولية أو الأجنبية حتى يثير مسألة التنازع، كأن يرد البيع على بضاعة موجودة في بلد أجنبي. أما السبب فيجسد الواقعة المنشئة للالتزام والمقررة للحق الذي تفرضه هذه العلاقة، فمصدر الالتزام يأخذ شكل تصرف قانوني كالعقد أو الإرادة المنفردة².

ثانياً- تأثير الصفة الخاصة:

يُعدّ توافر الصفة الخاصة كأساس لقيام التنازع في القوانين، وهي الميزة التي كانت محل اتفاق بين شراح القانون الدولي الخاص، كون القانون العام بشتى فروعه يتعلّق بسيادة الدولة، ومصصلحة الجماعة بصفة مباشرة؛ وبالتالي فهو لا يثير تنازع القوانين، بحكم تمتّعه فروعه بميزتي التطبيق المباشر والإقليمية، أي التطبيق والتنفيذ على كل من هو داخل الدولة صاحبة السيادة والسلطة والفصل في الواقعة، وهذا بصرف النظر عن جنسية أطراف هذه الواقعة أو مكان نشوئها أو السبب المنشئ لها، بصورة محصورة داخل إقليم الدولة فقط ودون امتداد لخارج حدودها، وإن كان بعض الفقه المعاصر يرى أنّ احتمالات قيام تنازع في هذا المجال قد

¹ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 1998، ص 162 وما بعدها.

² عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، سنة 2010، ص 54.

أصبح حقيقة وضعية من العسير تجاهلها¹. غير أنّ المعالم الواضحة لقيام التنازع تتجلى من خلال تلك العلاقات الدولية الخاصة، والتي تعتبر البيوع الدولية أحد أهم صورها.

ثالثاً- الارتباط بأكثر من نظام قانوني:

سبقت الإشارة إلى أنّ المراد بمفهوم التنازع في مجال القانون الدولي الخاص، تنافس قانونين أو أكثر بحكم علاقة قانونية، فاتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني، يُقصد به أن تتعدى العلاقة محل النزاع حدود الدولة الواحدة. في هذا الصدد تجدر الإشارة أن انقسام العالم لدول ووحدات سياسية يعدّ من بين أهم العوامل التي أدت لظهور مشكلة التنازع في القوانين، غير أن مجرد الانقسام قد لا يكفي لقيام التنازع، بل يشترط علاوة عن ذلك أن تكون قوانين هذه الدول متباينة، لأنّ افتراض التماثل في القوانين يجعل التنازع فيما بينها عديم الجدوى؛ وهو ما يعرف بالتنازع الزائف أو الكاذب، والذي يؤدي في نهاية المطاف إلى إعمال أيّ من هذه القوانين نظراً لتماثلها من حيث الموضوع². على هذا الأساس نجد أنّ عدم التطابق يشكل بدوره لبّ وجوهر مشكلة التنازع، وهو أحد نقاط الارتكاز في عملية المفاضلة بين القوانين لاختيار أنسبها.

ورغم اشتراط وجود هذا التباين، فإن البعض³ يذهب إلى وجوب ألاّ يصل هذا الاختلاف إلى حد التعارض في ذات الأسس التي تقوم عليها القوانين المختلفة، وإلاّ تعدّ السماح بتطبيق القانون الأجنبي. فالتعارض قد يكون بمثابة حاجز يصرف من خلاله القاضي النظر عن تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من أنّ صلته بالعلاقة محل النزاع كانت ترشحه لحكمها. وبالتالي فإن ظاهرة التنازع بهذه الصورة تبقى قائمة ولا تنتفي.

¹ وجهة نظر الأستاذ عامر محمد الكسواني، مشار إليها في: عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 58.

² رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2011، ص 128.

³ على غرار الأستاذ صلاح الدين جمال الدين. تفاصيل أكثر بالعودة إلى:

صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007، ص 6-7.

رابعاً- السماح بتطبيق القانون الأجنبي:

إنّ من بين مظاهر مسألة تنازع القوانين هي السماح للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية، فالقول بخلاف ذلك يجعل مهمته قاصرة على تطبيق قانون دولته دون غيرها وفق مسعى يتعارض مع فكرة التنازع¹، وهو ما قد يقلص من نطاق مبدأ إقليمية القوانين².

ولعلّ السماح بتطبيق القانون الأجنبي يعود أساساً إلى تطور الفكر القانوني الذي فرض أحقيته في ظل ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول، وتعدّ بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، ما أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي؛ فلو تشبّثت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات التي تتصل في بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية لقانونها الوطني أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة، لأدّى ذلك إلى إمكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات، وهو ما يؤدي في النهاية إلى ارتباك المعاملات الدولية وشلّ الحياة الاقتصادية بل والحياة الاجتماعية في المجتمع الدولي³.

¹ وهو ما أشارت إليه الأستاذة Alicia.M في تعليقها عن حكم صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة الإستئناف Buenos-Aires بالأرجنتين، الصادر بتاريخ 1984/11/19 المتعلق بتطبيق القانون الأجنبي، في قضية تتضمن الإخلال بمسؤولية تعاقدية، بين وكالة سياحة ألمانية (فرنكفورت - Francfort) ومتعامل أرجنتيني بخصوص إيواء سياح بفترة كأس العالم لكرة القدم التي أقيمت بمدينة Buenos-Aires سنة 1978، والذي تم الفصل فيه بمقتضى أحكام القانون الأرجنتيني، حيث قالت:

« Le juge doit appliquer le droit étranger s'il estime que la norme de conflit conduit à son application ».

في حين تنص المادة 13 من القانون المدني الأرجنتيني على أنّ:

« L'application des lois étrangères dans les cas autorisées par le présent code, ne pourra avoir lieu que si elle a été invoquée par une partie, qui supportera la charge de la preuve de son existence ».

راجع في ذلك :

BOMCHIL Maximo, ZIVY Isabel, Application de la loi étrangère, revue de droit des affaires, 1985, p 773.

متوفر عبر الرابط الإلكتروني:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ibuslj1&div=78&id=&page=>

زيارة بتاريخ 2020/02/02 على الساعة 13:10.

² FREYRIA Charles, La notion de conflit de lois en droit public. Travaux du Comité français de droit international privé, 23- 25^{ème} année, 1962-1964- 1965. p 103 et s.

³ صلاح الدين جمال الدين، الرجوع السابق، ص 5.

الفرع الثاني: الوصف القانوني لفكرة تطبيق القانون الأجنبي

إن ارتباط دولية العقد التجاري بمنهج قواعد التنازع، قد يعيد للأذهان ذاك الجدل القائم حول المركز الذي يكتسبه القانون الأجنبي في إطار التشريع الوطني. فالقاضي المختص بالنزاع إن كان تطرقه للقانون الأجنبي مسألة جدّ واردة بحكم الطبيعة القانونية التي تكتسيها هذه القواعد، فإنّ معاملته للقانون الأجنبي قد تختلف باختلاف الفكر السائد في الدول؛ فالخائض في شأن العلاقات الخاصة الدولية قد يتساءل للوهلة الأولى عن المقصود بالقانون الأجنبي، ومن ثمّ عن ما إذا كان هذا الأخير يحتفظ بنفس مقوماته خارج حدود دولته، أم يفقد جزءاً منها؟ وعن ما إذا كانت الغاية من إعمال القانون الأجنبي هي المحافظة على المنظومة الوطنية، أم تطول الحفاظ على المنظومة الأجنبية؟

أولاً- الجدل القائم حول المقصود بالقانون الأجنبي:

لما كانت قاعدة التنازع تهدف إلى إخضاع الرابطة العقدية لأحد القانونين سواء الوطني أو الأجنبي، فإنّ تحديد المقصود بالقانون مسألة غاية في الأهمية في ظلّ تباين المفاهيم المعتمدة؛ حيث أثبت الواقع العملي تأصيل مسلكين، أحدهما ينطوي على القانون بالمفهوم الضيق الذي لا يطول سوى القواعد القانونية والمعبر عنها بالنصوص القانونية ذات المصدر الرسمي التي تكتسي حلة الإلزام، في حين يأخذ الثاني بالمفهوم الواسع الذي يتعدى نظيره ليشمل مختلف القواعد بما فيها العرفية والدينية، ضف إلى ذلك الاجتهادات الفقهية وغيرها من المصادر التي تكرر مسلك احتياطي لتحقيق العدالة¹. وبين هذا وذاك قد يصطدم التنازع بالمسلكين ما يجعل القاضي أمام أحد الخيارين، إمّا الأخذ بمسلكه وغض الطرف عن مسلك القانون الأجنبي المختص، أو الأخذ بهذا الأخير والتخلي عن مسلكه.

يفرض منطق الأمور العودة إلى القانون الأجنبي المختص لتقصي مصادر القانون والوقوف على تسلسلها الهرمي؛ ومن ثمّ فلا يعدّ العرف أو الدين مصدرًا للقانون إلّا إذا أقره القانون الأجنبي، إذ يأخذ بهم القاضي في هذه الحالة للفصل في النزاع حتى وإن لم يعتدّ بهم قانونه الوطني؛ والأمر لا يختلف بالنسبة للعادات والقواعد السلوكية الأخرى التي تسود العلاقات بين الأفراد، فالمسألة تتعلق بتطبيق القانون الأجنبي.

¹ BURUIANĂ Monica-Elena, L'application de la loi étrangère en droit international privé, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur, spécialité droit privé, école doctorale, université de Bordeaux, 2016, p 22.

بل أنّ هناك من يذهب في هذا المجال إلى أبعد من ذلك، حين يقرّ بضرورة الأخذ بالعرف الأجنبي كمصدر للقانون ولو نصّ تشريع ذلك القضاء على خلاف ذلك طالما تبين من ظروف الحال أنّ القضاء الأجنبي قد تواتر على الاعتراف بالعرف كمصدر من مصادر القانون على أساس أن " العرف المستقر قد يعطل أحكام نص قائم"¹. وبالتالي فإنّ القاعدة التي يفترض فيها أنها عرفية، هي في واقعها القانوني قاعدة قضائية، ترتدّ في مصدرها إلى القضاء ولا تصنّف ضمن فئة القواعد العرفية؛ فإذا ما استقر القضاء الأجنبي على الارتقاء بقاعدة سلوكية إلى مستوى القانون فلا يسع القضاء الوطني إلاّ مسaire ما استقر عليه ذلك القضاء.

وبالتعريب على المشرع الجزائري فإنّه ومن خلال نص المادة الأولى من التقنين المدني أشار إلى أنّ: " القانون يسري على المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. 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 ". وهو بهذا الشكل يكون قد نص صراحة على تبني مصادر رسمية احتياطية تنوب عن تخلف القاعدة القانونية.

ومن وجهة نظر الباحث فإنّ الأخذ بالمفهوم الواسع للقانون قد يكون له أثر جدّ إيجابي في المجال الداخلي، أين يتعامل القاضي مع قواعده القانونية ومبادئه وأعرافه التي استقرت على مدار الزمن في مجتمعه، غير أنّ الانتقال بهذا المفهوم للمجال الدولي قد يعيق مسار العدالة المنشودة في إطار المعاملات التجارية الدولية. فمن جهة، إن افترضنا علم القاضي بأحكام القانون الأجنبي التي قد يتوصل إليها بطريقة أو بأخرى، خاصة مع تنامي وسائل الاتصال العصرية وتأثير الشبكة العنكبوتية، فإنّ الوصول للمبادئ والأعراف ليس بالشيء الهين حتى من خلال استغلال الوسائل العصرية المشار إليها؛ فغالبا ما تستقر المعاملات التجارية على بعض السلوكيات التي لا يتأتى الوصول إليها إلاّ من خلال التحقيق الميداني والخوض المعمق في شؤونها وهو ما من شأنه أن يحتمل القاضي أعباء إضافية قد تجعل الفصل في النزاع يأخذ منه وقتا طويلا.

ومن جهة أخرى فإن التعارض الذي يطال مفهوم القانون بوجهيه الضيق والواسع، قد ينعكس سلبا على الأطراف خصوصا في حال ما إذا أشارت قاعدة التنازع إلى قانون أجنبي يعتقد المفهوم

¹ سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 860.

الواسع، وهو ما يعني التعدي على توقعاتهم التي تجد من النص التشريعي السبيل الوحيد الذي يرسم معالم العدالة.

ثانيا- الجدل القائم حول الوصف القانوني للقانون الأجنبي:

أثبتت الدراسات والبحوث في مجال القانون الدولي الخاص أنّ إعمال القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قد يغير من وصفه القانوني، إذ لا يعدو في هذا المقام أن يكون مجرد واقعة. وعلى العموم فقد رسّخت بعض النظريات توجهات مختلفة حول مركز القانون الأجنبي في ظل التشريع الوطني:

01 - نظرية الحقوق المكتسبة (Théorie des droits acquis):

ترسخت هذه النظرية في الفقه الأنجلوسكسوني منذ فترة من الزمن، حيث عرفت رواجاً في سنة 1930¹، وهي في الأساس ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ إقليمية القوانين، أي أنّ القانون إقليمي النطاق لا يمتدّ خارج حدود الدولة التي وضعته؛ وهو ما يجعل من سلطة القانون والقضاء قاصرة ومانعة لسلطة أيّ قانون آخر². فالقاضي عند النظر في النزاع القائم لا يقوم بتطبيق القانون الأجنبي بالمفهوم الحقيقي والمباشر، وإنما يقوم فقط بمسايرة حقوق نشأت في الخارج وظلّت ملازمة لأصحابها³. فالفكرة المحورية التي تقوم عليها هذه النظرية هي أن القاضي لا يطبّق في حقيقة الأمر القانون الأجنبي، وكلّ ما يفعله أنه يعترف بالحقوق التي أثبت الخصوم اكتسابهم لها وفق قانون أجنبي معين.

وقد طالت سهام النقد هذه النظرية، بحكم أنّها غير شاملة من ناحية، كونها تجعل تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي محصور في نطاق واحد فقط هو احترام الحقوق المكتسبة؛ وغير منطقية من ناحية أخرى لأنها لا تشمل أساس تطبيق القانون الأجنبي في الفرض المتعلق بنشوء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي وفقاً لأحكام القانون الأجنبي⁴. ضف إلى ذلك أنّ الاعتراف بالمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون الأجنبي يحمل في طياته اعتراف ضمني بهذا الأخير.

¹ أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، سنة 2014، ص 17.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 727.

³ BURUIANĂ Monica-Elena, op. cit, p 94.

⁴ أمل صوراني، المرجع السابق، ص 18.

02 - نظرية التجنيس (Théorie de la naturalisation):

تسعى هذه النظرية إلى تأكيد ضرورة تطبيق القاعدة القانونية الأكثر ملاءمة لحكم النزاع الدولي، وإن كانت تنتمي لنظام قانوني أجنبي، شريطة أن تتوافق وتتأقلم مع النظام القانوني للقاضي المختص؛ إذ لا يتجسد هذا التوافق والتأقلم إلا إذا تجنست بالطابع الدولي¹. غير أنّ أنصار هذه النظرية اختلفوا حول مدى وكيفية هذا التجنس، فسلخوا بتوجههم هذا مذهبين:

أ - مذهب الاستقبال (Doctrine de la réception):

وهو المذهب الذي عرفه الفقه الإيطالي، والذي أخذ على عاتقه الحل التوفيقى القائم على إمكانية تطبيق القانون الأجنبي الأنسب لحكم النزاع الدولي، في ظلّ عدم المساس بالفكر القانوني السائد والمتوارث عن الفقيه Santi ROMANO الذي كرس من خلاله خاصيتي المانعية والاستقلال، أي الاختصاص المانع للنظام القانوني الوطني وعدم جواز تطبيق القاضي لما عداه، والاستقلال المطلق بين النظم القانونية لمختلف الدول، وهذا تحت غطاء الاستقلال السياسي للدولة²؛ حيث خلص الطرح إلى عدم إمكانية تطبيق القاضي الإيطالي للقانون الأجنبي بوصفه، كون هذا الأخير لا تكون له قيمة قانونية إلاّ بدخوله في النظام القانوني الإيطالي. وقد كرس المحاكم الإيطالية هذا التوجه في سياق حكم صادر في سنة 1966³.

غير أنّ مضمون فكرة الاستقبال لم يتحدّد بشكل قطعي في نظر فرقاء النهج الواحد، حيث تمسك الفقه التقليدي بفكرة الاستقبال المادي أو الموضوعي " Réception matérielle " التي يندمج بمقتضاها القانون الأجنبي بمضمونه في النظام القانوني الإيطالي بحيث يصير جزءاً منه، على وجه يقود إلى خلق قواعد قانونية جديدة مستقلة عن النظام القانوني الأجنبي الذي استمدّت منه، حيث يطبقها القاضي بوصفها قواعد وطنية⁴. ولكن هذه العملية لا تضمن سلامة الحلول التي تصبو إليها قواعد التنازع في الفرض الذي

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص728.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص728.

³ C'est un arrêt de la Cour de cassation italienne du 16 février 1966 qui a affirmé cette théorie en considérant que la règle de conflit italienne possède une force génératrice de droit. Elle incorpore ainsi au système juridique interne des normes qui tiennent leur caractère de droit du système juridique du for, tandis que leur contenu doit être déterminé sur la base du système juridique étranger que la règle de conflit italienne a déclaré compétent.

BURUIANĂ Monica-Elena, op, cit, p 96.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص729.

يتعارض فيه مضمون القواعد المستقبلية مع القواعد الوطنية؛ وهو ما جعل شريحة من الفقه الإيطالي المعاصر تنادي بفكرة الاستقبال الشكلي أو الخارجي " Réception formelle " التي من خلالها يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني اندماجا شكليا يحتفظ من خلاله بمضمون أحكامه وقيمتها بنفس القدر الذي تحظى به في نظامها الوطني¹. غير أنّ هذا المسلك ينطوي على تعارض لا يمكن ردّ الطرف عنه، كون أنّ احتفاظ القانون الأجنبي بقيمته القانونية يتضمن اعتراف صريح بالقانون الأجنبي، وبالتالي فالاعتراف القائم على فكرة الاندماج الشكلي هو اعتراف عقيم.

ب - مذهب القانون المحلي (Local law doctrine):

في ظلّ فشل نظرية التجنيس في إيجاد دعامة قانونية واضحة لفكرة إعمال القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع الوطنية، وأمام الانتقادات التي طالتها، حاول مذهب القانون المحلي ضمان مكانة له في المنظومة القانونية الأمريكية، حيث تبني الأستاذ walter cook توجه يقوم في الأساس على إطلاق الحرية في الأخذ بقواعد التنازع، تمنح بموجبها للقاضي صلاحية تطبيق القانون الأجنبي وفق ما يلائم الحالة القائمة بين يديه. غير أنّ هذا التطبيق يقوم على خلق قاعدة قانونية وطنية ذات مضمون مماثل أو على الأقلّ مشابه للقاعدة الأجنبية، حيث لا تنتهي صلاحيتها بمجرد الفصل في النزاع القائم، ولكن تبقى قائمة حتى في مواجهة مراكز قانونية أخرى ماثلة وإن كانت وطنية محضة. وكنيجة يمكن القول بأنّ القاضي لا يقوم في هذه الحالة بتطبيق قواعد قانونية أجنبية خالصة، ولكن يقوم بتطبيق قواعد وطنية المصدر بروح أجنبية².

¹ BURUIANĂ Monica-Elena, op, cit, p 97.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص729.

03 - نظرية العنصر الواقعي (Théorie de l'élément de fait):

خلص الراجح من الفقه الفرنسي وخصوصا "Batiffol" و "Lagarde" إلى أنّ تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الواقع¹. وهو بحسب تقديرهم لا يندمج في النظام القانوني الوطني لقانون القاضي بل يحظى بمعاملة الوقائع في النزاع القائم². فالقاعدة القانونية تتكون من عنصرين؛ مادي يتمثل في فحوى القاعدة ومضمونها ومن كونها قاعدة عامة ومجردة؛ ومعنوي يتجسد من خلال طابعها الإلزامي، وهي العناصر التي تبقى ملازمة للقاعدة في حدود إقليمها، وبمجرد أن تتعدى هذه الأخيرة لتتصل بتنظيم قانوني آخر فإنها تفقد أحد مقوماتها وهو العنصر المعنوي ليبقى العنصر المادي قائما.

ولعلّ هذه النظرية تقوم على أساس خاطئ، فمن غير المعقول أن تفقد القاعدة القانونية أحد ركائزها لتتحول إلى واقعة بمجرد عبورها الحدود وتطبيقها من طرف قاضي ينتمي إلى نظام قانوني آخر، فهذا كلام يقوم على الفرض والمجاز، كما لا يصحّ التسليم به. فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها ومعالمها ولا تتغير طبيعتها سواء طبقتها القاضي الذي تنتمي إليه القاعدة أم لا. وعلى فرض تسليمنا بهذا التصور الخيالي وإقرارنا بأنّ القاعدة تفقد صفتها القانونية ولا تعدو أن تكون مجرد واقعة، فلماذا لا نسلم بأنّ القاعدة تسترد هذه المعالم بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية؟³

وعلى أنقاض النظريات السابقة، سلّم كلّ الفقه الفرنسي والألماني " بنظرية التفويض " التي تحفظ للقانون الأجنبي استقلاله وهبته، إذ تقوم على طرح بسيط مفاده أنّ إعمال القانون الأجنبي يتمّ بموجب

¹ Batiffol écrit : « ... L'interprétation de la loi française par le juge français est la recherche de ce qui est juste, raisonnable, utile, bref de ce qui doit être ; son interprétation de la loi étrangère est la recherche de ce qui se juge à l'étranger, autrement dit de ce qui est et non de ce qui doit être. Il s'agit donc bien, sous cet aspect, d'un point de fait et non d'un point de droit ».

MAURY (M), La condition de la loi étrangère en droit français, travaux du comité français de droit international privé ; Dalloz, Paris, 1953, p 102.

² هشام بولسينة، عمارة بلغيث، أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 12، العدد 02، القسم (أ)، العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، سنة 2020، ص 231.

³ أمل صوراني، المرجع السابق، ص 17.

تفويض تمنحه قاعدة التنازع الوطنية¹. هذا وأكّدت مختلف الاجتهادات الفقهية في القانون المقارن على الطبيعة القانونية للقانون وذلك بالارتكاز على صفة الأجنبية، إذ لا تعتبره عنصرا من عناصر الواقع بل قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا على أمر مشرعه، وبما أنه قانون ولكنه أجنبي فأمر طبيعي بأن يلقي معاملة إجرائية تختلف عن تلك التي يتلقاها القانون الوطني².

ثالثا - الجدل القائم حول إثبات القانون الأجنبي:

إنّ تصنيف القانون الأجنبي في خانة الوقائع هي مسألة قد تثير الفضول لبحث النتائج التي قد تترتب عن هذا التصرف، ولعلّ أهمها النقطة المتعلقة بعبء إثبات القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع الوطنية؛ فاكْتِساء القانون الأجنبي حلة الواقعة ينعكس دون شك على الهيكل القضائي المختص بالنظر في النزاع القائم، الذي تتلخص صورته في تقاعس القاضي عن الخوض في مضمون هذا القانون، ليأخذ الأطراف على عاتقهم. ولما كانت المسألة بهذا الشكل وجب التساؤل عن أيّ الخصمين أولى بإثبات القانون الأجنبي؟

01 - إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصم الذي يدعي الحق المطالب به:

سلكت الأحكام القضائية الفرنسية مسلكا تحمّل من خلاله الطرف الذي يدعي الحق المطالب به، أي صاحب المصلحة في النزاع القائم عبء إثبات القانون الأجنبي، وهو ما أكدته من خلال قرار Lautour الصادر في 1948/05/25³ وقرار Thinet الصادر في 1984/01/24⁴.

¹ بودريعات محمد، أزمة تطبيق القانون الأجنبي بين اعتباره من الوقائع أو اعتباره قانونا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2018، ص 480.

² هشام بولسينة، عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 232.

³ Attendu qu'enfin il n'appartenait pas aux juges du fond de déplacer le fardeau de la preuve et de soustraire au contrôle de la Cour de cassation leur décision relative au règlement du conflit, en reprochant subsidiairement au défendeur à l'instance l'ignorance où ils les aurait laissés des à dispositions précises du droit espagnol capables de justifier ses allégations, alors que la la victime, demanderesse en réparation, à laquelle incombait la charge de prouver que la loi applicable lui accordait les dommages-intérêts réclamés, ne contestait pas l'interprétation du droit espagnol affirmée par son adversaire et restreignait le débat à la compétence de l'articles 1384 du code civil français.

للمزيد من التفاصيل عودة للرباط: http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_25_05_48.pdf

زيارة بتاريخ 2020/01/15 في حدود الساعة 10:40.

⁴ مقال للأستاذ Anaïs Simon بعنوان:

غير أنّ الفهم العميق لفرضية إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصم المدعي قد يستوقفنا للبحث عن نية هذا الأخير إزاء هذا الإثبات، إذ قد تتوقف عملية الإثبات على مقدار النفع الذي يطوله، مما يؤدي حتما إلى اختلاف النتيجة لا سيما في فرض استحالة الإثبات والتي قد يكون مردّها لمبررات جدية استحالة من خلالها الوصول لمضمون القانون الأجنبي في ظلّ حسن نية المدعي، إذ تؤدي هذه الاستحالة بالقاضي لإعمال قانونه الوطني واستبعاد القانون الأجنبي. في حين قد تكون استحالة الإثبات دون مبرر جدي وعن سوء نية المدعي، فيعلن القاضي أنّ الطلب موضوع الدعوى هو غير مؤسس للعجز الغير مبرر في إثبات قانونية الادعاء، لتتجنب بذلك المحكمة كل موقف سلبي وإرادي للمدعي عندما تكون مصلحته هي تطبيق قانون القاضي، وهو ما يطلق عليه بـ "التحايل السلبي" القائم على الاستبعاد الإرادي للقانون الواجب التطبيق¹.

02 – إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصم المتمسك به دون تحديد:

على نحو مخالف لسابقه، تتجه غالب القرارات القضائية إلى إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك به سواء مدعي كان أو مدعى عليه، وهو ما أقره القضاء المصري في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في 1955/09/07 والذي أشارت من خلاله إلى أنّ التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، ولا مؤاخذة في إثباته بتقديم صورة عرفية تحتوي أحكام هذا التشريع. أما القضاء الكويتي وبالعودة إلى محكمة التمييز الكويتية نجد أنّها في قرار لها صادر في 1977/02/09 وآخر في 1981/01/14 صنّفت القانون الأجنبي في خانة الوقائع، وعلى من يتمسك به أن يثبت مضمونه². وبالتالي لا يكفي لتطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية مجرد تمسك أحد الخصوم أو كلاهما به، بل لا بدّ لمن يتمسك بتطبيق هذا القانون أن يثبت مضمونه بإبراز نصوصه للمحكمة. هذا وقد أقرت بعض التشريعات المقارنة بنفس التوجه على غرار التشريع

= متاح عبر ارباط:

<https://blogs.parisnante.fr/content/la-preuve-de-la-loi-%C3%A9trang%C3%A8re-dans-le-proc%C3%A8s-civil-du-fait-ou-du-droit-par-ana%C3%AFs-simon>

زيارة بتاريخ 2020/04/17 في حدود الساعة 21:00.

¹ أمل صوراني، المرجع السابق، ص 22.

² تفاصيل أكثر حول الأحكام بالعودة إلى: أمل صوراني، المرجع نفسه، ص 23.

التركي، حيث جاء في نص المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي أن: " يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من منازعات، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي على نزاع معروض عليه، فإنّ عبء إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به، وإذا عجز من تمسك به عن إثباته وإقامة الدليل على وجوده فيجب تطبيق القانون التركي ". كما نصت المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم على أنه: " لا تتطلب البينة على وجود القانون اللبناني ولكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي"¹. وتكون التشريعات على هذا الشكل قد أعفت القاضي من كل التزام للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وكأنّ القاضي لا يلتزم بهذا الأخير إلا إذا أشارت إليه قاعدة التنازع وتضمّنه ملف الدعوى.

هذا ولم يُبدِ المشرع الجزائري موقفه بصفة صريحة بخصوص طبيعة القانون الأجنبي وأساس تطبيقه، غير أنه ومن خلال نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حصر حالات الطعن بالنقض في 18 حالة، جاءت السادسة بعبارة " مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة "، وهو ما يستخلص منه أنه في غير قانون الأسرة يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة يستوجب على من يتمسك بتطبيقه إثبات مضمونه؛ بمفهوم مخالف فإنّ المشرع الجزائري جعل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة في مستوى القانون الوطني.

غير أنه وبالعودة لنص المادة 29 فقرة 02 من نفس القانون نجد أنّ المشرع أشار إلى أنّ القاضي " يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه " منساقا في ذلك خلف نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي²، ليفتح بذلك الباب تلميحاً لا تصريحاً للمحكمة العليا من أجل بسط رقابتها على صحة تطبيق القانون الأجنبي، وإن كانت المسألة في حقيقتها مستبعدة لأنّ بسط الرقابة القانونية للمحكمة العليا على صحة تطبيق القوانين الأجنبية كما تطبق في بلدها الأصلي وإن كان بالأمر الغير

¹ أمل صوراني، المرجع السابق، ص 23.

² « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 JORF 09 Décembre 1975.

مستحيل، فإنه يشكل تحديا كبيرا يتطلب تغييرا في البناء الفكري للقضاء الجزائري¹. هذا وحسم المشرع الجدل القائم في حال تخلف إثبات القانون الأجنبي المختص لصالح القانون الجزائري².

وفي السياق ذاته نجد أنّ بعض التشريعات المقارنة حدت موقفا وسطا يتضمن إقرارا باحتفاظ القانون الأجنبي بوصفه القانوني مع إلقاء عبء الإثبات على كاهل الأطراف والقاضي تقديرا منها لل صعوبات التي قد تعترض لا سيما هذا الأخير في الوصول للقانون الأجنبي الواجب التطبيق. ففي تونس نصّ الفصل 32 فقرة 01 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 على أنه: " يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانية علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف"³. أما في سويسرا تنص المادة 16 من القانون الدولي الخاص الصادر سنة 1987 على أنه: " يثبت مضمون القانون الأجنبي تلقائيا، ويمكن اللجوء لتعاون الأطراف لتحقيق هذا الغرض "؛ والشأن ذاته بالنسبة لمجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر سنة 1978 الذي قضت مادته الرابعة على أنه: " يتعيّن البحث تلقائيا على القانون الأجنبي، والوسائل المتاحة في هذا الشأن هي تعاون المعنيين، معلومات وزارة العدل، آراء الخبراء"⁴.

وعلى الرغم من أنّ هذا الموقف يعتبر تجديدا للدور التقليدي للقاضي القائم على احتكار القانون وعدم جواز الاستعانة بالغير من أجل تطبيقه إذ يفترض فيه أنه الخبير الأول والأخير في القانون⁵، فلا يمكن إنكار أنه يشكل قفزة نوعية في مجال بحث القانون الأجنبي، كما قد يكون له أثر جليّ في تحقيق الغاية المنشودة من جرّاء أعمال قاعدة التنازع، وإرساء العدالة التي تصبو إليها العلاقات الخاصة الدولية وخصوصا التجارية منها.

أمّا عن طرق الإثبات، فالأصل يقضي بحرية الأطراف في اللجوء إلى كافة طرق الإثبات، وهذا دون تقييدهم بالطرق المنصوص عليها في القانون الداخلي لإثبات الوقائع، مع أنه لا مانع من أن يأخذوا بها على وجه الاستئناس في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي؛ فلهم أن يقدموا نصوص القانون

¹ بودريعات محمد، الرجوع السابق، ص 487.

² المادة 23 مكرر ق.م.ج: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ".

³ قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص.

⁴ القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 متاح عبر الموقع: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291>

⁵ بودريعات محمد، المرجع السابق، ص 485.

الأجنبي نفسها أو ترجمتها، أو تقديم المؤلفات الفقهية أو الأحكام القضائية التي يمكن أن تستنبط منها أحكامه الحقيقية¹، وغيرها من الطرق باستثناء اليمين والإقرار التي تصنف في طائفة الوسائل المستبعدة للإثبات؛ وتبرير ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي، لأنّ واجبه ينبي على الأخذ بقانون كائن فعلا، لا مجرد تصور وهمي تفرضه عليه إرادة الأطراف².

هذا وقد أثبتت " الشهادة العرفية " أحقيتها كوسيلة إثبات متوارثة في الأعراف الفرنسية، حيث تأصلت في الأوساط القضائية منذ القديم آخذة صورة مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة وملّمة بأحكام القوانين الأجنبية، لا سيما القانون الواجب التطبيق في النزاع القائم، كأن تصدر عن محامي، أو خبير، أو فقيه على دراية كافية بمضمون القانون الأجنبي؛ كما قد تصدر عن إحدى الجهات الرسمية كالقنصلية أو السفارة التابعة للدولة الأجنبية التي ينتمي إليها القانون؛ إذ يأخذ في هذه الحالة المستند صورة محرر رسمي أو وثيقة رسمية، وهي الطريقة التي تزيها غالبية المحاكم، حيث نجد على سبيل المثال أن القضاء اللبناني أخذ بها من خلال محكمة التمييز التي أقرت بالبينة المستمدة من القنصل العراقي في بيروت لإثبات مضمون القانون العراقي مقدرة في ذلك: " أنّ محكمة الاستئناف باعتبارها أنّ القانون الأجنبي يشكل واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق القانونية، تكون قد أحسنت تطبيق القانون ولا سيما المادة 134 مدنية التي تجيز إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي، كما أنّها بأخذها بالبينة المستمدة من إفادة القنصل العراقي في بيروت لإثبات مضمون القانون العراقي تكون قد استعملت سلطتها التقديرية في هذا السبيل، وتقديرها هذا لا يقع تحت رقابة محكمة التمييز "؛ كما أقرت محكمة التمييز الكويتية أنّ " مجرد

¹ حيث نجد أنّ قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لعام 1988 أشار في نص المادة 79 فقرة 01 على إمكانية تكليف الخصوم بتقديم نصوص القانون الأجنبي مشفوعة بترجمة رسمية. كما يتجه بعض الفقه والقضاء في القانون المقارن إلى إمكانية أخذ القاضي بالمؤلفات الفقهية والمراجع التي يقدمها الخصوم في الدعوى من أجل إثبات مضمون القانون الأجنبي. وتطبيقا لذلك استندت المحكمة الشرعية الجعفرية العليا في لبنان على أطروحة مؤلفة باللغة الفرنسية سنة 1936 لنيل شهادة الدكتوراه لإثبات مضمون قانون الأحوال الشخصية في إيران وتحديد طبيعته. أمّا عن الأحكام القضائية فلا يوجد ما يدفع القاضي إلى الاعتراض عليها، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين، أو عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات، أو عن قضاء دولة أجنبية أخرى؛ وهذا مع أخذ حيطته بالتحري عن صحة المعلومات الواردة فيه بُغية تفادي التشويه في القانون نتيجة احتمال عدم التطابق في الوقائع.

لمزيد من التفاصيل راجع: أمل صوراني، المرجع السابق، ص 34.

² أمل صوراني، المرجع نفسه، ص 29.

التمسك بالقانون الأجنبي، أو تقديم صورة غير رسمية عنه أو تقرير خبير فيه لا يكفي لتطبيقه في المحاكم الكويتية بل يجب أن يصحب التمسك به تقديم صورة رسمية¹.

ومن خلال فحص المواقف القضائية التي سبقت في شأن إثبات القانون الأجنبي المختص المترتب في حق الخصوم، يمكن القول أنه وفي ظلّ معاملات تجارية لأشخاص قد تختلف رؤيتهم للقانون الأجنبي، وقصد ضمان قدر من الأمان القانوني الذي يصون حقوق الأطراف، فإنّ اشتراط الرسمية في الإثبات هو التوجه الذي يقتضيه المنطق، والتسليم بغير ذلك يفتح باب الشك والارتياب والتحفظ على مصراعيه، بحكم أنّ الخبير أو الفقيه أو المحامي قد يتأثر في الغالب من الحالات بما يميله عليه صاحب الشأن خاصّة وإن قام هذا الأخير بإخفاء أو تغيير وقائع جوهرية ذات وزن في النزاع القائم.

الفرع الثالث: قواعد التنازع في مواجهة المراكز الحكومية

إنّ السّماح بتطبيق القانون الأجنبي هي مسألة وإن كانت في ظاهرها تُعدّ بالهينة وقوفا عند متطلبات الحياة الدولية، فإنّ باطنها يحمل في طياته الكثير من التساؤلات في ظل تباعد الرؤى لبعض الدول، وتشتت المواقف بشأنها، نظرا للصراعات السياسية والإيديولوجية التي ظلت صورة ملازمة للمشهد الدولي؛ ما يدعو إلى التساؤل حول تأثير هذه المؤشرات على أعمال منهج قواعد التنازع سواء ما تعلّق بالاعتراف بالدولة في حدّ ذاتها، أو بالمكانة التي تحوزها تشريعاتها وتنظيماتها القانونية.

أولاً- مسألة الاعتراف بالدولة:

إن مسألة أعمال منهج قواعد التنازع يرى من خلالها البعض أن تطبيق القاضي الوطني لقانون دولة أخرى يتطلب بالضرورة اعتراف دولة القاضي بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة؛ ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدي إلى إنكار كل وجود قانوني لها في مواجهة الدولة غير المعترفة، ومن ثم لا يكون هناك محل للمفاضلة بين تشريع الدولة الغير معترف بها و تشريع دولة القاضي². وتأخذ هذه الفكرة أساسها من مبدأ التكافؤ بين الدول، أين يحدّد القانون الدولي العام في هذا السياق معايير وشروط اكتساب صفة الدولة والتي تتلخص في الإقليم والشعب والسيادة، وإن كان هناك من يضيف شرط القوة العسكرية.

¹ تفاصيل أكثر حول هذه الأحكام بالعودة إلى: أمل صوري، المرجع السابق، ص 31.

² عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 2004، ص 38.

فأي جماعة توافرت بها هذه المقومات كان بالإمكان إطلاق اصطلاح الدولة عليها. وبالتالي يُشترط لقيام حالة التنازع بين القوانين أن تكون هذه الأخيرة صادرة عن دول متساوية ومتكافئة في السيادة والوصف الدولي وفقا لمعايير الأمم المتحدة، وهذا يعني أنه لا يمكن قبول حالة التنازع إذا كانت قائمة بين دول مستقلة وأخرى تحت الاحتلال أو الانتداب أو الوصاية، كونهما تختلفان في الوصف الدولي، بحكم أنّ إحداها دولة كاملة السيادة والأخرى ناقصة السيادة، على الرغم من أنّ الدول الموضوعة تحت الوصاية أو الانتداب يكون لكل منها مركز قانوني معين ومحدّد ومقبول لدى الجماعة الأممية¹.

في حين أنه وخروجا على الفقه التقليدي، هناك من يُقرّ بضرورة الفصل بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية، ومرّد ذلك أن عدم الاعتراف في الغالب ما يكون لأسباب سياسية ودبلوماسية. وبالتالي فإن عدم الاعتراف بالدولة لا يجرد قانونها من مكانته في ظل تنازع القوانين الدولي لا سيما أنّ الاعتراف ليس منشأً للشخصية القانونية للدولة وإنما هو عمل ذو أثرٍ كاشف عن الشخصية القانونية للدولة في المجتمع الدولي. ودور القاضي يكمن في إيجاد الحل لمسألة التنازع بصرف النظر عن الاعتبارات السياسية التي منعت دولته من الاعتراف بالدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع. كما قد يثور التساؤل حول موقف القاضي من مسألة التنازع في حال وجود قانون دولة معترف بها وفقا لقواعد القانون الدولي العام، إلا أنّ متغيرات سياسية معينة أدت إلى تسلّم السلطة من قبل حكومة غير معترف بها².

لا بأس من الإشارة في هذه الفرضية، أنّ عدم الاعتراف بحكومة دولة أجنبية ليس من شأنه إنكار كل وجود قانوني لها في مواجهة الدولة الغير المعترفة، إذ لا يترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية سوى قطع العلاقات السياسية، في حين أنّ الأعمال التي تقوم بها الحكومة الغير معترف بها داخل إقليمها تعتبر من صميم اختصاصها الداخلي ويتعين نفاذها في مواجهة الدول الأخرى مادامت قد صدرت من

¹ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 59.

² مثال ذلك ما حصل لدولة الكويت إبان الغزو العراقي لها وتسلم السلطة في الكويت التي اعتبرت بمثابة محافظة عراقية بالنسبة للنظام العراقي فقط، ولكنها بقيت في نظر العالم أجمع دولة تعرضت للاحتلال. فلو افترضنا أن كويتي إبان تلك المرحلة قام بشراء بضاعة في فرنسا من بائع بريطاني، فهل مثل هذه العلاقة ستكون محلا لتنازع القوانين بالنسبة لفرنسا وإنجلترا اللتين أدانتا الغزو العراقي ولم تعترف أي منهما بالحكومة المؤقتة التي تم تعيينها لإدارة شؤون الكويت من قبل النظام العراقي.

لمزيد من التفاصيل أنظر: عامر محمد الكسواني، المرجع نفسه، ص 64.

حكومة استقرت في يدها السلطة الفعلية في الإقليم¹. على هذا الأساس استوجب ألا يكون لعدم اعتراف دولة القاضي بالحكومة الأجنبية تأثير على إمكانية تطبيق القوانين الصادرة من هذه الأخيرة طالما أنّ هذه القوانين هي التي تسري في إقليمها².

ثانياً- مسألة التكافؤ بين القوانين المتنازعة:

مؤدى هذه الفكرة أن يكون التنازع قائم بين قواعد قانونية من نفس الدرجة، وأن تكون من بين القواعد القانونية الملزمة وفقاً لما هو مقرّر دستورياً في الدول المتنازعة قوانينها، ولا يهم في ذلك إن كانت هذه القواعد القانونية مكتوبة أو مقررة عرفاً أو تمثل سابقة قضائية طالما أنّها قواعد قانونية ملزمة وفقاً للنظام الدستوري للدولة المقررة لها؛ كما لا يهم في ذلك أيضاً المصدر الذي استُستقت منه هذه القواعد أكان الدين أو الأخلاق أو العادات، كما لا يهم الأسلوب التشريعي الذي أوجدها؛ فالقاضي قد يطبق قانوناً أجنبياً حتى وإن كانت الطريقة التشريعية المستخدمة لإصداره تختلف وتناقض تلك المعمول بها في دولته.

وفي سياق الحديث عن مسألة التكافؤ بين القوانين المتنازعة حرّ بنا أن نشير إلى بعض النتائج التي يمكن أن تترتب عنها؛ فالتسليم بالتكافؤ قد يكون بمثابة حجة في أنّ التنازع لا يقوم بين مجموعة القوانين داخل الدولة الواحدة التي تتعدد فيها التشريعات والقوانين، سواء كان التعدد شخصياً؛ كأن يكون لكل طائفة داخل الدولة قانوناً يحكمها. ومثال ذلك أن توجد قواعد قانونية تحكم المسلمين وأخرى تنظم المسائل الخاصة بغير المسلمين؛ أو كان التعدد إقليمياً، كأن يطبق القانون الخاص على جزء معين من إقليم الدولة الواحدة، كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية؛ في حين يجمع الفقه على أنّ التنازع الداخلي الحاصل بين التشريعات المتعددة تعدداً شخصياً أو إقليمياً وفقاً لما تمّت الإشارة إليه لا يدخل ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص. وبعكس هذا الإجماع الفقهي، فإن جانباً من الفقه الفرنسي يميل إلى المساواة بين كل من التنازع الدولي والتنازع الداخلي ويقرّ لهما نفس طريقة الحل، حيث ينادي بضرورة

¹ في حين أن اتجاه مناهض يحظر على القاضي الوطني تطبيق قانون أجنبي صادر عن حكومة غير معترف بها. إذ جاء هذا التوجه كرد عن تساؤل بعض الدول حول مدى إمكانية تطبيق القوانين الصادرة عن السلطة البولشفية الجديدة في روسيا إثر ثورة 1917. وقد كرس القضاء الفرنسي هذا التوجه من خلال قضية " حرير أوديسا " والتي امتنع من خلالها بالأخذ بالقانون السوفييتي الواجب التطبيق باعتباره قانون موقع المنقول، بحجة عدم اعتراف الحكومة الفرنسية بنظيرتها السوفييتية.

سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 113.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 12.

إدخال التنازع الداخلي للقوانين في النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص، ويؤيد كل من الفقه الإنجليزي والفقه الأمريكي هذا التوجه. وبين هذين الاتجاهين المتعارضين نجد أن جانباً ثالثاً من الفقه اتخذ موقفاً وسطاً عن طريق القيام بالفرقة بين كل من التعدد الشخصي للقوانين والتعدد الإقليمي¹.

المبحث الثاني: تأثير قواعد التنازع على العقد التجاري الدولي

إنّ بحث الإطار القانوني لقاعدة التنازع ومدى تأثير منهجها على الحلول في منازعات عقود التجارة الدولية، يفرض علينا الخوض في تلك الصلة التي تجمع بين العقد الدولي وقاعدة الإسناد، لأنّ تكريس منهج ما لحكم مسألة قانونية في مجال دولي لا بدّ من أن يقوم على أسس واضحة ودعائم قوية.

المطلب الأول: مبررات الأخذ بقاعدة التنازع

إنّ حاجة العقد التجاري الدولي لقاعدة الإسناد بغرض فك عقدة تنازع القوانين، هو طرح ينطوي على عدّة اعتبارات، منها ما هو متعلّق بقواعد الإسناد في حدّ ذاتها بوصفها قواعد تشكل دعامة قانونية في مثل هذه المواقف؛ ومنها ما يعود في الأساس إلى تلك الخلفيات التاريخية التي استأنست فيها الحلول بمثل هذه القواعد.

الفرع الأول: المبررات القائمة على ذاتية القواعد

إنّ اعتناق منهج قواعد الإسناد لحلّ مسألة التنازع في القوانين بالنسبة للروابط والعلاقات التجارية الخاصة الدولية لم يكن بمحض الصدفة، فالسمات التي تمتاز بها هذه القواعد والتي تميزها عن غيرها تجعلها أصيلة بذاتها لحكم هذه الروابط.

أولاً- مآل قاعدة التنازع:

تقوم قاعدة التنازع على ثلاثة عناصر أساسية وهي: موضوع الإسناد، وضابط الإسناد، والقانون الواجب التطبيق أو المسند إليه.

¹ تفاصيل أكثر حول وجهات النظر هاته بالعودة إلى: عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 61-62.

01 - موضوع الإسناد:

ويعرف أيضا تحت اسم الفكرة المسندة، وهو مجموعة الحالات القانونية التي تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بها، فالمشرع في مواجهة استحالة دخول المراكز القانونية والعلاقات ذات العنصر الأجنبي تحت الحصر، تكفل بتصنيفها إلى فئات مختلفة، تنطوي تحت كل فئة منها المراكز والعلاقات المتقاربة والمتشابهة¹.

ويُحدّد موضوع الإسناد بالنظر إلى طبيعة المسألة المطروحة والموضوع الذي تتناوله لمعرفة ضمن أي فئة قانونية تندرج. ونجد مثلا له في نص المادة 18 من قواعد التنازع² في التشريع الجزائري التي تقضي بإخضاع التصرفات القانونية للقانون الذي يحدده الأطراف. هذا وقد يتعلق موضوع النزاع بأكثر من مسألة قانونية.

02 - ضابط الإسناد:

ويعبر عنه أيضا بمصطلح ظرف الإسناد، ويقصد به المعيار الذي يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين لحكم الفكرة المسندة أو الحالة القانونية محل النزاع. بمفهوم آخر هو عبارة عن ضابط الاختيار والتفضيل بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة القائمة. وبالتالي فإن لضابط الإسناد تأثير مباشر على المسائل المتعلقة بتطبيق القانون الأجنبي، كالأحالة والغش نحو القانون والتعارض مع النظام العام³ والتي سوف نتطرق إليها بنوع من التفصيل في معرض هذه الدراسة.

وبخصوص كيفية تحديد ضابط الإسناد فإنّ المتأمل يجد أنّ هذا الأخير يُستمدّ من أحد عناصر المسألة القانونية، والتي يمكن حصرها في الأطراف والموضوع والمصدر. وبحكم أنّ مركز الثقل في العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي غير ثابت، وتتباين معاملته من علاقة لأخرى، فيمكن القول بأنّ له انعكاس مباشر على ضابط الإسناد. فعلى سبيل المثال نجد أنّ العلاقات التي تعالج المسائل المتعلقة بالأحوال

¹ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، سنة 2006، ص40.

² نظم المشرع الجزائري قواعد التنازع في التقنين المدني من المادة 09 إلى المادة 24.

³ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص41.

الشخصية يكون عنصر الأطراف هو مركز الثقل فيها، وبخلاف ذلك فالعلاقات التي تتعلق بالأموال يكون مركز ثقلها الموضوع كما هو الشأن بالنسبة للعقارات¹؛ في حين تبرز علاقات يكون فيها عنصر المصدر أو السبب هو مركز الثقل كالتصرفات القانونية.

ومما لا شك فيه أنّ اختيار الضابط المتصل بالعنصر الرئيسي في العلاقة القانونية يكفل لها أكبر قسط من الفاعلية في المجال الدولي، ولعلّ ذلك ما يفسر التشابه الكبير بشأن العديد من حلول التنازع في أنظمة القانون المقارن؛ فهو يؤدي من ناحية إلى استمرار المعاملات الدولية، وهذا بدخول رعايا كل دولة في علاقات تتعدى حدود إقليم دولتهم دون أن يخشوا تطبيق قانون غير متوقع على العلاقة؛ ومن ناحية أخرى يضمن للعلاقة إنتاج آثارها ليس فقط داخل إقليم الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم الرابطة بل كذلك لدى الدول الأخرى التي تمتد إليها آثار العلاقة، إذ أنّ اتصال قوانين هذه الدول بالعلاقة القانونية لن يكون من الأهمية، بحيث يترتب على عدم الاعتداد به المساس بالسيادة التشريعية لهذه الدول².

03 - القانون المسند إليه:

إنّ اختيار ضابط الإسناد الذي يتولى الكشف عن القانون الواجب التطبيق في شأن العلاقة المطروحة لا يتم بصفة عفوية، فقد جرى العمل عند وضع التشريعات المنظمة لاختيار القانون الواجب التطبيق على تصنيف المراكز القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى فئات أو طوائف تتضمن المراكز القانونية المتشابهة، وإسناد كل طائفة منها إلى قانون معين. هذا الأخير يُفترض فيه أنه أحسن القوانين وأنسبها بصرف النظر عن ما إذا كان قانوناً وطنياً أو أجنبياً، طالما أنّ تقرير مثل هذه المسائل يعود في الغالب من الحالات إلى معطيات ومضمون ضابط الإسناد³.

¹ إذ نجد في هذا السياق أنّ الفقرة الأخيرة من نص المادة 18 ق.م.ج نصت على: "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 22.

³ لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2020، ص 58.

ثانيا- سمات قاعدة الإسناد:

تتميز قاعدة الإسناد بالإضافة إلى عناصرها، ببعض السمات والخصائص منها ماهي عامة تتشارك فيها مع باقي القواعد القانونية على غرار الإلزام والتجريد والحياد، ومنها ما هي خاصة تتمثل في الإرشاد والازدواجية.

01 - الخصائص العامة لقاعدة الإسناد:

تعمل القاعدة القانونية على تنظيم سلوكيات الأفراد في المجتمع، وهو الدور الذي لن يتأتى في حال افتقرت هذه القواعد لمقوماتها، والتي تتجسد في العمومية والتجريد والحياد والإلزام؛ فبتخلفها لا يمكن الحديث عن قاعدة قانونية متماسكة تحفظ هبة الدولة وتضمن حقوق أفرادها.

أ - الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع:

إن المتعارف عليه لدى المجتمع القانوني أنّ هناك التزاما على عاتق القاضي يتمثل في تطبيق القواعد القانونية التي يتضمنها تشريعه الوطني، وهذا للفصل في النزاعات التي تثور أمامه وتكون مجردة من أي عنصر أجنبي. وفي حال مخالفته لهذا الالتزام تترتب عليه مسؤولية قانونية، كونه يعدّ وفق هذا المنظور منكرا للعدالة¹.

غير أنّ حال النزاعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا قد يُسبب الكثير من الحبر حول موقف القاضي، خاصة في ظل تشبث الأطراف بقواعد قانونية تنتمي لنظم مختلفة، حيث يُمكن ألاّ يُلزم القاضي بقاعدة التنازع، فيتوقف إعمالها على طلب الخصوم؛ كما يمكنه أن يقوم بإعمال قاعدة التنازع وهذا بصفة آلية وتلقائية²، وهو ما يفسر عنصر الإلزام، إذ يُعَلَّل موقفه هذا من خلال المبررات التالية:

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، الجزء الأول، الطبعة التاسعة عشر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2012، ص 205.

² أحمد عمراني، محاضرة بعنوان "النظرية العامة لتنازع القوانين"، - محاضرات القانون الدولي الخاص لفائدة طلبة السنة الثالثة (2019 - 2020)، شعبة الشريعة والقانون -، جامعة أحمد بن بلة، وهران، ص 01.

محاضرة منشورة عبر الموقع: <https://elearn.univ-oran1.dz> زيارة بتاريخ 2020/01/12 في حدود الساعة 12:05.

● الطابع القاعدي لقاعدة التنازع:

إنّ البنية التحتية لقاعدة التنازع تكمن في كونها قاعدة قانونية لا تختلف من حيث هدفها العام عن أية قاعدة قانونية أخرى من قواعد القانون الوطني وإن كانت تهدف في الواقع إلى معالجة النزاعات الدولية؛ فهي بهذا الطرح تعمل على تحقيق الاستقرار القانوني للعلاقات والروابط القائمة بين الأفراد عبر الحدود، ضف إلى ذلك فهي تعد من قبيل القواعد المنصوص عليها في القانون الداخلي لدولة القاضي، وهذا ما يرمي على عاتقه إلتزاما قانونيا بضرورة مراعاة تطبيقها واحترامها¹.

● المساواة أمام قاعدة التنازع:

لعلّ ما يفسر أيضا الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع، أنّها تكرس ما يعرف بمبدأ المساواة الذي يطول كافة القوانين التي تحكم النزاع بما فيها قانون القاضي؛ حيث يعدّ مبدأ يتفق من ناحية مع الوظيفة المباشرة لقاعدة التنازع وهي " الاختيار " بين القوانين، ومن ناحية أخرى مع الوظيفة غير المباشرة لتلك القاعدة، والمتمثلة في تحقيق التعايش بين النظم القانونية لمختلف الدول والتنسيق فيما بينها.

● التأكيد التشريعي للإلزام:

في ظل التباين الذي طال قاعدة التنازع من حيث إلزاميتها للقاضي بين مؤيد ومخالف²، جاء موقف بعض النظم القانونية واضحا في هذا المجال، ومُقرّاً بالطابع الإلزامي؛ ولعلّ أهمها ذلك الذي تضمنته

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 568.

² حيث يمكن الإشارة في هذا المجال إلى ذلك المسلك الذي كرسه القضاء في أمريكا وإنجلترا وكندا، والقائم على حيلة قانونية مفادها وجود تطابق بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون الوطني، الذي يفضي بالضرورة إلى امتناع القاضي الوطني عن إعمال قاعدة الإسناد، على اعتبار أنّها تشير إلى قانون مطابق لأحكام قانونه الوطني. غير أنّ هذه الحيلة تقوم على قرينة بسيطة يمكن دحضها من قبل الخصوم وذلك بإثبات اختلاف مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد عن أحكام القانون الوطني.

هذا وأقر القضاء الفرنسي بنفس التوجه القائم على عدم إلزامية قاعدة الإسناد، بحكم أنّ القانون الفرنسي له قابلية لحكم كافة علاقات القانون الخاص، وهو ما ثمنه حكم Bisbal في 12/05/1959 والذي جاء في حثياته أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حينما تشير باختصاص أحد القوانين الأجنبية، بمعنى على الخصوم أن يطلبوا تطبيق هذا القانون؛ ولا يعاب على قاضي الموضوع عدم تطبيقه القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ورجوعه إلى القانون الداخلي الفرنسي الذي له قابلية لحكم كافة علاقات القانون الخاص. (تتلخص وقائع القضية في زوجين إسبانيين منفصلين جسمانيا، اتخذوا من فرنسا مقرا لإقامتهما، كانا قد طلبا من القاضي الفرنسي تحويل هذا الانفصال إلى طلاق؛ حيث فصل القاضي وفقا للأحكام الموضوعية الخاصة بالطلاق في القانون الفرنسي كما لو كانت العلاقة فرنسية خالصة. بالرغم من أن القانون الإسباني المختص باعتباره قانون الجنسية المشتركة للزوجين كان يحظر الطلاق في هذا الزمن).

وقد أسس القضاء الفرنسي حججه على عدم ارتباط القاعدة بالنظام العام في كافة الفروض التي تشير فيها إلى تطبيق قانون أجنبي، وعلى نقيض ذلك فإن القاعدة تكتسي صفة الإلزام فيما لو كان القانون المختص هو القانون الفرنسي. ليعدل القضاء من موقفه في مرحلة لاحقة أكد من خلالها

المادة الثانية فقرة 01 من مجموعة القانون الخاص التركي لسنة 1982 والتي جاء فيها : " يطبق القاضي من تلقاء نفسه القواعد التركية لتنازع القوانين والقانون المختص وفقا لهذه القواعد ". هذا وقضت قواعد القانون الخاص الإسباني التي تضمنها القانون المدني لعام 1974 في مادتها 6/12 فقرة أولى منها بأن: " المحاكم والسلطات تطبق من تلقاء نفسها قواعد التنازع في القانون الإسباني "1.

هذا وأفرزت أعمال مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة Saint-Jacques-de-Compostelle لسنة 1989 والتي عالجت من خلالها اللجنة العاشرة موضوع المساواة في المعاملة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي بعض القرارات والمبادئ المتعلقة بإلزامية قاعدة التنازع، حيث أشارت من خلالها أنه وبالوقوف على الطابع الملزم لقاعدة التنازع باعتبارها محدد للقانون الأجنبي أو قانون القاضي، فإنه من الموصى به للدول، وفي الحدود التي تسمح بها القواعد العامة للمرافعات فيها أن تفرض على سلطاتها المختصة إثارة مسألة قابلية قاعدة التنازع للتطبيق من تلقاء نفسها؛ على أن يتم أعمال القانون الأجنبي الذي يقضي به هذا التطبيق متى تحققت قابلية التطبيق².

وتماشيا مع الأسس التي تقوم عليها القواعد القانونية، يمكن التسليم بإلزامية القاضي اتجاه الأعمال التلقائي لقاعدة التنازع، كونها لا تعدو أن تكون بمثابة قاعدة من القواعد القانونية الوطنية، وإن اختصت بمسائل دولية، بل حتى وإن أفضت في مرحلة لاحقة إلى تطبيق قانون أجنبي.

=على عدم إلزامية قاعدة الإسناد؛ غير أنه منح رخصة للقضاة لتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم حتى ولو لم يكن ذلك في أمر بمس النظام العام. فالقاضي إذا ليس ملزما بقاعدة الإسناد وبالمقابل ليس محظورا عليه تطبيقها.

ولعل الانتقادات الموجهة للقضاء الفرنسي بترك العنان للقاضي في أعمال قواعد الإسناد، جعل محكمة التمييز الفرنسية تعدل من موقفها عن طريق إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى؛ متى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي شريطة أن يكون أساس هذه القاعدة أو مصدرها اتفاقية دولية، أما الثانية؛ في حال تعلقت بمسائل لها صفة النظام العام، التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها.

كما عبرت محكمة التمييز الفرنسية في تطور لاحق من خلال حكمين متتاليين في 11 و 18 أكتوبر 1988 عن عدولها عن موقفها التقليدي، حيث أقرت صراحة بأن " صفة الإلزام لصيقة بقاعدة الإسناد الوطنية، وأنه يتعين على القاضي أن يُعملها من تلقاء نفسه بصفة مطلقة ".

أنظر في ذلك : عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 322 وما بعدها.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 325.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 570.

ب - الطابع التجريدي لقاعدة التنازع:

يتميز الطابع التجريدي لقاعدة التنازع في كونه يحصر دورها في الدلالة على القانون الواجب التطبيق، وهي بذلك تختلف عن القواعد الموضوعية التي يقع على عاتقها حل النزاع المطروح. فقاعدة التنازع لا تختار قانون دولة معينة بالذات بالنظر إلى مضمون أحكامه وقواعده لبيّن النظام القانوني للعلاقة محل النزاع، بل تكفي بالفضل بطريقتة مجردة بين القوانين التي تتصل بالعلاقة وتبدي قابليتها لحكمها، لتخلص بعد ذلك إلى اختيار أنسبها.

ج - الطابع الحيادي لقاعدة التنازع:

إنّ القول بأنّ قاعدة التنازع هي قاعدة حيادية Neutre، فهذا يعني أنّ المهام المنوطة بها تنحصر في الإشارة إلى القانون الأكثر تماشياً مع العلاقة، دون أن تُكرّس أي تفرقة بين القوانين المتنازعة سواء أكان التنازع قائماً بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، أم بين القوانين الأجنبية فيما بينها.

هذا وتهدف الدول من خلال سنّها لقواعد الإسناد إلى تحقيق نوع من التعاون والانسجام بين الأنظمة القانونية المختلفة في ظل مراعاة المصلحة الوطنية، وبالتالي فإنّ وضع قاعدة الإسناد يتأثر من دون أدنى شك بطبيعة القانون الداخلي لهذه الدول، حيث يتم اللجوء إلى أساليب إسناد فنية يكون الغرض منها تحقيق الحل العادل والمنصف للعلاقات الدولية الخاصة والذي لا يمكن أن يتجسد إلا من خلال تكريس طابع الحياد.

وقد يثور التساؤل حول تحقق عنصر الحياد في ظل تعدد أساليب الإسناد لا سيما في حال إشارة قاعدة الإسناد إلى ضابط اختيار واحد أو اثنين؛ وعمّا وإن كان ذلك يعدّ بمثابة قرينة على الانحياز إلى قانون وطني معيّن. وعليه كان لزاماً منا الوقوف على مختلف صيغ الإسناد بغرض التحقق من الفرضية.

● الإسناد البسيط (Rattachement simple):

وهو الإسناد الذي لا تشتمل فيه قاعدة التنازع سوى على ضابط اختيار واحد، يقضي بتعيين قانون واحد لحكم المسألة في جميع جوانبها. فالأمر يتعلق هنا بقاعدة تنازع ذات طابع موضوعي، تهدف إلى إدراك نتيجة موضوعية.

● الإسناد المركب (Rattachement complexe):

وفيه قد تشتمل قاعدة التنازع على ضابط اختيار واحد، يشير باختصاص أكثر من قانون، كما قد تشتمل أيضا على أكثر من ضابط اختيار، وهذا ما يُفيد وجود أكثر من قانون واجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي؛ وهو يأخذ ثلاثة صور:

- الإسناد الموزع (Rattachement distributif): ويتحقق حينما تشتمل قاعدة التنازع على ضابط اختيار واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث يطبق على كل مسألة أو يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانونا على حدى. وهذه الصورة نراها عادة في مجال الأحوال الشخصية؛ كأن تقضي القاعدة بالرجوع للشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين¹.

- الإسناد الجامع (Rattachement cumulatif): وهو نادر الحدوث، فلا نكاد نجد له تطبيقا سوى في فروض قليلة، بل إنّ من الأنظمة القانونية ما يحرص على تفاديه نظرا لتعقيده. وهو الإسناد الذي يتحقق في حال اشتملت قاعدة التنازع على ضابط إسناد واحد أو أكثر يشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث تطبق جميعا وفي آن واحد على ذات المسألة محل النزاع².

- الإسناد التخييري (Rattachement alternatif): وهو الإسناد الذي تشتمل قاعدة التنازع فيه على أكثر من ضابط اختياري يشير باختصاص أكثر من قانون³، بحيث تطبق بالخيار بينها على المسألة محل النزاع، سواء كان الخيار على قدم المساواة من خلال أعمال أحد الضوابط أيا كان ترتيبه وفقا للضوابط الأخرى؛ كما يمكن أن يكون الاختيار على سبيل التدرج، حيث يتم أعمال ضابط الاختيار الرئيسي، وفي حال عدم تحققه يتم أعمال الضوابط الاحتياطية. هذا ويمكن أن توضع ضوابط الاختيار في حالة تجاوز، بحيث يتم تطبيق أحد القوانين التي ترشد إليها بالنظر إلى الحل الذي تقدمه للمسألة محل النزاع. وعادة ما يكون اختيار ذلك القانون متروكا لأحد أطراف العلاقة أو كلاهما، أو للقاضي⁴.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 574.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 574.

³ Manuel JORGE, les rattachements alternatifs en droit international privé, thèse de doctorat d'état en droit, université de paris 1 – panthéon – Sorbonne, 1988, p 09 et s.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 576.

ولعلّ أسلوب الإسناد التخييري بجميع تطبيقاته يرمي إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية الخاصة، كما يهدف إلى تحقيق مصالحهم، وهو ما يتلاءم ومتطلبات التجارة الدولية التي تقتضي بالضرورة مثل هذا التيسير لضمان روح الاستمرارية.

ومن خلال تحليل مختلف صيغ الإسناد لا يمكن سوى أن نلمس طابع الحياد وهذا في جميع الفرضيات، على اعتبار أنّ قاعدة الإسناد لا ترمي إلى تحديد قانون معين بقدر ما تعمل على الإرشاد إليه من خلال إسناده إلى طائفة من النظم القانونية، وهو نفس الفكر الذي يتماشى مع طابع التجريد الذي تكتسيه القواعد الوطنية في حال اقتصارها على تنظيم مسائل قانونية معينة مثل تلك التي تعنى بتنظيم التجارة الداخلية.

02 - الخصائص الخاصة لقاعدة الإسناد:

إلى جانب الخصائص العامة التي تشكل قوام قاعدة الإسناد وقوام أيّ قاعدة قانونية، تستأثر قواعد التنازع ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها، ولعلّ ذلك راجع في الأساس إلى نوعية المسائل التي تعنى بتنظيمها.

أ - الطابع الازدواجي لقاعدة التنازع:

تتميز قاعدة الإسناد بكونها قاعدة مزدوجة Bilatérale، أي أنّ عنصر الإسناد فيها قد يُشير إلى تطبيق قانون أجنبي أو قانون وطني على حد سواء¹. كما تنفرد قواعد التنازع بطابعها الثنائي حتى على باقي قواعد القانون الدولي الخاص، على غرار قواعد نظام الجنسية، والمعاملة الدولية للأجانب، والمرافعات المدنية الدولية والتي تعدّ قواعد انفرادية تقتصر فقط على تحديد شروط التمتع بالجنسية الوطنية، أو حالات فقدها، أو تحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب والواجبات التي تقع على عاتقهم في النظام القانوني الوطني.

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 61-62.

هذا وحرص جانب من الفقه في مجال القانون الدولي الخاص على أن تكون صياغة قاعدة الإسناد صياغة انفرادية¹، أي تكون قاعدة ذات جانب واحد، يقتصر دورها على تحديد الحالات التي يكون فيها قانون القاضي هو المؤهل لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولا شأن لها بتحديد حالات تطبيق القانون الأجنبي، على اعتبار أنّ واضع القاعدة الوطنية لا يملك ذلك التحديد. وعلّل هذا الجانب المعارض للازدواجية موقفه من خلال الدفع بأنّ تنازع القوانين هو في الحقيقة تنازع السيادة، وأنّ الإشارة إلى اختصاص القانون الأجنبي يعدّ بمثابة اعتداء على سيادتها؛ كما أنّ الصياغة الثنائية لقاعدة التنازع تؤدي خصوصا في حال اختيار قانون أجنبي معين إلى مخالفة إرادة المقتن الأجنبي، بل وإهدارها في الغالب من الأحيان، باعتبارها تقود إلى تطبيق القانون الأجنبي في حالات قد لا يريد وفقا لتصور واضعه أن يكون مختصا بتنظيمها².

ب - الطابع الغير مباشر لقاعدة التنازع:

فضلا عن الازدواجية التي تتمتع بها قواعد التنازع، تتسم أيضا بخاصيتها الغير مباشرة، فهي بهذا الوصف لا تنطبق مباشرة على موضوع النزاع وإنما تكتفي بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه. وهو ما جعل جانبا من الفقه الفرنسي يشبهها تشبيها طريفا بمكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية، والذي تقتصر مهمته على إرشاد المسافر إلى رصيف القطار الذي ينوي أن يستقله³.

الفرع الثاني: المبررات القائمة على الخلفيات التاريخية

إنّ الدور البارز لقواعد التنازع في مجال العلاقات الخاصة الدولية يثير فضول الباحثين لتحديد الخلفيات التاريخية، إذ أنّ هذه القواعد لم ترسخ بصورة فجائية وعشوائية، بل جاءت على نحو تدريجي تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي؛ ولعلّ هذا يعود بنا إلى العهد الروماني، أين أوجد

¹ حيث نجد من بين الأساتذة الداعمين لهذا التوجه الفقيه Niboyet، والألمانيين Schnell و Niedner بالإضافة إلى الإيطالي Quadri والبلجيكي Pierre Gothot.

عودة في ذلك إلى: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط 1، إدارة المطبوعات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، سنة 2002، ص 35.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، المرجع السابق، ص 579.

³ لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 53.

الرومان قانونين، أحدهما مدني يسري على السكان الأصليين، والآخر ذو طابع خاص يسري في حق الأجانب عُرف باسم " قانون الشعوب "، وهذا قبل أن تسمح روما في وقت لاحق بخضوع الأجانب لقوانينهم الوطنية لا سيما ما تعلق بالشق العائلي منها في صورة الميراث، تحت فكرة شخصية القوانين¹.

وأمام اتساع رقعة العلاقات التجارية بمناسبة ظهور جمهوريات صغيرة بإيطاليا، بدأت معالم التنازع تتضح، مما أوجب حتمية دراسة الحلول القانونية لإرساء نوع من الأمان وتحقيق العدالة. فتعاقبت بذلك المدارس في إيجاد الحلول كلاً حسب منظورها.

أولاً- المدارس القديمة:

ظهرت هذه المدارس في كل من دول إيطاليا وفرنسا وهولندا. ولعلّ أولى المحطات هي مدرسة الحواشي الإيطالية.

01 - نظرية الأحوال الإيطالية:

يعود الفضل فيها لفقهاء شمال إيطاليا الذين أسهموا في تكوين فكرة واضحة ودقيقة عن تنازع القوانين وتأسيس قواعد كفيلة بحل النزاع وهذا منذ نهاية القرن الثاني عشر. وقد سُميت هذه المدرسة بالحواشي وهذا نسبة إلى الطريقة المنتهجة في دراسة مسألة التنازع والمتمثلة في التعليق على نصوص القانون الروماني بحواشي مقتضبة، حيث اعتمد فقهاء هذه المدرسة كخطوة أولى على دراسة نص في مجموعة " Jus gentium " وهو قاعدة " الثالث المقدس " أو ما يعرف بـ " Conctus populus " حيث جاء في فحوى النص أن " جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الإمبراطوري يلزمها اتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول². ولقد خلص الفقيه " Accurse " إلى استنتاج مفاده أنه بالإضافة إلى خضوع شعوب الإمبراطورية للديانة المسيحية، فإنهم يخضعون أيضاً لقوانينها، بحيث تظل هذه الأخيرة تلازمهم حتى في حال

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2011، ص 30.

² حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997، ص 36 .

أنظر أيضاً: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 14.

مغادرتهم للإمبراطورية. فمثلا المواطن الذي يغادر بولونيا باتجاه مودان فإن أهليته لا تخضع لقانون المدينة التي حل بها بل يحتفظ بقانونه كاحتفاظ الروماني بديانته المسيحية¹.

وعلى هذه الخطى وضع الفقهاء الحواشي على نصوص القانون الروماني لإيجاد قواعد كفيلة بحل التنازع المحتمل بين قوانين المدن المختلفة، حيث عالج Accurse القانون الذي ينظم شكل الوصية التي يحررها شخص بولوني يقطن في مودان، إن كان يسري عليها القانون الشخصي أي البولوني أم القانون الإقليمي وهو قانون مودان باعتباره البلد الذي وقع فيه التصرف القانوني؟ وقد خلص في نهاية تحليله إلى إخضاع التصرف لقانون المحل الذي تمت به الوصية وهو مودان، مبرراً موقفه هذا استناداً إلى عنصر اليقين الذي يتخلل الأفراد ويُرسخ لديهم القدرة على إجراء تصرفات قانونية صحيحة في أي بلد كان. وقد سار فقهاء المدرسة على نفس الخطى وأنشأوا لأول مرة قاعدة تنص على خضوع شكل التصرف لقانون مكان إجرائه، وجعلوا منها قاعدة إلزامية لا اختيارية، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، مستنديين في ذلك على حجية مفادها الرضا الضمني بقانون المحل. كما تم إعمام المبدأ ليشمل شكل التصرف وموضوعه.

ولقد تم انتقاد أصحاب هذه النظرية على خلفية تجاهلهم مبدأ إقليمية القوانين واتباعهم طريقة إعطاء حلول لكل مسألة على حدى دون وضع نظام متكامل؛ وبالتالي فإنهم لم يتقيدوا بمبدأ موضوع مسبقاً، بل تأثروا بظروف كل حالة من حالات النزاع².

02 - نظرية الأحوال الفرنسية:

أخذت هذه النظرية بنفس المنهج الذي سارت عليه المدرسة الإيطالية، ولم تنفرد بمعالم خاصة إلى غاية حلول القرن السادس عشر، أين قدم الفقيه " Dumoulin " نظريته القائمة على تقسيم القوانين إلى عينية وشخصية وذلك بطريقة ثانوية، واعتبرها " Dargentré " كتقسيم رئيسي³؛ حيث اعتبرت هذه النقطة هي بداية المفارقات بينه وبين المدرسة الإيطالية. وكانت القاعدة الأساسية لهذه النظرية هي تطبيق

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون)، المرجع السابق، ص 36.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، المرجع السابق، ص 16.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 16.

القانون الإقليمي كأصل، والقانون الشخصي كاستثناء، لتأخذ بذلك إقليمية القوانين النسبية مكانها خلفا لإقليمية القوانين المطلقة التي عُرفت في السابق. فتمّ بموجب ذلك إخضاع كل ما يتعلّق بالأحوال العينية بما فيها العقود المتعلقة بالأراضي لقانون الإقليم، أي القانون الذي توجد فيه هذه العقارات¹، أما ما يمس الأحوال الشخصية فتم إخضاع العلاقات فيها إلى القانون الشخصي الذي كان يتحدّد بقانون السكن الحالي للشخص. ومن أهم المسائل التي كانت تعنى بتنظيمها تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية والعائلية كالاسم والموطن والأهلية والزواج.

ولعلّ السبب الرئيسي الذي على أساسه تمّ ترجيح كفة قانون السكن أو قانون الموطن على حساب القانون الوطني هو الفكر السائد في تلك الحقبة من الزمن و المتمثل في فكرة الإقطاع التي كانت تعبر أهمية كبيرة للصلة المكانية التي تربط الشخص بالأرض. ولقد لاقت هذه النظرية نجاحا كبيرا في جميع أنحاء أوروبا نظرا للمزايا التي جاءت بها آنذاك لاسيما أنها ساهمت في وضع معيار عام تُبنى عليه الحلول بدلا من البحث والتفكير في حلول خاصة لحالات مستعصية كل منها على انفراد. إلا أنها وبالرغم من ذلك لم تسلم من الانتقادات التي طالتها نتيجة عدم كفاية التقسيم الثنائي لتحديد نوعية العلاقات ما إذا كانت عينية أو شخصية، مما دفع أصحاب النظرية الى ابتداء صنف ثالث من القوانين أطلق عليه اسم الأحوال المختلطة، ضمّ جميع العلاقات المشكوك في طبيعتها القانونية، أو التي تتصل بالأحوال الشخصية والعينية في آن واحد، وتمّ إخضاع النزاع فيها إلى الأحوال العينية. ومن ثمّ فهي إقليمية لأنّ إقليمية القوانين في نظرهم هي الأصل؛ وإن أبان هذا التقسيم الثلاثي عن محدوديته في وضع قوامة متينة لهذه النظرية².

03 - النظرية الهولندية:

بالرغم من تأثر رواد هذه المدرسة³ بنظرية الأحوال الفرنسية، إلا أنهم أحرزوا تقدما غير مسبوق في مجال تنازع القوانين بمفهومه الدولي؛ فبدلا من تكريس جهودهم في البحث عن الحلول للتنازع القائم بين قوانين المدن والمقاطعات على غرار ما قام به الإيطاليون والفرنسيون، جعلوا التنازع بين قوانين الدول أهم

¹ عودة إلى نص المادة 18 ق.م.ج في فقرتها الأخيرة والمشار إليها سابقا.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، المرجع السابق، ص 17.

³ في صورة الفقيه: Ulrich Huber, Paul et Jean voet

أنظر في ذلك: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 17.

عنصر في أبحاثهم. حيث كان يسمح بتطبيق القانون الأجنبي بمقتضى هذه النظرية ولكن في أحوال استثنائية، فكان إعمال القانون الأجنبي قائم على فكرة المجاملة الدولية¹؛ بمعنى أن القاضي يقوم بتطبيق قانونه الوطني كأصل عام وهذا تكريسا لفكرة السيادة، أما تطبيقه للقانون الأجنبي لم يكن سوى في حالات استثنائية يكون له فيها كافة الصلاحيات في تقديرها، وهي تقوم على أساس فكرة المجاملة الدولية، وهي الفكرة التي تجسد دعامة قوية لعقود التجارة الدولية.

وبالرغم من تحقيق المدرسة الهولندية لفكرة نوعية في مجال تنازع القوانين إلا أن ذلك لم يكن كفيلا لإعفاءها من الانتقادات، ولعل أبرزها يتمثل في إنكار رواد النظرية الصفة الإلزامية لقواعد تنازع القوانين، وأن تطبيق القانون الأجنبي لا يخرج عن مجرد المجاملة. وبالتالي فقانون كل دولة في نظرهم لا يكون له أثر خارج حدود إقليمها إلا استثناءً، إذ ليس هناك إلزام من القانون الدولي ولا ضرورة قانونية تُجبر الدولة ومحاكمها للعمل بقوانين الدول الأخرى .

ثانيا- المدارس الحديثة:

مع بداية القرن التاسع عشر بدأت بعض المدارس الحديثة في إيجاد ضالتها فيما يتعلق بقواعد التنازع، ولقد كان لكل من المدرسة الإيطالية والألمانية والفرنسية لمستها الخاصة في هذا المجال.

01 - النظرية الإيطالية الحديثة (نظرية شخصية القوانين النسبية):

لقد كوّنت النظرية الإيطالية توجهها جديدا وأكثر تحمرا في مجال تنازع القوانين يتميز عن نظريتي الأحوال والمجاملة، فجعلت الأخذ بمبدأ شخصية القوانين أساسا لها؛ فالقانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدولة التي ينتسب إليها أطراف العلاقة². وإن كان الأصل في النظرية شخصية القوانين، إلا أنه بالإمكان الخروج عنه في حالات استثنائية، وهو ما يعني الأخذ بشخصية القوانين النسبية.

غير أنّ القانون الشخصي وفق هذه النظرية يتعين بموجب القانون الوطني للشخص لما يمدّه من صلة سواء من حيث التقاليد أو الأخلاق من جهة، أو على اعتبار أنه أكثر ثباتا واستقرارا من جهة أخرى؛ وهذا على خلاف قانون الموطن الذي تمت الإشارة إليه في سياق الحديث عن النظريات التقليدية، والذي

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 43.

² ISSAD Mohand, Droit international privé, 1- Les règles de conflits, O.p.u, Alger 1980, p 55.

يتميز بعدم الثبات. ونتيجة لذلك أفضى منشيبي Mancini الذي يعتبر أحد رواد هذه المدرسة إلى قاعدة مفادها أن القانون الوطني يُلازم الشخص أينما وجد¹.

وإن كان تنازع القوانين وفق هذه النظرية يتم الفصل فيه وفقا للقانون الشخصي بصورة اعتيادية، فهذا لا يدل على شمولية القاعدة بصفة مطلقة؛ فقد نلمس بعض الاستثناءات وهذا وقوفا عند مقتضيات التجارة، ودفاعا عن مصالح المجتمع. ومن بين هذه الاستثناءات نجد تلك القوانين التي يتفق أطراف العلاقة على اختيارها، والقوانين التي تتصل بالنظام العام، بالإضافة إلى قانون محل إبرام التصرف الذي يختص بحكم الشكل؛ وهي الاستثناءات التي كرسّت دلالات أكثر حول مآل العقود التجارية الدولية.

وبالرغم من كل هذه الميزات إلا أن النظرية طالتها سهام النقد، فالقول بأن سيادة الدولة شخصية وإغفال ما للإقليم من أهمية في وضع القواعد القانونية يُعدّ تقصيرا في حق هذا الأخير؛ كما أنّ الظروف السائدة في تلك الحقبة من الزمن أثرت بشكل جليّ، فإيطاليا كانت تعجّ بالسكان، وفي ظل تنامي الهجرة كان الأخذ بمبدأ شخصية القوانين المتعلق بالنزاعات الناشئة يخدم مصالحها، ولكن بخلاف ذلك فالدول التي يهاجر إليها الإيطاليون تجد نفسها أمام قوانين أجنبية تراحم قانونها الوطني، وهذا مالا يخدم مصالحها. وعلى العموم يمكن القول بأن هذه الانتقادات كانت سببا في زعزعة الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية، ممّا حال دون تحقيقها النجاح التام.

02 - النظرية الألمانية:

لقد أسّس " Savigny " زعيم هذه النظرية منهجه على فكرة العدالة الدولية، التي تعد بمثابة غاية لا يمكن تحقيقها إلا بتكاتف الجهود في هذا المجال عن طريق قبول الدول تطبيق القوانين الأخرى كلما اقتضت العدالة ذلك². وبالتالي فتنازع القوانين لا يقودنا بالضرورة إلى الاختيار بين القانون الشخصي والقانون الإقليمي؛ كما لا نلمس تلك الأسس التي قامت عليها بعض النظريات السابقة التي تضع تقسيما للقوانين بين عينية وشخصية. هذا ويكون تطبيق القانون الأجنبي قائم على أساس إلزام دولي، لا بموجب مجاملة دولية كما هو الحال بالنسبة للمدرسة الهولندية القديمة.

¹ BALLARINO Tito. Codification du droit international privé italien. In: Droit international privé: travaux du comité français de droit international privé, 10^{ème} année, 1990-1991. 1992. p 95.

² محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 42.

وبغية تحقيق العدالة بهذا المفهوم لجأ Savigny إلى تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بمقتضاها التنازع للتعرف على طبيعتها ليتمكن من تحديد مركزها ومن ثم اسنادها إلى نظام قانوني يلائمها¹، وبالتالي يكون أمام حتمية البحث عن النطاق الذي تدخل فيه العلاقة بحسب طبيعتها؛ فأوجد معيارا يستند على ثلاثة عوامل وهي: المركز القانوني للعلاقة، والقانون الطبيعي، والخضوع الإرادي. فالقواعد التي تحكم الشخص يُعطى فيها الاختصاص إلى قانون المركز القانوني، وهو قانون الموطن؛ أما العلاقات التي يرتبط بها الشخص فإنّ تركيزها يتم بمقتضى طبيعة العلاقة القانونية؛ فالالتزامات التعاقدية تخضع لمكان تنفيذها، والالتزامات الناشئة عن الأفعال تخضع لمكان وقوعها². كما يمكن لأطراف العلاقة باختيار مركز لها من خلال تفعيل محض إرادتهم.

03 - النظرية الفرنسية الحديثة (طبيعة القوانين الاجتماعية و الهدف منها):

ترجمت هذه النظرية التي ظهرت في فرنسا مع نهاية القرن التاسع عشر الفقيه PILLET ، الذي أسس منهجاً خاصاً لحل مسألة التنازع، يقوم على الكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون، رافضاً بذلك مسألة الأخذ بشخصية القوانين وإقليمية القوانين. حيث يرى PILLET أنّ لكل قانون غاية يهدف إلى تحقيقها وهي تتمثل أساساً في حماية الفرد والمجتمع، وأنّ التوصل إليها لا يكون إلا بتغليب إحدى صفتي القانون وهما الاستمرارية والعموم³؛ حيث تقتضي الاستمرارية سريان القانون منذ دخوله حيز التطبيق إلى غاية إلغائه، في حين يقصد بالعمومية تطبيق القانون على كافة الأشخاص الخاضعين لسلطة الدولة والمتواجدين على إقليمها.

كما أوضح الفقيه أنه من الصعب أن يحتفظ القانون بصفتي العموم والاستمرارية معا في المسائل الدولية، إذ لا بدّ من تغليب إحدهما على الأخرى؛ واستند في تحليله على التمسك بالغرض من القانون، فإن كان هدفه الحماية الفردية أو العائلية وجب تغليب صفة الاستمرارية بتطبيق القانون الشخصي. فمثلاً القانون الذي شرع لحماية القُصّر يسري عليهم منذ ميلادهم إلى حين بلوغهم سن الرشد. أمّا إن كان الهدف من القانون حماية المجتمع، وجب تغليب صفة العموم وبالتالي تطبيق القانون المحلي على جميع

¹ SAVIGNY, Traité de droit romain « Traduit par Guenoux (ch) », 2éd, vol 8, Paris 1860, p 06 et s.

² محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 42.

³ ISSAD Mohand, Op, cit, p 56-57.

العلاقات القانونية داخل الدولة. وفي حالة ما إذا تعذر تعيين الفئة التي يريد القانون حمايتها، وجب البحث عن الفئة الأكثر تضرراً في حال عدم تطبيق القانون. فمثلاً القوانين المتعلقة بالعمارة إذا لم يكن تطبيقها عامّاً فإن الجماعة هي المتضررة بفقدان نظام عقاري عام في كل أنحاء البلاد، وبالتالي وجب أن تكون هذه القوانين إقليمية.

ويمكن القول أن هذه النظرية على غرار سابقتها لم تسلم من النقد، فالنهج الذي أخذ به PILLET يصعب في ظله معرفة ما إذا كان القانون مستمراً أو عاقاً، بالإضافة إلى صعوبة تحديد الغرض الاجتماعي من القانون خاصة مسألة فصل الفرد عن المجتمع¹ وهو ما قد يناهض المبادئ والأسس التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية كحلقة من حلقات العلاقات الخاصة.

المطلب الثاني: قواعد التنازع في مواجهة متطلبات السوق الدولية

بالعودة للإطار التاريخي لقاعدة التنازع، نتحرى ذلك التباين في الحلول على مدار الأزمنة والعصور، حيث طالت الانتقادات جلّ التوجهات على نحو تتضاءل معه احتمالات وجود قاعدة مستقرة وراسخة كفيلة بفض مسألة التنازع في القوانين. ولعلّ المكانة التي أضحت تكتسبها العقود التجارية في ظل التطورات الاقتصادية والتكنولوجية زاد الطين بلة؛ فمفرزات العملة الدولية ألفت بظلالها على المجتمع الدولي لا سيما الفئات الخاصة منه على غرار التجار، أين استقرت الذهنيات على بحث سبل النجاح والربح بشتى الطرق. غير أنّ الإطار القانوني وإن سلّمنا بتعرعه في كنف قواعد التنازع، إلا أنّ هذه الأخيرة كان لا بدّ من تنقيحها وتحيينها وتجنب جوانبها السلبية التي ترمي إلى تعطيل عاملي السرعة والأمان اللذان صارا ملازمين لمصطلح التجارة الدولية.

الفرع الأول: قواعد التنازع في مواجهة عائق الإحالة

تعدّ الإحالة أو ما يعرف بـ *Le problème du renvoi* من بين المسائل التي تثير تضارب في وجهات النظر في مجال القانون الدولي الخاص، وقاعدة التنازع على وجه التحديد²، باعتبارها نظرية تؤثر

¹ تفاصيل أكثر حول توجهات الفقيه Pillet بالعودة إلى:

حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 47.

² Audit Bernard. Le droit international privé à la fin du 20^{ème} siècle: progrès ou recul; Revue internationale de droit comparé. Vol 50, N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain, p 433.

بشكل كبير على الحلول المنوطة بمسألة التنازع في القوانين. وبالرغم من تعدد صور الإحالة¹، إلا أنّ الشغل الشاغل لشرح القانون يتبلور حول الأخذ بها من عدمه في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

أولاً- فكرة الإحالة بين القبول والرفض:

تعود جذور الإحالة بحسب شرح القانون إلى القضية الشهيرة المعروفة بـ " قضية Forgo " التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية سنة 1878²، بالرغم من أنّ مؤلفات أخرى أشارت بأنّ الإحالة عرفت قبل هذه المحطة في القضاء الإنجليزي سنة 1841، والألماني سنة 1861³.

ودون الخوض في حثيات القضية، وبالرجوع إلى القرار الذي خلصت إليه محكمة النقض الفرنسية، أكدت من خلاله أنه يتعين على القضاة الأخذ بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص (القانون البافاري- Loi Bavaroise) بموجب قاعدة الإسناد الوطنية. وبالتالي قبول الإحالة منه وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحال إليه⁴.

01 - الاتجاه المؤيد لقبول الإحالة:

ينطوي هذا الاتجاه على فكرة مؤداها إعمال قواعد التنازع للقانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة التنازع في قانون القاضي، لمعرفة ما إذا كانت تقرر الاختصاص لقواعده الموضوعية، أم تقرر باختصاص قانون دولة أخرى⁵. وبالتالي فإنّ القاضي المختص عليه بمراعاة أولوية مراجعة قواعد التنازع في القانون الأجنبي. ولعلّ هذا الطرح له ما يبرره:

¹ حيث نجد ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى، والإحالة من الدرجة الثانية، والإحالة الطويلة، والإحالة الدائرية والإحالة الكاملة.

لمزيد من التفاصيل أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 708 وما بعدها.

² Cass. Civ 24 juin 1878.

B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 2ème éd, Paris, Sirey, 1992, p55.

³ الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 25، المجلد الأول، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2015، ص 150.

⁴ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 93، 94.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 710.

أ - فكرة الإسناد الإجمالي:

مؤداها أنّ قاعدة التنازع تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي، حيث يعد هذا الأخير بمثابة كتلة واحدة تضم كل من القواعد الموضوعية وقواعد التنازع، ويتوجب على القاضي عدم إهمال هذه الأخيرة.

ب - فكرة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام:

إنّ مراعاة القاضي لقواعد التنازع في القانون المختص يضمن التناسق في الحلول، فهو بهذا النسق يسلك نفس النهج الذي كان ليسلكه القاضي الأجنبي لو عرض عليه النزاع، وهو ما يضمن المساواة في الحلول، كما يمهد بالضرورة إلى تيسير تنفيذ الأحكام الوطنية في الخارج¹.

ج - مصلحة النظام القانوني للقاضي:

إنّ الأخذ بالإحالة يستجيب للروح العامة المسيطرة على تنظيم تنازع القوانين، وهي الروح الوطنية؛ إذ يؤدي قبول الإحالة في الأغلب من الفرضيات إلى اختصاص قانون القاضي، وتوسيع دائرة سلطانه بشأن العلاقات الخاصة الدولية.

د - منع التحايل على القانون:

إن كان اختيار المحكمة يعد بمثابة قرينة على تحديد القانون المختص، فالأخذ بالإحالة قد يغير من أحداثيات الفرضية، ويضعف من احتمال ثبوت غش نحو القانون².

02 - الاتجاه الرفض للإحالة:

إنّ الاتجاه الرفض للإحالة يستند في حججه على طبيعة قواعد التنازع، حيث يصنفها من قبيل القواعد التي تنطوي تحت فرع القانون العام، وبالتالي فهي تعد إقليمية التطبيق³، يقتصر إعمالها على القاضي الوطني دون سواه، وهو ما قد يعطل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء باعتبار أنّ الأخذ بقواعد

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 711.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 712.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 712.

التنازع في القانون الأجنبي المختص قد تحيل القاضي إلى حلقة مستمرة من الإحالات أو إلى حلقة مفرغة في حال أعادت إليه الاختصاص، والتي لا يتأتى تجاوزها إلا من خلال إهمال قاعدة التنازع.

وعلى العموم يُجمع غالبية النظم القانونية الحديثة عن ضرورة الأخذ بالإحالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مرتكزة في ذلك على ضرورة احترام القواعد الأجنبية برمتها، ضف إلى ذلك أنّ جوهر قاعدة التنازع يكمن في عرض الاختصاص على قانون أجنبي، وفي حال رفضها هذا الأخير يتم الرجوع في الغالب من الأحيان لقواعد الإسناد الاحتياطية. كما أنّ الأخذ بالإحالة يعبر عن مدى التعاون المتبادل فيما بين الدول على إرساء حلول قانونية ترقى لتطلعات الأطراف¹.

ثانيا - موقف القانون الجزائري بخصوص الإحالة:

عرفت الإحالة في القانون الدولي الخاص مواقف متباينة، فبين مقرّر ورفض جاء موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 مكرر 1 التي نصت على أنّه: " إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان"، ليكون بذلك قد خلس إلى اتخاذ موقف رافضٍ للإحالة، ملزما بذلك القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون الخوض في قواعد التنازع لهذا الأخير. أي أنّ الإسناد في هذه الحالة هو إسناد موضوعي وليس إسناد إجمالي.

غير أنّ الفقرة الثانية من نفس المادة جاءت بمضمون مناقض تماما حينما نصت على: " غير أنّه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص". ما يفيد بتبني المشرع لتلك الإحالة المعلقة على شرط اختصاص القانون الجزائري.

وما يمكن استخلاصه كـمعنى عام من نص المادة 23 مكرر 1 أنّ المشرع الجزائري يكون قد أخذ بالرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية، والقبول الصريح للإحالة من الدرجة الأولى؛ فمتى أشارت قاعدة الإسناد الأجنبية باختصاص قانون دولة أجنبية أخرى، وجب على القاضي تجاهلها والفصل في النزاع استنادا للقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 714-715.

هذا وتجنب المشرع الجزائري الخوض في الجدل الفقهي القائم حول الإحالة الداخلية التي تحصل بمناسبة إسناد قواعد التنازع في قانون القاضي الاختصاص إلى قانون دولة مركبة تتعدّد فيها الشرائع¹ تعدّدا شخصيا أو إقليميا من خلال نصّه في الفقرة الثانية من نص المادة 23 من القانون المدني أنه: " إذ لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"².

الفرع الثاني: نحو حتمية اعتناق قانون الإرادة

بغرض التصدّي للجدل الذي طالما سائر قواعد التنازع في مختلف محطاتها، سواء ما تعلّق بالاعتراف بالصفة القانونية من عدمها لهذه القواعد³، أو بمدى مسايرة هذه القواعد للعلاقات التجارية الدولية التي تقوم على ميكانيزمات وضوابط تختلف عن تلك التي تركزها التشريعات الوطنية في مجالها الداخلي، بدأت تترسخ بعض معالم التغيير على علاقات الأفراد الناشئة عن العقود الدولية وهذا من خلال فتح مجال حريتهم لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم؛ بحيث تتعدى هذه الحرية الاتفاق على شروط العقد لتشمل اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق بشأن العلاقة التعاقدية، وهو ما يعرف بمبدأ أو سلطان أو استقلال الإرادة، أو كما هو متعارف عليه باللغة الفرنسية *Le principe de l'autonomie de volonté*.

وتُعبر الإرادة عن قاعدة أخلاقية بحتة، تجد أساسها في المبادئ النفسية والداخلية. ومن هذا المنطلق ظهر مبدأ سلطان الإرادة معبرا عن المبادئ العليا للأخلاق والآداب العامة، وذلك حين يمنح الفرد الحرية في الاختيار، حيث يتخذ شكل قانون أخلاقي يتحتم الخضوع له وارتضاء آثاره.

هذا وكانت الشريعة الإسلامية قد عرفت مبدأ سلطان الإرادة منذ الأزل، حيث ساد مبدأ الرضائية في العقود، وأضحى مبدأ مرجعي للمعاملات التجارية حتى في أوروبا في العصور الوسطى، إذ كان مرجع

¹ تفاصيل أكثر حول الإسناد إلى قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع بالعودة إلى:

حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004، ص 217-218.

² وهذا بعد ما أشارت الفقرة الأولى من نص المادة 23 على أنه: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أنّ القانون الواجب التطبيق هو

قانون دولة معيّنة تتعدّد فيها التشريعات، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرّر أي تشريع منها يجب تطبيقه ".

³ عودة في ذلك إلى الصفحة 44 وما بعدها من هذه الدراسة.

المبدأ هو القيم الدينية وما تلاها من القواعد التي أرسنها الكنيسة المسيحية من ضرورة الوفاء بالعقود؛ فما لبثت تلك المبادئ الدينية أن انتقلت للتصرفات القانونية¹.

وكان للإرادة الفردية دورها البارز في صياغة مبادئ قانونية عامة، عندما تصدّر مبدأ سلطان الإرادة المشهد في بلورة القواعد القانونية التي تقدر الحرية الفردية وتعمل على حمايتها، وإزالة التعارض بين المصالح ومحاولة التوفيق بينها إلى أبعد الحدود، في ضوء النظام القانوني الذي يرتضيه المجتمع.

هذا ولم تقف الاعتبارات الأخلاقية والثقافية والدينية بعيدة عن نظيرتها القانونية التي يجب صياغتها في ذات القلب، لتأتي الإرادة القانونية كضرورة هامة وحتمية عملية لترجمة مبدأ سلطان الإرادة ودوره في مجال التصرفات القانونية. ويمكن القول بهذا المفهوم أن مبدأ سلطان الإرادة فرض مكانته في مجال القانون الدولي الخاص على وجه العموم، وفي المجال التعاقدية على وجه خاص، وهذا بالرغم من وجود قواعد تنازع تعمل بجانبه².

قد يتساءل الكثير منا عن الدوافع التي كرسّت أحقية القانون الإرادي في تحديد قانون العقد بالنسبة للعلاقات التعاقدية الدولية. غير أنه وبالرجوع للتطور التاريخي، فإن قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة تُعدّ من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسنها قواعد تنازع القوانين في جلّ النظم

¹ ولو أردنا تشخيص حرية الإرادة على مرّ الأزمنة، فإن الفلسفة السائدة في العصور القديمة وخصوصاً عند الإغريق تقوم على أساس إطلاق أو كبح الأهواء الحسنة منها والسيئة؛ أين يذهب كل من أرسطو وأفلاطون إلى القول بأن الفضيلة والرذيلة إراديتان فالشخص وحده المسؤول عن اختيارها. أما في العصور الوسطى والحديثة فقد أخذت الفلسفة منحنيات متشعبة، فعند Augustin الإرادة تمثل القدرة على قبول تصور أمر ما أو رفضه، كما أنّ الحرية وفق تقديره لا تكمن بالقدرة على الاختيار بين الخير والشر. أما Descartes فيرى من خلال تأملاته الفلسفية أنّ الإرادة تقوم على استطاعتنا لفعل الأشياء أو الامتناع عنها أو إثباتها أو نفيها وهذا دون أي تأثير خارجي، وإن أكدّ من خلال تحليله هذا أنّ الحرية لا تعني عدم المبالاة بالأشياء. في حين فسّر Emmanuel Kant فقد علّل حرية الإرادة من منطلق الواجب، فالقدرة على أداء هذا الأخير والمطالبة به والمحاسبة عليه تتأتى من خلال تلك الحرية في الإرادة والتي لا تسيرها الضرورة الطبيعية أو الآلية التي تسيطر على الكون. أما الفقيه Fitchet فكان له رأي آخر عندما أقر بأن الحرية ليست من المعطيات الضرورية فهي لا تظهر وفق تقديره إلا عن طريق ما تخلقه لنفسها من عقبات؛ ليوحد بذلك بين الحرية والواجب، ليجعل من الحرية في نهاية المطاف المبدأ المطلق الأوحد. أما Hegel فيؤسس توجهه على فكرة الروح التي تقترن بجسم الإنسان، إذ تسمو بنظره حتى على الدولة في حين أن ماهيتها هي الحرية. بينما يجد Renouvier أن حرية الإرادة هي عماد الحياة العقلية والحياة الأخلاقية، وأنّ أيّ تصميم تتخذه هو في حد ذاته حكم، وهو ينطوي على سبب يبرّره، كما يقّرّ الفقيه بأنّ الإنسان سيّد أحكامه وعواطفه ودوافعه.

تفاصيل أكثر حول هذه المواقف وغيرها بالعودة إلى:

جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص (دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2012، ص 70 وما بعدها.

² خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاطم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 10-11.

القانونية، فبحسب جانب من الشراح عُرف هذا المبدأ في مصر البطلمية بحوالي مائتي سنة قبل الميلاد، أين كان المتعاقدان يختاران قانون العقد عن طريق اختيار لغة تحريره، فإن تم تحريره باللغة المصرية دل ذلك على اختيار المتعاقدين للقانون المصري، أما في حالة تحريره باللغة الإغريقية فهو قرينة على اختيارهم للقانون البطلمي¹. وقد تطوّر قانون الإرادة بطريقة غير مباشرة في ظلّ المدارس التي تمّت الإشارة إليها في سياق الحديث عن التطور التاريخي لقواعد التنازع، إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر حيث استقرت جهود فقه القانون الدولي الخاص آنذاك على فكرة مؤداها أنّ القانون الذي اتّجهت إليه إرادة الأطراف هو بمثابة قانون العقد. ليثمن الأستاذ LAURENT بعد ذلك الفكرة، ويصوغ القاعدة في شكل نظرية أجاز من خلالها للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة أو ضمناً، و بصورة مستقلة عن مكان إبرام العقد أو تنفيذه². ولقد استقر أطراف العقد الدولي على تكريس حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، مستأنسين في ذلك بالتطور الذي شهدته الحرية الفردية والفكر الليبرالي الذي شكّل انعكاساً حقيقياً للفكر السائد في تلك الحقبة الزمنية.

وفي عام 1999 كتب Peter Nigh في تأييده لمبدأ قانون الإرادة، بأنه يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بحكم النزاعات، كما أشار أنّ اختيار هذا القانون عادة ما يتمّ عند إبرام العقد كأصل عام، كما يمكن أن يتمّ بعد إبرامه، وبمناسبة النزاع عند التنفيذ³.

ويمكن أن نخلص بالقول أنّ قانون الإرادة هو في حقيقته تعبير عن المبادئ الأساسية في حقوق الإنسان على اختلاف أنواعها، وأنّ غض الطرف عنه يفتح باب الظلم والإجحاف في حق الخائضين في مجال العلاقات الدولية التي من المفروض أن تصاغ في إطار احترام الحياة الخاصة والفردية التي تسمح للشخص بتحديد علاقاته ومآلها بشكل إرادي ينبع من اختياره الشخصي، شريطة أن يكون أهلاً لإجراء هذا الاختيار. وكانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد ذهبت في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1992 إلى أنّه لا يجب البحث عن مفهوم الحياة الخاصة في دائرة داخلية أو مغلقة، دون النظر في دائرة

¹ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006، ص 261.

² LEVENEUR Laurent, La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), AJDA, Dalloz, 1998, p 676.

³ زياد محمد فالح بشبابة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني - دراسة مقارنة - ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 30 الجزء 01، جوان 2013، ص 06.

بحث منشور عبر الموقع platform.almanhal.com زيارة بتاريخ 2018/02/03 في حدود الساعة 13:40.

العالم الخارجي، وأن هذا المفهوم يلزم شموله ببعض المعايير التي تسمح للفرد بالحق في إقامة وإبرام العلاقات مع أقرانه¹.

أولاً- مضمون قانون الإرادة:

من المسائل التي لا يمكن غض الطرف عنها في سياق البحث في مجال قانون الإرادة، أنّ هذا الأخير يستند على أسس علمية، فهو يستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية التجارية الدولية، التي تفتح أمام الأفراد مجال اختيار القانون الأنسب لهم. فالقانون الذي تُحدده الإرادة هو الذي يحقق مصالح المتعاقدين؛ وهو ما يفسر نجاح اختصاص قانون الإرادة بالظفر بمكانة ضمن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على السواء. وقد تعرّض مبدأ قانون الإرادة لانتقاد جوهري مفاده أنّ الأفراد باختيارهم لقانون عقدهم يقومون عملياً بوضع قاعدة إسناد يمكن مقارنتها بقواعد التنازع التي تضعها السلطات في الدولة، وهو ما يترتب عليه وجود الأفراد في مرتبة تساوي تلك التي تحتلها الدولة، ما يخوّلهم بالضرورة إمكانية التخلّص من سلطتها ورقابتها عن طريق فرضهم القانون الذي يختارونه. في حين يذهب بالفقيه Batiffol إلى القول بأن الأطراف لا يختارون القانون الواجب التطبيق مباشرة، وإنما يقتصر دورهم على تركيز العقد في بلد يختارونه بهدف تطبيق قانونه².

هذا ونجد بحسب تقديرنا أنّ قانون الإرادة يقوم على أساس مؤداه أنّ اختيار الأطراف لقانون العقد إنّما يتمّ استناداً إلى الموافقة الضمنية المسبقة لمختلف الدول المعنية، فقاعدة التنازع الوطنية عند إشارتها إلى تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، فهي بهذه الشاكلة تتضمن إقراراً ضمناً بإمكانية تطبيق أي قانون آخر غير القانون الوطني.

وبين هذا وذاك يمكن القول بأنّ قانون الإرادة وجد ضالته في عقود التجارة الدولية، باعتباره مبدأ يهدف لتحقيق الأمان القانوني من خلال تكريسه لبعض المزايا في هذا المجال نذكر منها:

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 23.

² مشار إليه في: محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 181.

01 - التوافق مع توقعات الأطراف:

إنّ لجوء أطراف العقد التجاري الدولي إلى الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق يهدف أساساً إلى تحقيق التوافق مع رغباتهم وتطلعاتهم، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد الرئيسي في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية وهذا عن طريق تطبيق القانون الذي أراد الأطراف الخضوع له، بحيث يترتب على ذلك افتراض علمهم بأحكامه وبالنتائج التي تترتب من جراء تطبيقه. وبالتالي فحسب هذه الميزة فإن تحقيق الأمان القانوني لا تتجسد آثاره إلا في ظل المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق.

02 - رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة:

بالإضافة لتوافقه مع توقعات الأطراف، يكتسي قانون الإرادة ميزة أخرى تتمثل في رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة وذلك عن طريق تحقيق أهداف العقد التجاري الدولي. ويمكن تعليل ذلك كأن يقع اختيار الأطراف على قانون أجنبي لكونه ينظم عقداً غير معروف في القانون الوطني لكلا المتعاقدين، أو لكونه على درجة من النضج الفني لحكم هذا النوع من العقود. فاختيار القانون في هذه الحالة يتميز عن النمط العادي لقاعدة الإسناد في أنه لا يمثل تركيزاً للعلاقة القانونية ولكنه يرتبط بتحقيق الأثر القانوني الموضوعي فيما يتعلّق بمصلحة الأطراف، وذلك عن طريق الترخيص لهم باختيار القانون الأكثر توافقاً مع مصالحهم. حيث أن قواعد الإسناد في تحديدها للقانون الواجب التطبيق إنما تراعي القانون الأقرب للعلاقة القانونية والأكثر اتصالاً بعناصرها المختلفة، دون الاعتداد بمضمون هذا القانون الذي يمكن أن يكون غير ملائم للنزاع المعروض¹.

03 - رعاية مصالح التجارة الدولية:

بالإضافة إلى ما سبقت الإشارة إليه في هذا السياق، يهدف قانون الإرادة إلى مساندة التجارة الدولية وتطويرها، ذلك أن قواعد التنازع التي تحكم العقود الدولية هي قواعد عامّة تنطبق على سائر العقود دون مراعاة للخصوصية. ومن ثمّ فإنّ منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم يترتب عليه استبعاد القوانين التي يؤدي تطبيقها إلى إعاقة حركة التجارة الدولية. فمثلاً نجد بعض القواعد الوطنية أثبتت

¹ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 65.

أحقيتها ومكانتها لحكم التجارة الداخلية، في حين أن تطبيقها على المستوى الدولي يُقرّ بمحدوديتها. كما أن بعض القوانين في بعض الدول لا تزال بدائية وهي لا تصلح إلا لتنظيم نسبة ضئيلة من العلاقات التجارية التي يمكن وصفها بالمتواضعة.

ثانيا - توجهات قانون الإرادة:

إنّ الخوض في مضمون قانون الإرادة ليس بالأمر الهين، على اعتبار أنّ المسألة تحمل في طياتها العديد من التوجهات، فإرادة الأطراف وإن هدفت في الأساس إلى تبسيط الحلول في مجال التنازع في القوانين، إلا أنّ تكريس اختيار أنسبها وفق هذا المنظور يختلف باختلاف المعايير المعمول بها في تقدير حرية الاختيار؛ وهو ما يمكن أن نستشفه بالعودة إلى النظريات التي سبقت في هذا المجال.

01 - النزعة الذاتية أو الشخصية:

إنّ الوقوف على إرادة أطراف العقد التجاري الدولي تقتضي البحث حول الجهود المبذولة من طرف أنصار النظرية الشخصية أو الذاتية في مجال تكريس حرية الاختيار، بحكم مغالاتهم في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، واعتبار أن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة. فالعقد ملزم بذاته غير أنه لا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين.

أ - مضمون النزعة وتقدير فكرة العقد الطليق

إنّ كان هدف القانون في مجال عقود التجارة الدولية هو حماية المصالح العامة للجماعة عن طريق مواجهة النزاعات الفردية، فإنّ خلفية الفكر السائد لدى أنصار النظرية الذاتية¹ هو بخلاف ذلك، حيث تعد نقطة الانطلاق لديهم من فكرة مؤداها أن القانون هو خصم الحرية الفردية وعدوها اللدود؛ ودوره يقتصر فقط على حماية هذه الحرية.

ضف إلى ذلك أن مسألة اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي من بين القوانين المتنازعة تكشف في ذاتها وفق هذا الاتجاه عن حقيقة مؤداها تحلي كلا القانونين المتنازعين عن حكم العقد، وبالتالي

¹ على غرار الفقيه Laurent:

RANOUIL Véronique, L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept, presse universitaire de france, 1980, p 29 et s.

يفلت هذا الأخير في نظرهم من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة. ومثال ذلك عقد مبرم بين فرنسي وإنجليزي بشأن تصدير بضاعة من فرنسا إلى إنجلترا هو عقد تجاري دولي قد يثير مشكلة تنازع القوانين، وبالتالي الاختيار بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي؛ غير أن العقد يفلت من كلاهما ليخضع للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف المتعاقدة. وليس هناك ما يمنع المتعاقدين في هذه الحالة من اختيار أحد القانونين سواء الفرنسي أو الإنجليزي ليحكم العقد الدولي¹.

وقد اتجهت الأحكام القضائية إلى تثبيت هذه النظرية، ففي قرار لمحكمة الاستئناف النيوزلندية لعام 1989 صرحت فيه بأنه: " من المعروف تماما، ومنذ ما يزيد على قرن من الزمن، أن هنالك اتجاه قويا في دول القانون العام (Common Law) نحو إطلاق مزيد من العنان لحرية الأطراف إلى حد يضاهاي غيرها من النظم القانونية، وخاصة في مجال التحكيم الدولي"². على أن يظل مفهومًا أن هذا الاختيار لم يتم بناءً على قاعدة من قواعد التنازع، وإنما إلى الاختيار المطلق لسلطان الإرادة، وهو ما يترتب عليه اندماج أحكام القانون الذي أقرته الإرادة في العقد المبرم.

وعليه فاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يتم عن طريق إدماجه في العقد كبند من بنوده. فالمسألة مسألة خيار، إن شاءت الإرادة فالعقد لا يخضع إلى أي قانون، وإن شاءت كان القانون المختار بندا كبقية البنود في العقد. فالقانون الذي عيّنته الإرادة ليست له بذاته قوة الإلزام إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة، فيندمج القانون المختار في العقد إما عن طريق إبراد نصوصه في صلب العقد أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون بدلا من سرد نصوصه. وبالتالي يمكن القول في هذه الحالة أن القانون ينصهر بالعقد³. ولقد أيدت محكمة النقض البلجيكية هذا الاتجاه في قرار لها صادر بتاريخ 24 فبراير 1938، والذي أقرت فيه أن رجوع المتعاقدين للقانون الأمريكي يجعل الفوائد المقررة بمقتضى هذا القانون في حكم الفوائد الاتفاقية، وهو ما يستفاد منه اندماج القانون المختار في العقد ونزول نصوصه منزلة الشروط التعاقدية⁴. هذا ويُفترض بداهة عند اندماج القانون المختار في العقد على هذا النحو أن تكون

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 108.

² تفاصيل أكثر بالعودة إلى: زياد محمد فالخ بشبابة، أحمد الحراكي، عماد قطان، المرجع السابق، ص 361.

³ سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 601.

⁴ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 110.

إرادة المتعاقدين صريحة، أو على الأقل يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع، وهو ما يعرف بالإرادة الضمنية. أما في حال لم تكن الإرادة في هذا الشأن واضحة فيصعب تصور الاندماج، إذ يفترض في هذه الحالة أن يتم إعمال القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي، أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر ارتباطا بالعلاقة العقدية على النحو الذي سوف يتم التطرق إليه بقدر من التفصيل في معرض هذه الدراسة.

وما يمكن استخلاصه من خلال تحليلنا للنظرية الشخصية، أنّ هذه الأخيرة تمنح أطراف العقد التجاري الدولي مطلق الحرية في تنفيذه، وهذا من خلال تفعيل أفضل السبل التي بإمكانها أن تحقق غايتهم بشكل مباشر وجدّي. وفي حال سلّمنا بأنّ الإرادة هي أساس المسائل التعاقدية، فهذا يعني أنّها تعلق عن أي مبدأ قانوني آخر؛ وهو الموقف الذي يتجسّد من خلال تفسير نص المادة 1103 (1134 سابقا) من القانون المدني الفرنسي، التي تقر بأنّ الإرادة هي قانون الأطراف¹؛ إذ حازت قدرًا من التأييد لدى القضاء الفرنسي القديم، بسبب انتشار فقه سلطان الإرادة المطلق.

وفي الواقع فإنّ الاتجاه القاضي بعدم إخضاع العقد الدولي إلى قانون معين في ظل النزعة الشخصية، هو اتجاه أغفل فكرة مؤداها أنّ الإرادة الحرة لا تستمد قوتها إلاّ من القانون. أو كما جاء في تعليق للفقير Brocher " أنّ مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقا، وهو لا يتحقق إلاّ في إطار القوة المشروعة للقوانين الملزمة التي تفرض على الإرادة قيودا، سواء من حيث إنشاء التصرف القانوني، أو من حيث الآثار المترتبة على هذا التصرف"².

ولا بأس من التنويه إلى أنّ الإرادة لا تتدخل إلاّ في الحدود التي تسمح بها القوانين الآمرة، ممّا يستوجب معه أن تنقيد الإرادة بظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تنظمها القوانين المختلفة. كما لا يمكن اعتبار الحرية فكرة مطلقة أو مبدأ مستقل، وأنه لا توجد في إطار التصرف القانوني نظرية للقوانين الآمرة وأخرى للإرادة الحرة، بل توجد نظرية واحدة تتمثل في تنظيم الإرادة في حدود القانون. ضف إلى

¹ Art 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

Art 1134 : « Les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

² منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ، د.س.ن، ص 49.

ذلك حتى وإن ثبت أنّ الإرادة وحدها لا تكفل الإمام بوقائع العقد وجوانبه وتوقعات الأطراف، فإنّ العقد لا يمكن أن يستقيم على فراغ قانوني، وهو ما يجعل تصنيف فكرة العقد دون قانون في خانة الخيال¹.

كما أنه في حال مُنحت الإرادة الأولوية في حل المنازعات الخاصة بالتصرفات القانونية، فهذا دليل على تجاهل فكرة القانون في موضوع قانوني بحت، ليجعل الإرادة وحدها هي محل البحث؛ في حين أنّ المحور الأساسي الذي يستوجب أن يكون محطاً للاهتمام هو علاقة الإرادة بالقانون، أي موضوع تنظيم الإرادة. كما أكد جانب من الفقه على غرار "Planiol" و "Riber" و "Azman" أنّ القاضي والقانون هما من يضعان الحل للمسألة القانونية وليست إرادة الخصوم، وأنه إذا تمّ الاعتداد بالإرادة في حد ذاتها وبطريقة مجردة، فإنها لا تعدو أن تكون سوى فكرة معنوية خالية من أيّة قيمة قانونية، في حين لا يهتم الفقه إلاّ بالمظهر القانوني للأمر².

هذا وكانت فكرة العقد دون قانون محلّ انتقاد، على أساس أنّها تعطي للأطراف سلطة مطلقة بغير حدود، وتعطي للمحكّمين والقضاء كذلك سلطة لا تقبل الرقابة. ولهذا فإنّ الدول تسعى دائماً إلى فرض الاحترام لبعض القواعد الآمرة التي يستحيل التحرر منها سواء بالنسبة للمحكّمين أو الأطراف في مجال العقود التجارية الدولية، ولعلّ أهم هذه القواعد تلك التي تخص النظام العام والأسس السامية لسياسة الاقتصاد الدولي، والتي لا تترك مجالاً حرّاً لإرادة الأطراف.

ولعلّ الأساس الذي جاءت به المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي المشار إليها يجانب الصواب، حيث أنّ الإرادة عند التعبير عنها في عقد أو تصرف معين، وإن كانت ملزمة إلاّ أنّها لا تتماثل مع القانون من حيث الإلزام. وإذا كان المشرع الفرنسي قد شبه الإرادة بالقانون ومائل بينهما، فهو تشبيه قاصر؛ والأمر لا يخلو عن كونه مجرد وسيلة للتعبير على نحو قاطع بأنّ الأطراف يلتزمون بموجب العقود التي

¹ وكانت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية قد استبعدت فكرة العقد دون قانون في إطار عقود الاستثمار في شأن النزاع القائم بين كل من شركتي نفط كاليفورنيا الآسيوية، وتكساكو وبين الحكومة الليبية.

كما تمّ استبعاد هذه الفكرة في نزاع Aramco الذي أكد بضرورة استناد العقد إلى قانون يحكمه، وأنّ الإرادة وحدها لا تقوى على إنشاء روابط ملزمة إلاّ إذا اعترف لها القانون بذلك.

لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000، ص 322.

² منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص 50.

أبرموها بجرية تامة؛ كما أنّ المادة المشار إليها لا تنص بصورة مطلقة على أنّ الإرادة هي قانون الأطراف، ولكنها تنص على أنّ الاتفاقات المبرمة قانوناً تعتبر قانون الأطراف، مما يدل على أنّ الاتفاقات لا يكون لها أثر ملزم بالنسبة لمن قاموا بإبرامها إلا إذا كانت مطابقة للقانون¹.

وبالتالي تم هجر فكرة العقد من دون قانون، تحت حتمية ضرورة ارتباط العقد الدولي وبالأخص المتضمن لمعاملات تجارية بقانون يحكمه، في ظل الإجماع على ضرورة احتضان القانون للعقد، بحكم أنّ جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وصحة التراضي لا يتأتى الفصل فيها إلا وفقاً لنصوص قانون وطني لإحدى الدول، علاوة على ذلك فإنّ الاشتراطات التي يدرجها الأطراف في عقودهم، لا تغني تماماً عن البحث في النصوص الآمرة، ولا تقوم مقامها.

ولكن إذا كان قانون الإرادة وفقاً لهذه النظرية هو الذي ينظم العقد ويمنحه قوة الإلزام وينظم جميع مسأله، فالتساؤل الذي يثار في هذا الصدد، ما هو القانون الذي يحكم اتفاق الخصوم على اختيار هذا القانون؟ إذ ليس من المنطق أن يبقى الأمر مطلقاً للإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العلاقات التعاقدية بين الأفراد، لأنّ القانون هو الأساس؛ ناهيك على أنّه المنوط بتحديد التصرفات المشروعة والغير المشروعة، كما يرسم الأسس والنظم التي تسيّر عليها كافة التصرفات. وبالتالي فتحديد القانون الواجب التطبيق وفق حرية الإرادة يكون ضمن الحدود التي يرسمها القانون.

ب - النتائج المترتبة عن النزعة الذاتية:

من بين النتائج التي قد يربّتها الأخذ بالنزعة الذاتية بصرف النظر عن فكرة العقد الطليق القائمة على إمكانية الأطراف دون الإلزام للإشارة إلى قانون يخضعون له علاقتهم؛ نجد أن النصوص القانونية التي انصرفت إليها الإرادة تبقى قائمة بذاتها دون أن تتأثر بأي تعديل لها في قانون دولتها، فالنصوص أدمجت بالعقد كبنود من بنوده، ممّا يوجب احترام الإرادة العقدية في حال تحقق عنصر المفاجأة نتيجة التعديل الذي قد يطرأ على النصوص؛ حيث يُعتدّ في هذه الحالة بالنصوص القانونية التي كانت نافذة لحظة الاختيار، وهذا عملاً بمبدأ الثبات التشريعي. بل أكثر من ذلك فالإرادة تملك الحق بتعديل القانون الذي أدمجته في عقدها.

¹ منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، ص 51.

فالتعديلات التشريعية التي قد تطرأ على القانون المختار في الفترة اللاحقة على إبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية، حتى ولو اتسمت هذه التعديلات بالصبغة الآمرة، ما لم يقضي المتعاقدان بخلاف ذلك. ويقوم هذا التوجه على فكرة منطقية مؤداها أن أطراف العقد الدولي قد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزءاً من العقد المبرم بينهم، وأن اختيارهم على هذا النحو قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكور السارية حال إبرام العقد، بحيث يصعب بغير نص صريح في العقد افتراض انصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشروع هذا القانون على أحكامه في فترة زمنية لاحقة. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه الفرضية في قرارها الصادر بتاريخ 15 ماي 1935، بموجب النزاع المتعلق بمدى حق البائع في فوائد المبالغ المستحقة له لدى المشتري عملاً بأحكام القانون الألماني الذي كان سارياً وقت إبرام العقد في عام 1914 بمنطقة الألزاس (Alsace) قبل انضمامها بعد ذلك إلى فرنسا. ودفع المشتري بسقوط حق البائع في المطالبة بالفوائد لأنه لم يوجه إليه الإعدار الذي تتطلبه أحكام القانون الفرنسي اللاحق، والذي صدر عام 1919. وكانت المحكمة قد رفضت هذا الدفع، مؤكدة أن القانون الذي يسري على العقد هو القانون الألماني الذي كان سائداً عند إبرام العقد، وهو لم يستلزم في نصوصه الإعدار كشرط لاستحقاق الفوائد¹. وبالتالي ثمنت المحكمة فكرة تجميد قانون الإرادة وثباته الزمني على حاله القائم وقت إبرام العقد دون الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة، على الأقل ما لم يقرّر المتعاقدان قبولهم المسبق للتعديلات التي عسى أن يدخلها مشروع القانون المختار على أحكامه القائمة عند التعاقد، وإن كان هذا الاحتمال مستبعد كونه قد يمس بتوقعاتهم، وبالتالي المساس بالأمان القانوني الذي يعتبر الغاية الأساسية من إعمال قانون الإرادة.

هذا ويترتب أيضاً على اندماج القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين في العقد و اعتبار نصوصه في حكم الشروط التعاقدية نتيجة لا تقل أهمية عن سابقتها تتمثل في معاملة القانون المختار على هذا النحو أمام القضاء الوطني معاملة الوقائع، سواء من حيث إثباته أو رقابة محكمة النقض على تفسيره، وهو ما يثير ما يعرف بمسألة "عبء إثبات القانون الأجنبي المختار"².

¹ تفاصيل أكثر حول حثبات القضية بالعودة إلى: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 121.

² تفاصيل أكثر بالعودة إلى الصفحة 39 وما بعدها من معرض هذه الدراسة.

وتماشيا مع هذه الأفكار يمكن الإشارة أيضا أنّ أنصار النظرية الذاتية لا يجدون ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لتنظيم جوانبه المختلفة، كأن يتم وفق هذا الوجه تنظيم جانب من العقد وفقا للقانون الجزائري، في حين يتم تنظيم باقي المسائل وفقا للقانون الفرنسي على سبيل المثال. ومادام أن هذه النظرية قد أطلقت العنان للمتعاقدين في اختيار أحكام القانون أو القوانين التي تحكم العقد، فهي بالتالي تستقصي فرضية وجود أي رابط أو صلة بين القوانين التي وقع عليها اختيارهم وبين العقد المبرم فيما بينهم¹. وبالتالي فإنّ للأطراف فسحة في اختيار أيّ قانون محايد وإن كان لا يمدّ بأية صلة للعقد، وهو ما يعد أحد أهم النقاط التي تميّز النزعة الشخصية عن نظيرتها الموضوعية.

02 - النزعة الموضوعية لقانون الإرادة:

يناهض الغالب من الفقه ما خلصت إليه النظرية الشخصية من حلول، إذ لا يمكن التسليم بإطلاق حرية الإرادة في مجال العقود الدولية. فإذا كانت الإرادة تملك حرية اختيار قانون العقد، فإنّ هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما هي مقيّدة بنصوص القانون الآمرة التي ترتبط بالعقد ارتباطا فعليا وتهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة. ويؤكد ذلك أنّ العقد يرتبط بوسط اجتماعي تتركز فيه عناصره وتترتب فيه آثاره أو معظم هذه الآثار، الأمر الذي ينجم عنه حتما خضوع العقد للقانون السائد في هذا الوسط الاجتماعي².

أ - مضمون النزعة الموضوعية:

بخلاف سابقتها، يرى أنصار النزعة الموضوعية³ بأن العقد لا يسمو على القانون بل يخضع لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة، كما يحتفظ القانون الواجب التطبيق الذي حددته الإرادة بصفاته الآمرة والناهية والملزمة. ولا تنكر النظرية الموضوعية حق الأطراف في اختيار قانون العقد بل تخشى عدم إمكانية إيجاد قواعد قانونية تنظم هذا العقد مما قد يؤدي لعدم إخضاعه لقانون محدد⁴.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، 114.

² محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2013، ص 59.

³ على غرار الأستاذ Vincent Heuze؛ مشار إليه في: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 280.

⁴ محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 95.

فالنظرية الموضوعية ترفض فكرة الاستقلال الشخصي من قبل أطراف العقد التجاري الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فهي تفسر تعبير الإرادة أو الاستقلال الإرادي بأنه يشتمل على إقرار بأن الأطراف أحرار ضمن النطاق المحدد بالقانون للدخول في اتفاقيات وفقا للشروط التي يرونها مناسبة، لكن هذه الشروط لا تُعدّ بحدّ ذاتها تشريعا، وتكون ملزمة في الحدود التي يمتد إليها القانون المنصوص في الدولة التي لها صلاحية على ذلك العقد داخل نطاق اختصاصها. وبالتالي فإن النظرية الموضوعية ترجع اختيار القانون إلى قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي.

وقد حاول جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي Batiffol الربط بين مبدئين متنافيين في مجال إسناد العقود الدولية، وهما مبدأ الاختيار الإرادي لقانون العقد ومبدأ الصلة الأقوى بالرابطة العقدية. حيث أكد أنّ دور الإرادة يقتصر على إسناد العقد الدولي للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة؛ وبالتالي فإنّ إرادة المتعاقدين بوصفها هذا لا تقوى على تعيين القانون المختص بحكم العقد الدولي وإنما هي فقط تقوم بتعزيز العقد في مكان معين في ضوء موضوع الرابطة العقدية ومعطيات التعاقد وملابساته. وفي حال تم تركيز الرابطة العقدية على هذا النحو فإنّ قانون المكان الذي اختاره المتعاقدون مقرا لهذه الرابطة هو الذي يسري على العقد. وعليه فإنّ القاضي يطبق على الرابطة العقدية قانون المكان الذي يعدّ مقرا لها، والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في هذه الرابطة.

ب - آثار النزعة وتقدير نظرية الازدواجية:

يترتب على الأخذ بالنزعة الموضوعية وفقا لتقدير الأستاذ Batiffol نتيجة منطقية وغاية في الأهمية تتمثل في تأكيد حق القاضي في تصحيح اختيار المتعاقدين لقانون العقد، سواء كان التعيين صريحا أو ضمنيا، وذلك في حال تبين من الظروف أنّ القانون المختار لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية، أو على الأرجح لا يرتبط بهذه العلاقة بصلة معقولة¹؛ كما يرفض الأستاذ مسألة تركيز العقد تركيزا مسبقا، كالفعل بأنّ مركز الثقل في العلاقة العقدية يتمثل في محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه كما ذهبت إلى ذلك بعض التشريعات والأحكام القضائية.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 407.

هذا وحاول جانب من الفقه التوفيق بين كل من النزعة الشخصية التي كرس حرية الأطراف في تحديد قانون العقد التجاري الدولي، وبين نظيرتها الموضوعية القائمة على إخضاع العلاقة لقانون الدولة التي تتركز فيها من خلال تبني معيار الازدواجية. فمتى ثبت الاختيار الصريح لأطراف العقد التجاري في تحديد القانون الواجب التطبيق، يتوجب على القاضي احترام هذا التحديد، وعدم تجاهله تحت غطاء تركيز العلاقة في مكان معين¹. وبالمقابل فإنه في حال تخلف إرادة الأطراف الصريحة عن تحديد قانون العقد، يتم قبول فكرة تركيز العقد وهذا دون أن يولي القاضي أي أهمية واعتبار لإرادة الأطراف الضمنية. فالغاية الجوهرية من هذا التوجه هي انتفاء الاختيار الصريح؛ وبهذا الشكل يمثل التركيز حالاً احتياطياً².

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2014، ص 35.
² ونجد أنّ فكرة الازدواجية هذه نصت عليها بعض التشريعات صراحة، كالتشريع البولندي، والبرتغالي، والتركي. كما تضمنتها العديد من الاتفاقيات على غرار اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة ببيع المنقولات المادية، واتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى من خلال المادة 24 فقرة 01.

- بنود اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية متاحة عبر الموقع:
<http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/doc.html>
 - بنود اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى متاحة عبر الموقع:
<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

مشار إليه في: ليندا جابر، المرجع نفسه، ص 36.

الفصل الثاني

نحو ترسيخ أحقية مبدأ قانون الإرادة في فض مسألة التنازع

بالعودة للإطار التاريخي لقاعدة التنازع، نجد أنّ توسع دائرة العلاقات التجارية التي طالت المدن والوحدات السياسية، أسهم بطريقة أو بأخرى في تأصيل دور الإرادة بشكل مُلفت، يجعل المتصفح في المجال يتحسّس ذلك التلاحم الذي يجمع الروابط العقدية وتطلعات الأطراف.

ونزولا عند المقتضيات العملية المتولدة عن العلاقات التجارية الدولية، بات الاعتماد على مبدأ قانون الإرادة أكثر من ضرورة، لإرساء معالم الأمن القانوني في المجال التعاقدية، سواء التقليدي أو ذلك الذي يتحقق من خلال الدعائم الإلكترونية.

المبحث الأول: أحقية قانون الإرادة في حكم الروابط التجارية الدولية

بخلاف الروابط الوطنية، تطرح منهجية حل التنازع بين القوانين في العقود التجارية الدولية وسائل مستحدثة وآليات غير مألوفة، الأمر الذي يجعل البحث عن آفاق قانون الإرادة كحلقة من حلقات منهج قاعدة التنازع يُثير فضول الباحثين، سيما أنّ المسألة تتعدى تلك المفاهيم التي سبقت في شأن النزعة الذاتية والنزعة الموضوعية؛ وهو ما يحفزنا لبحث مجمل النقاط القانونية التي تعترى قانون الإرادة من إيجابيات وسلبيات بغية إعطاء صورة واضحة عن آفاق المبدأ في مجال التجارة الدولية.

المطلب الأول: التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

تضافرت الجهود الوطنية والدولية في سبيل ترسيخ أحقية مبدأ قانون الإرادة في فض مسألة التنازع في القوانين لعقود التجارة الدولية، غير أنّ مضمونه قد يكون بمثابة فتيل لتضارب الآراء ووجهات النظر بخصوص إعماله وتجسيده. فإن كان الظاهر في العلاقة التعاقدية من خلال تكريس قانون الإرادة يوحى بالبساطة والسلاسة فإنّ الواقع قد يكون بخلاف ذلك، إذ بالإمكان أن تأخذ المسألة أبعادا مختلفة قد يكون مردها في الغالب من الفرضيات لتلك التوجهات السياسية والقانونية القائمة في مختلف النظم القانونية.

الفرع الأول: الاعتراف بالمبدأ في القوانين الوطنية والاتفاقية والتطبيقات القضائية

لقد أضحى مبدأ قانون الإرادة، وما ينجر عنه من حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي من أهم المبادئ الثابتة في القانون المقارن¹، حيث تعترف به جلّ الأنظمة الوطنية، والاتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى الأنظمة القضائية سواء كانت داخلية أو خارجية.

أولاً - الاعتراف بالمبدأ في القوانين الوطنية:

ما يمكن ملاحظته في مجال تنازع القوانين، أنّ التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ قانون الإرادة، وإن اختلفت الصياغات القانونية إلا أنّ الهدف منه واحد ووحيد وهو إطلاق العنان للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم²؛ وهو ما كرّسه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني التي نصت في فقرتها الأولى على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ". وهو نفس النهج الذي أخذ به المشرع المصري في نص المادة 19 من القانون المدني التي جاء فيها: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحد موطننا، فإن اختلفا موطننا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ". كما نجد أنّ القانون الدولي الخاص الفنزويلي المعتمد بتاريخ 06 أوت 1998 ينص في المادة 29 على أنّ: " الالتزامات التعاقدية تكون محددة بالقانون الذي يحدده الأطراف ". ومن بين تطبيقات المبدأ نجد أيضا المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1998 التي نصت على أن: " العقد يحكمه القانون الذي سماه الأطراف ". ونص الفقرة (أ) من المادة 36 من القانون الأردني رقم 2001/31 الصادر في 14 جوان 2001 المتعلق بالتحكيم التي جاء فيها: " تطبق محكمة

¹ MAYER Pierre, HEUZE Vincent, droit international privé, Montchrestien, 08^{ème} éd, Paris, 2004, p 511.

² في هذا الصدد أشار الأستاذ Goldstein إلى الغموض الذي يشوب النصوص القانونية التي تُقرّ بجرية الأفراد في تحديد قانون العقد، لا سيما مسألة الاعتداد بقواعد قانونية لا تنتمي لدولة معينة، حيث أوضح قائلا:

« Il aurait été possible d'éviter cette ambiguïté par une formule identifiant expressément que la loi choisie doit être étatique ».

أنظر في ذلك :

CHAKROUN Majdi, La cession de créances en droit international privé québécois, Revue internationale de droit comparé. Vol. 60 N°3, 2008, p 672.

التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفقاتهم ". هذا واعترفت المادة 3111 فقرة 01 من التقنين المدني الكندي لإقليم الكيبك الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1994/01/01 بحق الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم حتى في حالة انتفاء عنصر الصفة الأجنبية؛ حيث جاء في نص المادة : " التصرف القانوني الذي ينطوي أو لا ينطوي على عنصر أجنبي يكون محكوماً بالقانون المحدد بوضوح في العقد، أو الذي يمكن تحديده بشكل مؤكد من أحكام العقد " ¹. في حين أن الأنظمة الأوروبية وجدت ضالتها من خلال اتفاقية روما الأولى " Rome 1 " ² على غرار القانون الدولي الخاص السويسري في مادته 116، والقانون الروسي (المادة 1210 فقرة 01 من القانون المدني)، في حين سايرت الولايات المتحدة نفس الإيقاع ³.

ثانياً- الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية:

إن ارتباط مبدأ قانون الإرادة بالتجارة الدولية جعله محل اهتمام العديد من الاتفاقيات الدولية ، ولعل من أهم الجهود الدولية في هذا المجال نجد اتفاقية لاهاي الموقعة بتاريخ 15 جوان 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 سبتمبر 1964، والتي نصت في الفقرة الأولى من المادة 02 على أنه : " يسري على البيع القانون الداخلي الذي تحدده إرادة الأطراف "؛ كما نصت اتفاقية لاهاي الموقعة بتاريخ 14 مارس 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة في الفقرة الأولى من المادة 05 على أنه : " يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف ". في حين أن المادة 07 من اتفاقية لاهاي لسنة 1976 التي عاجلت القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع قضت بأن البيع يحكمه القانون المختار بواسطة الأطراف. كما نصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي

¹ تصح مختلف هذه النصوص القانونية بالعودة إلى: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 264.

² Article 03, paragraphe 1 – Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17/06/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles: Le contrat et régi par la loi choisie par les parties.

³ L'article 1-301 de l'Uniform Commercial Code adopté par la quasi-totalité des états fédérés auxquels revient la compétence en cette matière énonce que : When a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.

أنظر في ذلك :

KOHLER Christian, Académie de droit international de la HAYE, une collection de cours de droit en livre de poche, 2013, p 25.

الموقعة بتاريخ 21 أبريل 1961 والتي دخلت حيز التنفيذ في 07 جوان 1964 على ذات المبدأ حيث جاء نص الفقرة الأولى من المادة 07 كما يلي: " الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع ". وهوما انتهت إليه أيضا الفقرة الأولى من المادة 24 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى التي أكدت بموجبها أن المحكمة تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي تبناه الأطراف. أما في مجال التحكيم فنجد أن المادة 28 فقرة 01 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي بتاريخ 21 جوان 1985 أشارت إلى أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقا للقانون المختار بواسطة الأطراف¹. هذا وسلكت اتفاقية مكسيكو الصادرة بتاريخ 17 مارس 1994 في شأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية نفس نهج سابقها حين نصّت في المادة 07 على أن: " يحكم العقد القانون المختار بواسطة الأطراف"².

ثالثا- الاعتراف بالمبدأ في التطبيقات القضائية:

إذا كان مبدأ قانون الإرادة أو حرية الإرادة محل اهتمام كل من القوانين الوطنية والقوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية، فالأمر ليس بخلاف ذلك بالنسبة للأحكام القضائية التي أخذ منها المبدأ نصيبا لا بأس به، بل ويعتبر سابق للعديد من الاتفاقيات الدولية، بحكم أن محكمة النقض الفرنسية تعد بمثابة أولى المحاكم التي أرست مبدأ قانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية. ولعلّ خير دليل على ذلك قرارها الشهير والقديم الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1910 في قضية *American Trading Company*، والذي اعترفت فيه للأطراف بالحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. حيث قضت بأن: " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بالنسبة لشروطها، هو القانون الذي يتبناه الأطراف"³. كما أيدت محكمة النقض في بلجيكا العمل بقانون الإرادة في العديد من قراراتها، وعبرت عن هذا المبدأ في قرار لها بتاريخ 27 نوفمبر 1974، حيث قضت فيه صراحة بأن: " القانون الواجب التطبيق على العقد يتحدد في القانون الدولي الخاص البلجيكي بقاعدة قانون الإرادة،

¹ بنود القانون متاحة عبر الرابط:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf>

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 266.

³ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 76.

وتطبيقا لهذه القاعدة فإنّ أطراف العقد يكون لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم ". هذا وقد حاكت محكمة النقض المصرية ما استقر عليه القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة في قرارها الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 1989 والذي قضت فيه برفض تطبيق نص المادة 212 من القانون البحري السوري التي تقضي ببطان شروط الاعفاء من المسؤولية، حيث استندت في ذلك إلى عدم اتفاق الطرفين على تطبيق أحكامه؛ ضف إلى ذلك أنّ الطاعنة لم تتمسك بهذا القانون بوصفه القانون المتفق على إعماله، ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد الواجب التطبيق عملا بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 19 من التقنين المدني المصري. وقد أوضحت المحكمة أن تطبيق نص المادة 19 يقتضي الوقوف في مرحلة أولى على القانون الواجب التطبيق الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين سواء الصريحة أو الضمنية، وفي حالة عدم إفصاحهم عن هذه الإرادة وجب في هذا الشأن تطبيق قانون الموطن المشترك، وإلاّ فقانون الدولة التي تمّ فيها العقد¹.

الفرع الثاني: مضمون مبدأ قانون الإرادة

بالخوض في مضمون القانون الإرادي، نجد أن التعبير عن الإرادة في مجال العقود التجارية الدولية يأخذ شكلين اثنين؛ فإما أن يكون تعبيرا صريحا، أو يكون تعبيرا ضمنيا، وهو ما يعرف في أوساط القانون بالإرادة الصريحة والإرادة الضمنية.

أولا- الإرادة الصريحة وانعكاساتها القانونية:

إن الإرادة الصريحة هي تلك الإرادة التي نجد لها أثر واضح في متن العقد، فيتم التوصل إليها بدون مشقة ودون عناء؛ مفادها أن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد، كقولهما أن القانون الذي يسري على العقد المبرم بينهما هو القانون الجزائري مثلا أو قانون دولة أخرى معيّنة؛ فأساس الإرادة الصريحة هو الإعلان أو ما يعرف باللغة الفرنسية بـ " La déclaration de volonté ". ويتربّب على ذلك أن القاضي الذي يُعرض عليه النزاع لا يستند في تحديده للقانون إلى سلطته التقديرية، ولكن يقتصر دوره في تطبيق القانون المعين من طرف الأطراف. وإن كان التعبير الصريح عن الإرادة لا يثير

¹ تفاصيل أكثر حول هذه الأحكام بالعودة إلى: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 267.

إشكالا في العقود التجارية الدولية، فالمسألة بخلاف ذلك حين نكون بصدد العقود التجارية الدولية الإلكترونية، بحكم أنها تتم في فضاء افتراضي يصعب معه التحقق من الإرادة الصريحة للمتعاقدان في تحديد القانون الذي يحكم العقد في حال شب أي نزاع بينهما.

في هذا الصدد يمكن الإشارة أن التعبير الصريح عن الإرادة قد تناوله المشرع الجزائري في المادة 60 من القانون المدني التي جاءت على النحو التالي: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه "؛ وهو ما يؤدي إلى فهم الإرادة مباشرة وبدون استنتاج.

وعموما يمكن حصر العوائق المتعلقة بالتعبير الصريح لقانون العقد في مجال المعاملات الإلكترونية في بعض النقاط الأساسية لعل أولها تتمثل في صعوبة التحقق من وجود الإرادة أصلا. وإن استبعدت هذه الفرضية في الحالة التي يكون فيها التعبير عن الإرادة عبر شاشات الحاسوب الآلية، إلا أن الحال بخلاف ذلك بالنسبة للعملية التي يتم فيها التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر، أي عن طريق وسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا؛ خاصة عندما يباشر الحاسوب بث رسائل مشوبة بالأخطاء وبشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لصاحبه؛ فالشبكة العنكبوتية معرضة للاختراق من جانب الغير في أي لحظة من اللحظات.

أما العائق الثاني فيتمثل في تحديد هوية الأطراف المتعاقدة أصلا؛ فإن كان مستعملو الهاتف أو الفاكس يعرفون مسبقا الدولة التي يتصلون بها وبالتالي مكان وهوية الطرف المتعاقد وذلك من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، فالمسألة بخلاف ذلك بالنسبة للمتعاملين عبر الأنترنت، إذ يفتقرون لمثل هذا التحديد، بحكم أن العنوان الإلكتروني الذي يتم التعاقد من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر؛ فالتجار ومن باب الحيلة لا يُسمح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم لغرض التحقق من هويتهم، وهذا ما جاء به التوجيه الأوربي رقم 46/95 الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود¹.

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 354.

وأمام هذه العقبات، يبقى العمل على بحث مشروع الثقة في مجال الاقتصاد الرقمي عن طريق وضع إطار قانوني يعنى بحفظ الثقة بالتزامن مع تطور المعاملات التجارية الإلكترونية أكثر من ضرورة¹.

وبدوره المشرع الجزائري عمد إلى مسايرة النكسة الدولية في هذا المجال، من خلال محاولته منح بعض الضمانات للمتعاملين في حقل التجارة الدولية، وهذا بإصدار القانون 04/15 المؤرخ في 01 فبراير 2015 والذي يحدّد بموجبه القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين؛ حيث نصت المادة 42 منه على وجوب حرص مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني الممنوحة؛ كما أكد من خلال المادة 43 على عدم إمكانية استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى².

ثانيا - الإرادة الضمنية وانعكاساتها القانونية:

إن المنطق يقضي بأن يكون الاختيار صريحا أو من الممكن الوقوف عليه بطريقة مؤكدة، وهو ما يطلق عليه بالإرادة الضمنية. هذه الأخيرة هي بمثابة إرادة حقيقية إلا أنها غير معلنة، إذ يمكن استخلاصها والتوصل إليها عن طريق جملة من القرائن والمؤشرات التي تؤكد³، ويتم إسنادها إلى أطراف العقد الدولي. فتختلف الإرادة الصريحة لا يدل على تخلف الإرادة برمتها، كون أنّ الإرادة قد تكون موجودة غير أنها ليست معلنة.

وبالاستناد إلى مختلف النظم القانونية التي أخذت بالإرادة الضمنية، يمكن القول بأنّ التوصل إلى استنباطها يعتمد أساسا على جملة من المؤشرات التي يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي باعتباره يمثل إرادة الطرفين ورغبتهما في الخضوع لقانون معلوم سلفا، و يحقق لهما قدرا كافيا من الحماية. غير أنّ هذه المؤشرات تختلف من عقد لآخر، حيث نجد منها ما يُعتدّ به على أساس أنه مؤشّر قويّ أو مقبول في مجال عقود التجارة الدولية، في صورة العقود النموذجية الخاصة بتنظيم نوع معيّن من التجارة، أو الإشارة لنصوص قانون معيّن في العقد تكون بمثابة مؤشّر على قصد الأطراف الخضوع لهذا

¹ DELEBECQUE Philippe, GERMAIN Michel, Traité de droit commercial, 17^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2004, p 490.

² القانون 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015، المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج . ر العدد 06 الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.

³ ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، صفحة 62.

القانون؛ أيضا في حالة تحديد الأطراف المحكمة المختصة للنظر في المنازعات الناشئة عن العقد، يمثل بدوره قرينة عن اختيار القانون الواجب التطبيق، والذي يعتبر في هذه الحالة قانون مكان تواجد المحكمة. ضف إلى ذلك في حالة وجود اتفاق تبادل إلكتروني بالنسبة لتلك المعاملات التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية بحيث يكون هذا الاتفاق سابق على إبرام العقد، قد يكون كفيلا بالكشف عن نية الأطراف. هذا ويعتبر مكان التنفيذ مؤشرا في غاية الأهمية، يمكن من خلاله التوصل إلى الإرادة الضمنية للأطراف، وإن كان تطبيقه يبقى محصورا بطبيعة محل العقد خاصة في المجال التعاقدى الإلكتروني¹. هذا وتوجد مؤشرات أخرى قد نراها على أنها بدجة أقل من الأهمية عن سابقتها، كونها لا تصلح بمفردها لتحديد الإرادة الضمنية، وهي تنحصر أساسا في اتحاد جنسية الخصوم، و عملة العقد، بالإضافة إلى لغة العقد. وعموما تعتبر هذه المؤشرات هي نفسها التي جاءت بها المذكرة الإيضاحية - تقرير فريق العمل - لاتفاقية روما لسنة 1980، والتي أشارت إلى بعض الأمثلة عن الأوضاع التي يمكن أن نستخلص منها الاختيار الحقيقي للقانون، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر².

ولغرض تبيين الأخذ بالإرادة الضمنية نجد أن بعض الاتفاقيات الدولية قد أشارت إلى إمكانية الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي مع اختلاف في متطلبات هذا الاختيار. فنجد أن اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1955 قد أخذت بالإرادة الضمنية وإن كانت قد ضيقت من مفهومها، وهذا عندما أشارت في نص المادة 02 منها أن: "الاختيار يجب أن يُستخلص بما لا يدع مجالا للشك من نصوص العقد". وبالتالي فتقصي الإرادة الضمنية بهذا المفهوم يجب أن يكون من نصوص العقد وليس من الظروف المحيطة به؛ فالأخذ بعنصر واحد مثل اختيار المحكمة المختصة قد لا يكون كافيا لتحديد الإرادة الضمنية. ولهذا نجد أن اتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع قد وسّعت من نطاق تقصي الإرادة الضمنية، حيث نصت في الفقرة الأولى من المادة 07 بأنه يمكن استخلاص الإرادة الضمنية مما يظهر بوضوح من نصوص العقد وسلوك أطرافه، وذلك بالنظر إليهما معا؛ وكلمة " بوضوح " في هذه الحالة

¹ ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 65.

² عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، سنة 2012، ص 138.

تقتضي درجة عالية من التمعن ومن التمحيص والدقة. أما اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فنصت في الفقرة الأولى من المادة 03 على أن العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف، وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً، أو يستخلص من نصوص العقد أو ظروف القضية¹.

والملاحظ حول هذه الاتفاقيات الدولية أنه بالرغم من اختلاف المعايير الواجب احترامها عند استخلاص الإرادة الضمنية، إلا أنه يوجد قاسم مشترك فيما بينهم وهو يتمثل في قدرة المحكمة على تقصي النية الحقيقية، لا النية المفترضة. والمثير للانتباه هو أن نصوص المواد السالفة الذكر وبالرغم من اعترافها بالإرادة الضمنية، إلا أنها أغفلت مسألة غاية في الأهمية، بحكم أنها لم تبين الوقت الذي يعتد به في أخذ الظروف بعين الاعتبار. ولعلّ الحلول التي ترسخت في شأنها تمحورت في اتجاهين كان لكلٍ منها وجهة نظر قانونية: اتجاه أول أخذت به المحاكم الإنجليزية، أقرت من خلاله أن الوقت الذي يعتد به من أجل أخذ الظروف بعين الاعتبار لتقصي الإرادة الضمنية هو وقت انعقاد العقد، أي الظروف الملازمة للعقد وقت انعقاده، بحيث لا تؤخذ بعين الاعتبار الظروف التي تلي إبرام العقد. أما الاتجاه الثاني والذي نجد له صورة في الولايات المتحدة الأمريكية هو أكثر تحمراً، بحيث يسمح للظروف اللاحقة لانعقاد العقد بالمساهمة في استخلاص النية الحقيقية للأطراف².

أما عن الأخذ بالإرادة الضمنية في التشريعات الوطنية، فيمكن الإشارة في سياق أول إلى موقف المشرع الجزائري من المسألة على اعتبار أنّ الأخذ بها هو محل اختلاف فقهي في ظلّ القانون الجزائري³. حيث نجد أن اتجاه أول يقر بضرورة الأخذ بالإرادة الضمنية في عقود التجارة الدولية؛ ويبرّر موقفهم هذا

¹ في هذا السياق يشير الأستاذ Y.Loussouarn :

« en autorisant le juge à fonder ce choix soit sur une manifestation expresse de volonté soit sur de simples circonstances propres à l'espèce - même si ce choix se trouve assorti d'une condition de certitude - la Convention de Rome de 1980 accroît l'insécurité juridique en ce domaine ».

LOUSSOUARN Yvon, Droit international privé, 9^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2007, p 461-462.

² عوني محمد الفخري، المرجع السابق، ص 136 .

³ وهذا بخلاف التشريع المصري، حيث أن المادة 19 فقرة 01 من القانون المدني المصري نصت على خضوع الالتزام التعاقدى للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، وفي حالة تحلّف الاتفاق يسري القانون الذي يتبين من الظروف أنّه هو الذي يراد تطبيقه.

بالاستناد إلى نص المادة 60 من القانون المدني¹، والتي نصت على الأخذ بالإرادة الضمنية في إطار النظرية العامة للعقد. في حين أنّ الاتجاه الثاني لا يعتدّ إلاّ بالإرادة الصريحة دون الضمنية وحجته في ذلك أنّ نص المادة 60 السالفة الذكر يقتصر على العقود الوطنية فقط دون تلك التي تكتسي الصبغة الدولية. أمّا الاتجاه الثالث كان موقفه محلّ انتقاد بحكم أنه ترك مهمة الأخذ بالإرادة الضمنية من عدمه لسلطة القاضي الذي قد لا يعتدّ بها بالرغم من وجودها².

وفي قراءة لبعض التشريعات المقارنة بخصوص موقفها من مسألة الأخذ من عدمه بالإرادة الضمنية، نجد أنّ الفريق المقرّر بها اشترط أن تكون مؤكدة، يسهل تفصيلها من عبارات العقد، أو من ظروفه، حيث أشارت المادة 116 فقرة 02 من القانون السويسري الجديد لسنة 1987 أن يكون الاختيار صريحا أو متولّدا بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف المنازعة؛ وهو عين الحلّ الذي أخذ به القانون الألماني الجديد لسنة 1986 في مادته 26 فقرة أولى، والقانون التشيكي لسنة 1963 في المادة 09 منه، وقانون الكيبك الصادر في 18 ديسمبر 1991 في مادته 3111³.

في حين أنّ تشريعات أخرى عرفت عن التعويل على مسألة الاختيار الضمني تماما تقديرا منها لحجم الصعوبات والمخاطر التي قد تحيط بها، والتي قد تأخذ بيد القاضي لحلول لم تعوّل عليها أبدا إرادة الأطراف، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع البولندي (م 25 ق.م)، والبرتغالي (م 41 ق.م)، والتركي (م 24 ق.م)، والإسباني من خلال نص المادة 10 فقرة 05 من التقنين المدني⁴.

وبالعموم يمكن القول أنّه وقفا عند مقتضيات التجارة الدولية، ومسايرة لما أخذت به جلّ التشريعات عبر مختلف دول العالم، فإنّ الأخذ بالاتجاه الأول المقرّر للإرادة الضمنية وفق تقديرنا هو أقرب للمنطق وهذا تجنّبا لإهدار حقوق المتعاقدين.

¹ المادة 60 من الق.م.ج : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بأخذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ، و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " .

² خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2009، ص 48.

³ عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012، ص 43-44.

⁴ عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 45.

وبفرض حسم الجدل حول الأخذ من عدمه بالإرادة الضمنية لصالح الاتجاه المؤيد، فإنّ الأخذ بالإرادة الضمنية في حدّ ذاته ينطوي على جملة من المعيقات، منها ما يتعلّق بالأطراف، ومنها ما يتعلّق بالمؤشرات أو القرائن. فبتسليط الضوء على المعيقات المتعلقة بالأطراف نجد بأنّ فكرة الاستناد على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي كانت محلا لانتقادات عديدة؛ على اعتبار أنه في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد فلا يصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، ولعلّ مردّ ذلك يكمن في أنّ سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد قد يرجع إلى عدم انتباههم من الأساس إلى المشكلة. فالكثير من المعاملات التجارية الدولية يحكمها عنصر الثقة المتبادلة فيما بين الأطراف خاصة منهم الفئة التي سبق التعامل فيما بينهم أو ما يعرف في القانون بـ "المتعامل التقليدي" للدلالة على تكرر المعاملات¹، كما قد يرجع السكوت إلى كون العنصر الأجنبي لم يظهر في العقد إلا في تاريخ لاحق على الانعقاد، أو قد يعود إلى اختلاف المتعاقدين حول تحديد القانون أو تخوّفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى عدم إتمام العقد. وبالتالي يصعب مع هذه الفروض جميعا القول بوجود إرادة ضمنية للمتعاقدين يمكن على أساسها تحديد قانون العقد².

أمّا بخصوص المعيقات التي تطلّ المؤشرات، فإنّ مسألة الأخذ بالمؤشرات من أجل تقصي الإرادة الضمنية للمتعاقدين قصد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي قد تصطدم بالكثير من الإشكالات والتي تتمحور أساسا في مدى إمكانية الاعتداد بمؤشر واحد فقط في التحديد، أم لا بد من توافر أكثر من مؤشر؟ كما قد تثير المؤشرات في حد ذاتها جملة من الصعوبات خاصة في ظل المعاملات الإلكترونية.

وبغرض إزاحة اللبس عن هذه الفرضيات، لا بدّ أن نشير إلى أنّ بعض الجمعيات والهيئات المهنية الناشطة في مجال تجاري معين وإن كانت تقوم بإعداد عقود نموذجية يمكن لأطراف العقد الدولي الاعتماد عليها؛ إلا أنّ الأخذ بشكل نموذجي معروف عنه بأنه محكوم بنظام قانوني معيّن، وإن كان مؤشّر على اتجاه

¹ جاء في نص المادة 13 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 15-306 المؤرخ في 24 صفر 1437، الموافق 06 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكييفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، ح.ر العدد 66 لسنة 2015.

² "يعتبر متعاملين تقليديين المتعاملون الذين يمكنهم أن يثبتوا أنهم قاموا بانتظام بعمليات استيراد أو تصدير كميات معتبرة من منتج وبضاعة أو عدة منتجات وبضائع موضوع حصص خلال مدة سابقة تسمى المدة المرجعية تمتد على مدى السنوات الثلاث الأخيرة".

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 364.

الإرادة للأخذ بهذا القانون، إلا أنّ التّموذج كعنصر وحيد قد لا يكفي للدلالة على نيّة الأطراف، بل يشترط أن يقترن بمؤشّر آخر حتّى يعتدّ به. أيضا في حالة وجود معاملات تجارية سابقة بين الأطراف بموجب عقود متضمّنة اختيارا صريحا للقانون الذي يحكمها، فيعتبر في هذه الحالة بمثابة مؤشّر في غاية الأهمية، على اعتبار أن الاختيار الصّريح للقانون الواجب التطبيق صراحة في معاملات سابقة بين نفس الأطراف لدليل على اتجاه إرادتهم إلى تطبيق نفس القانون، غير أن هناك من يرى أنّ العقود بطابعها مستقلة، وخضوع عقد سابق لقانون معين لا يعني بالضرورة خضوع باقي العقود بين الطرفين لنفس القانون، بحكم أن ظروف التعاقد قد تتغيّر؛ إلا أنّ استمرارية المعاملات التجارية تقتضي استبعاد مثل هذه الفرضيات. والأمر ذاته ينطبق أيضا في حالة وجود صفقة ذات علاقة بنفس العقد المتنازع فيه وبين نفس الأطراف فيها اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق. أما الأخذ بمؤشّر مكان العقد قد يثير بعض الصعوبات، وهذا راجع لصعوبة تحديده تحديدا دقيقا بحكم الطبيعة اللامادية لشبكة الاتصال العالمية من جهة، وإلى تضارب الحلول التي تفر بتحديده من جهة أخرى؛ فالتجاه أوّل ينادي بضرورة الأخذ بنظام تحرير القبول من أجل تحديد مكان إبرام العقد، أي اللحظة التي يحرر فيها القابل للرسالة الإلكترونية. إلا أنّ هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد، كونه يعتدّ بالقابل متجاهلا بذلك الطرف الثاني أي الموجب الذي قد يصعب عليه إثبات أنّ القابل حرّر الرسالة ما لم يستلمها، وهو ما يعدّ احتمالا منطقيا وجدّ وارد. أمّا الاتجاه الثاني فيعتد بنظام إرسال القبول لتحديد مكان إبرام العقد، حيث يعتبر العقد قد تمّ حسب هذا الاتجاه في اللحظة التي تمّ فيها تصدير القبول. غير أنّه اتجاه لم يسلم هو الآخر من الانتقادات التي طالته وانصبّت في مجملها حول المخاطر التي يمكن أن تصيب الرسالة الموجهة إلكترونيا قبل وصولها للموجب؛ إلا أنّ هذه الفرضية هي الأخرى نادرة الحدوث وهي مقترنة أكثر بالعقود التقليدية. أما الاتجاه الثالث هو الذي يأخذ بنظام تسلّم القبول، ويقصد بذلك أنّ العقد يبرم في اللحظة التي يتسلّم فيها الموجب رسالة القبول حتّى لو لم يطلّع عليها، على اعتبار أنّها وصلت لصندوق بريده الإلكتروني الخاص. وهو ما اعتمدته اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في المادة 24 التي جاء فيها " يعتبر الايجاب أو الاعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند ابلاغه شفويا، أو تسليمه إليه شخصا بأيّ وسيلة أخرى، أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد اذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي ". هذا ويأخذ اتجاه رابع بنظام العلم بالقبول لتحديد مكان إبرام العقد،

وهي اللحظة التي يطالع فيها الموجب بريده الإلكتروني الذي يتضمن القبول. وإن كان هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقادات هو الآخر، لأنّ علم الموجب بالقبول يتمّ دون تدخّل ودون علم القابل، وبالتالي قد يتحجج الموجب بإنكاره، كما أنّه قد يعمل على تغيير وقت حدوثه بما يخدم مصلحته¹.

هذا عن مكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني، أمّا فيما يتعلّق بمؤشر مكان التنفيذ، ونظراً لمحدودية النصوص الوطنية والاتفاقيات الدولية لإعطاء حلول واضحة، فإن جانباً من الشراح ينادون أصحاب الشأن لإدراج مكان التنفيذ ضمن بنود العقد، مما يُسهّل عملية الوصول للقانون الواجب التطبيق. أمّا عن جنسية الطرفان وعملة العقد ولغته، والتي سبقت الإشارة إليها على أنّها مؤشرات ضعيفة نسبياً، وهذا راجع لكون مؤشر اتحاد الجنسية هو نادر الحدوث بحكم اتساع رقعة المبادلات التجارية التي تتسم بالعالمية؛ كما أن عملة العقد قد تفقد أهميتها كمؤشر بحكم أنّ عملية الدفع غالباً ما تتم إلكترونياً عن طريق بطاقات الدفع. ضف إلى ذلك أنّ الاعتداد بلغة العقد هو الآخر لا يكفي لوحده لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي على اعتبار أنّ غالبية العقود تتم باللغة الانجليزية؛ إلا أنّ هذا لا يعني إقصاء كلي هذه المؤشرات، خاصّة وأنّه في الحالات التي ينصّ فيها الأفراد صراحة في العقد على الدفع بعملة معيّنة أو محددة، أو يعمدون إلى تحرير عقدهم بأيّ لغة كانت عدى اللغة الانجليزية، فإن ذلك كفيل بتغيير مركز ثقل هذه المؤشرات والتي تتحوّل بدورها لعنصر جدّ فعّال في تحديد القانون الواجب التطبيق².

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن قانون الإرادة

من بين الآثار التي يرتبها الأخذ بسلطان الإرادة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي نجد ما يلي:

أولاً- إمكانية إعمال أكثر من قانون:

إذا سلّمت غالبية التشريعات بجرية إرادة أطراف العقد التجاري الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فالتساؤل يبقى قائم حول إمكانية إعمال أكثر من قانون واحد لحكم العقد.

¹ تفاصيل أكثر حول هذه الفرضيات بالعودة إلى: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 411 وما بعدها.

² تفاصيل أكثر حول هذه المؤشرات وأهميتها بالعودة إلى:

خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2013، ص 160 وما بعدها.

فهناك من الفقهاء ما يعارض مبدأ تجزئة العقد الدولي، وينادي بضرورة إخضاع العقد برمته من حيث تكوينه ومن حيث آثاره الى قانون واحد، على اعتبار أنّ العقد يجسد وحدة قانونية، وأنّ مبدأ تطبيق أكثر من قانون قد يهزّ كيان هذه الوحدة؛ وهو ما أكد عليه الفقيه الفرنسي Batiffol الذي أوضح أن إخضاع العقد الدولي لأكثر من قانون واحد يزيد من مخاطر واحتمالات بطلانه. وهي الفرضية التي سار على نهجها القضاء في مختلف دول العالم¹.

ومع ذلك هناك من الفقه ما أقرّ بإمكانية تجزئة العقد التجاري الدولي وإخضاع كل جزء منه لقانون يختلف عن الآخر، وهذا انطلاقاً من كون الرابطة العقدية رابطة متعددة الجوانب، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إخضاع كل جانب منها لقانون معين². وسند هذا الرأي أن كل عنصر من عناصر العقد يرتبط من الوجهة الفعلية بقانون معين مما يجعل من الأفضل أن يطبق في شأنه القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره. وفقاً لذلك يمكن إخضاع تكوين العقد لمحل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون بلد التنفيذ، وفي حال تعدد محل التنفيذ يحق للمتعاقدین إخضاع تنفيذ كل التزام لقانون المحل الذي يتم التنفيذ فيه.

وما يمكن أن نلاحظه في هذا الصدد أنّه في حال تضمن العقد عناصر قابلة للانفصال بصورة موضوعية مثل عقد يشمل في آن واحد بيع معدات وتقديم مساعدة فنية أو تقديم خدمة ما بعد البيع، فيفترض عندها خضوعها لقوانين متنوّعة.

ولقد أقرت بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية صراحة بحق المتعاقدین بتجزئة العقد الدولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد. فمثلاً نجد أنّ القانون الدولي الألماني لسنة 1986 في مادته 27 فقرة 01 نص على حق المتعاقدین في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه أو على جانب منه فقط. كما أشارت إليه أيضاً اتفاقية لاهاي لسنة 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع البضائع حيث نصت أيضاً المادة 07 فقرة 01 على الاعتراف بحق المتعاقدین في تجزئة العقد وإخضاع كل عنصر من عناصره لقانون مختلف³.

¹ BATIFFOL Henri, Les Conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé, Paris, 1938, p 66 et s.

² LARPVANICHAR Ratchaneekorn, op, cit, p 39.

³ عوني محمد الفخري، المرجع السابق، ص 163 .

وعلى العموم فإن حق المتعاقدين في تجزئة العقد الدولي أصبحت من المسائل المتفق عليها في الفقه الغالب، وفي العديد من التشريعات الوطنية بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية، كما أن أحكاماً قضائية عديدة سارت في نفس الاتجاه¹.

هذا وتستوفنا مسألة الإباحة في تجزئة العقد عند بحث نوع هذه التجزئة، إذ وجب التمييز بين وضع أول يعرف بالتجزئة الجزئية وفيها يختار المتعاقدون قانوناً لحكم جزء واحد من العقد مع ترك الأجزاء الباقية لحكم القانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي في حال غياب الاختيار؛ ووضع ثاني وهو ما يطلق عليه بالتجزئة المتعددة أو الكلية وفيها يختار المتعاقدون عدة قوانين، كل قانون منها يحكم جزءاً من العقد.

01 - التجزئة الجزئية:

تقوم التجزئة الجزئية على حرية أطراف العقد الدولي في اختيار قانون واحد لحكم جزء من العقد، وقد أقرت بهذا التوجه بعض الاتفاقيات الدولية لعل أهمها اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 03 فقرة 01 والتي وردت فيها عبارة " بموجب هذا الاختيار يكون للطرفين تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بأجمعه أو جزء منه فقط ". ولقد أثارت هذه الصياغة جدلاً وخلافاً في الفقه الفرنسي بشأن نطاق التجزئة، هل هي تجزئة جزئية أم تجزئة متعددة؟ وقد كان الفقيه B.Audit قد أبدى موقفه من المسألة، إذ اعتبر هذه التجزئة جزئية، مستنداً في ذلك على أن النص المشار إليه أجاز اختيار قانون لحكم العقد بأجمعه من حيث الموضوع أو اختيار قانون لحكم جزء واحد معين من العقد، بحيث أن هذا الأخير يكون قابل للانفصال؛ في حين ترك الأجزاء الباقية لتخضع للقانون الذي تعينه المادة 04 من الاتفاقية والمتعلقة بحالة غياب الاختيار². كما ثمن الفقيه موقفه موضّحاً أنه لو تمّ السماح للمتعاقدين باختيار قوانين متعددة لحكم أجزاء متعددة من العقد، فإن ذلك يعني

¹ En France, la Cour de cassation a implicitement reconnu en 1959 dans son arrêt Fourrures Renel. Le dépeçage du contrat exercé par les parties. On trouve que la possibilité de dépeçage d'un contrat résulte du principe de l'autonomie de la volonté laquelle confère un nouveau champ d'exercice à la liberté contractuelle. Comme le souligne M.P. Lagarde, « cette technique remplit deux fonctions utiles : elle permet le plein accomplissement de la volonté des parties et est dans la logique du principe d'autonomie ».

LARPVANICHAR Ratchaneekorn, op, cit, p 39.

² عوني محمد الفخري، المرجع السابق، ص 165.

إمكانية استفادة المتعاقدين من هذه التجزئة للتخلص بصورة غير مشروعة من القواعد الآمرة في القوانين الواجبة التطبيق المنصوص عليها في المادة 03 فقرة 03، والمادة 07 من نفس الاتفاقية¹.

02 - التجزئة المتعددة:

بخلاف التجزئة الجزئية، تنطوي التجزئة المتعددة على طرح مؤداه أنه لا يوجد مانع من تجزئة العقد واخضاع كل جزء فيه لقانون معين. وبالتالي يمكن لأطراف العقد الدولي تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم هذه الأجزاء بحيث ينسجم هذا مع طبيعة العقود الاقتصادية المركبة في مجال التجارة الدولية، ولكن مع فرض بعض القيود على هذه الرخصة بحيث يجب أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى حد الإخلال بالتوازن الأساسي للعقد². وفي نفس السياق نجد أن الفقيهان Lagarde و Juliano ذكرا في تقرير فريق العمل الخاص باتفاقية روما لسنة 1980 بأن تجزئة العقد لا تحتاج إلى أكثر من اختيار متجانس منطقيا، وذلك بأن تكون متعلقة بعناصر من العقد يمكن فصلها وإخضاعها لقوانين متعددة دون أن يثير تناقضا. ومثال التناقض في هذه الحالة أن يكون نفس الحق من العقد خاضعا لقوانين متعددة، كأن يتم إخضاع التزامات البائع لقانون معين، وإخضاع التزامات المشتري لقانون آخر مخالف³.

هذا ويكون اختيار قانون لحكم جزء من العقد غير منسجم مع القوانين الأخرى التي تحكم بقية أجزاء العقد، أو اختيار قانون لجزء من العقد غير منسجم مع القوانين الأخرى التي تحكم بقية الأجزاء، بمثابة اختيار فاشل، وبالتالي لا يعتد به. عندئذ يصار إلى تعيين القانون وفقا لقواعد الإسناد في حالة غياب

¹ Art 03 paragraphe 3 :

Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impérative ».

Art 07 :

- 1- Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.
- 2- Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 391.

³ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 386.

الاختيار والذي يكون في الغالب هو نفس القانون الذي يحكم بقية أجزاء العقد في حال اتفاقية روما السالفة الذكر.

ويمكن التنبيه أنه بالنسبة للأنظمة الوطنية فإنّ الواقع يشير إلى أن نسبة كبيرة منها تقرّ بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولكنها بالمقابل لا تمنحهم إمكانية تجزئة هذا الاختيار إلى أكثر من قانون بنصوص صريحة، وقد يعود سبب ذلك إلى الأخذ بالرأي الراجح في الوسط الفقهي الذي ينظر إلى العقد على أنه عملية واحدة تخضع في مجملها لقانون واحد¹.

ثانياً - زمن الاختيار:

من البديهي أن يختار أطراف العقد التجاري الدولي القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية عند إبرام العقد، وذلك بإدراجه ضمن بنود العقد، أو عن طريق اتفاق مستقل، وهذا تجنباً لأي اختلاف قد يحدث من جراء تحلف هذا الاختيار. فالعلم المسبق بالقانون يساهم بقدر كبير في المحافظة على الجانب البسيكولوجي لنفسية المتعاقدين، بما يُقرّه من أمان قانوني.

ولكن قد يحدث أن يعتمد المتعاقدين إلى تحديد هذا القانون في مرحلة لاحقة لإبرام العقد، سواء تم ذلك عن طريق إرادتهم الصريحة أو الضمنية التي يستخلصها القاضي من خلال الوقوف على بعض المؤشرات والدلائل التي تلي مرحلة إبرام العقد². كما يمكن أن يتم هذا الاختيار بعد نشوب النزاع وعرضه على المحكمة المختصة؛ وهو ما يثير التساؤل حول مدى اعتداد القاضي بهذا الاختيار اللاحق خاصة في الفرضية الأخيرة، لاسيما وأنه قد يؤدي إلى إهدار توقعات المتعاقدين في الحالة التي يتم فيها الاختيار بعد البدء في التنفيذ الفعلي للعقد، أين تلتزم الأطراف بمراعات بنود قانون لم يتم اختياره إلا في مرحلة لاحقة³.

في هذا السياق جاءت أحكام القضاء الفرنسي متباينة بخصوص حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة لإبرامه، كما أشارت في سياق أحكامها أنّ تمسك أحد المتعاقدين أمام القضاء

¹ زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 02، سنة 2016، ص 382.

² سبقت الإشارة إلى بعض من هذه المؤشرات في سياق الحديث عن الإرادة الضمنية، عودة في ذلك إلى الصفحة 86 من هذه الرسالة.

³ WENGLER Wilhelm, l'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, rev. crit. 4, 1990, p 669.

بنصوص القانون الفرنسي دون اعتراض من المتعاقد الآخر يكشف عن اتفاق أطراف العقد على اختيار هذا القانون لحكم الرابطة العقدية¹. كما كان القضاء السويسري أكثر وضوحاً في حسم هذا الخلاف، حيث تواترت أحكام المحكمة الفيدرالية على تأكيد حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق على التعاقد ولو كان ذلك أمام المحكمة التي طرح أمامها النزاع، شريطة أن تكون هذه الأخيرة من محاكم الموضوع، وأن يكون كل من المتعاقدين مدركاً لحقيقة الاتفاق وآثاره²؛ وبالتالي لا يمكن أن ينعى على قضاة الموضوع الفصل في الدعوى بالاستناد على تحريهم لإرادة الأطراف الضمنية في اختيار قانون معين، وعدم تطبيقهم للقانون الذي اتفق عليه الأطراف في مرحلة لاحقة، كون أن اتفاقهم على هذا النحو يعد تعديلاً لقانون الإرادة الذي استظهرته محكمة الموضوع من ظروف الحال.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، أن تخويل المتعاقدين حق الاختيار اللاحق لقانون العقد قد يثير مسألة قانونية بالإضافة إلى تلك التي سبقت الإشارة إليها، وهي تتمثل في مدى سريان القانون الذي تم اختياره لاحقاً من طرف الأطراف بأثر رجعي؟! وهو ما سعت لتنظيمه اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في الفقرة الثانية من المادة 03 التي خولت للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة على إبرامه وكذلك حقهم في تعديل القانون السابق وهذا مع مراعاتهم حماية حقوق الغير³.

وبالتالي فإن القانون اللاحق يمكن أن يسري بهذا المدلول بأثر رجعي شريطة عدم مساسه بحقوق الغير الذي اكتسب حقوقاً في ظل القانون القديم؛ هذا وتُسبغ فرضية سريان القانون اللاحق في الحالة التي يتم فيها بموجبه إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً في ظل القانون القديم.

¹ قرار محكمة La Seine بتاريخ 1963/07/09 جاء فيه:

« Les défenseurs de la dame Tekla et du crédit lyonnais-déclarant- vouloir, d'un commun accord ; soumettre le présent litige à la loi française, au motif notamment ...le tribunal n'est pas lié par l'accord des parties sur ce point » .

مشار إليه في: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 107.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 375.

³ Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

المطلب الثاني : انعكاسات المبدأ على مختلف جوانب العقد

قد يحدث أن يتأثر العقد التجاري الدولي بمبدأ سلطان الإرادة، وإن كان هذا الأخير يفيد في دلالاته اتفاق الأطراف على تعيين القانون الذي يجسد تطلعاتهم، إلا أن هذا التعيين قد تكون له انعكاسات متباينة على مراحل العقد سواء تم ذلك في مرحلة إنشاء العقد وتكوينه، أو من خلال تأثيره على المظهر الخارجي. وبين هذا وذاك يتأثر التعيين بتغير الإحداثيات الزمنية في قاعدة التنازع.

الفرع الأول: انعكاسات المبدأ على مرحلة تكوين العقد

تقوم العقود في غالبيتها على قاعدة ثلاثية تتجسد من خلال الرضا والحل والسبب، غير أن اقتتان الإيجاب بالقبول في مجال المعاملات التجارية الدولية، وإن كان يُعدّ بمثابة قرينة على نشوء علاقة تعاقدية، إلا أن هذه الأخيرة تشترط فضلا عن ذلك توافر أهلية التعاقد، والتي تخضع كأصل عام للقانون الشخصي للمتعاقد¹.

ولقد اختلفت الآراء بخصوص تقدير وجود التراضي، فهناك من يصنفه كنوع من أنواع الأهلية ويقر بضرورة خضوعه للقانون الشخصي، وهناك من يسلّم بخضوعه لقانون محل الإبرام بوصفه المكان المعلوم من قبل المتعاقدين. في حين ينادى اتجاه ثالث بضرورة إخضاعه لقانون القاضي² بحكم اتصاله بفكرة انعقاد العقد وهي من المسائل التي يطالها التكييف.

وبين هذا وذاك يمكن القول بأنه ليس هناك ما يمنع من إخضاع وجود التراضي لقانون العقد، وهذا قصد ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق. بل أكثر من ذلك فإن عيوب الإرادة³ هي الأخرى تخضع

¹ بحسب ما تقتضيه جل التشريعات المقارنة، على غرار المشرع المصري (م 11 فقرة 01 قانون مدني)، والمشرع الجزائري (المادة 40 ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة"؛ في حين أجاز من خلال المادة 05 من القانون التجاري للقاصر المرشد الذي بلغ سن 18 سنة مزاولاً للتجارة بموجب إذن مسبق من الأب أو الأم أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والدم متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحاله عليه مباشرتها، أو في حالة انعدام الأب والأم). الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. ج.ر عدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

² تفاصيل حول مختلف هاته الآراء بالعودة إلى: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 218.

³ من بين العيوب نجد: الإكراه، التغير، الغبن، الغلط والاستغلال.

تفاصيل أكثر بالعودة إلى: جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

لقانون العقد، لا سيما الغبن الذي يعد أحد أهم العيوب نظرا لارتباطه بفكرة توازن أداءات المتعاقدين والتي تهدف لتحقيق العدالة في هذا المجال¹. بالموازاة مع ذلك نجد أنّ المحل تتخلله بعض الشروط، كأن يكون معينا أو قابلا للتعيين أو قابلا للتعامل فيه². فالمعاملات التجارية الدولية يجب ألا تنطوي على محلات محضرة. وإن أبانت البحوث في مجال القانون الدولي الخاص على ذلك التوجه القاضي بإخضاع محل العقد وإمكانية وجوده لقانون محل التنفيذ باعتباره المكان الذي يتحرر فيه المدين من التزامه³، فإن المنطق وضرورة المعاملات التجارية تقتضي إخضاعه لقانون العقد، على اعتبار أنّ المحل هو في الحقيقة مضمون العقد؛ وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يفلت من حكم القانون الذي يخضع له هذا الأخير.

هذا وتثير مسألة مشروعية السبب العديد من الشكوك باعتبارها مسألة غالبا ما تقتزن بفكرة النظام العام، لعلّ هذا ما يفسر انتهاج البعض إقرار قانون القاضي في مسألة تقدير المشروعية؛ وإن كان الراجح هو تطبيق قانون العقد لارتباط المسألة بأدبيات العملية التعاقدية. هذا وأثارت مسألة مشروعية السبب بعض المشاكل القانونية، بخصوص العقود التي تتضمن خرقا لقانون الرقابة على النقد في دولة أجنبية، أو تلك التي تتضمن تهربا من القوانين الجمركية الأجنبية⁴، بحيث تكون أقل تعقيدا في حال كون قانون العقد هو قانون الدولة المراد مخالفة قوانينها الخاصة بالرقابة على النقد أو الخاصة بالجمركة، أين يصنف العقد باطلا لعدم مشروعية السبب؛ أمّا في حال كان قانون العقد ليس هو قانون الدولة التي يراد خرق أنظمتها في ذات الشأن، فيجب التفريق بين فرضيتين:

* إذا كان قانون العقد لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فيعتبر العقد باطلا بالنظر لعدم مشروعية سببه، عملا بأحكام قانون القاضي، خاصة في ظل وجود اتفاقية تربطه بالدولة المراد التهرب من قوانينها.

¹ رأي الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 220.

² DESTEXHE Christine, Le contrat de vente international; pour les exportateurs non-juriste, première éd, Edipro, 2005, p 103.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 223.

⁴ لمزيد من التفاصيل راجع:

DRAKIDIS, Du caractère non – exécutoire de certains contrats de changes, d'après les statuts du fonds monétaire international, rev, crit, 1970, p 363 et s.

مشار إليه أيضا في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 224.

* أما إن كان القانون يخالف النظام العام، باعتباره من القوانين الموجهة ضد مصالح دولة القاضي، فيعتبر العقد بهذا الطرح صحيحاً ولا يعتد القاضي بعدم مشروعيته¹.

والملاحظ من خلال هذه الحالات، أنّ القاضي وإن كان يُعير اهتماماً للتجاوزات ذات العلاقة بالنقد والجمركة، إلا أنه يتركز في تقديره على فكرة النظام العام، ومدى تأثير القانون الأجنبي على التشريع الوطني.

وباستقراء هذه المؤشرات والحلول، تستوقفنا مسألة بحث القانون الواجب التطبيق وانعكاسات التعيين الإرادي في مراحل متقدمة من العقد، تعرف في الاصطلاح القانوني بالمفاوضات وخطاب النوايا، باعتبارها محطات غاية في الأهمية بالنسبة لأطراف العقد على وجه التحديد.

أولاً- خطاب النوايا ومركز قانون الإرادة:

يعدّ خطاب النوايا محطة من المحطات التي ينهجها العقد التجاري الدولي في سياق تكوينه؛ وقد أرسى الواقع العملي بعض القواعد التي تحكم بدأ وسير وانتهاء مثل هذه المحطات في العقود التجارية الدولية، وهي بمثابة قواعد يمكن تصنيفها ضمن خانة الأساسيات وهذا في ظلّ الفراغ التشريعي الذي تعرفه مختلف التشريعات المقارنة، إذ يعمل الأطراف على فتح مجال التفاوض وتبادل الآراء قصد إبرام عقد ناجح يتم تنفيذه بطريقة سهلة وسليمة، وإن كان ذلك يستهلك وقتاً وجهداً ونفقات إضافية.

وبالعودة لمفهومه، فليس من السهل وضع تعريف دقيق لخطاب النوايا، ذلك لأخذه أشكالاً مختلفة، بحيث يتناول مواضيع شتى يتعذر الربط بينها لاستخلاص محور تتمركز حوله؛ ومع ذلك يمكن القول بأنه وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف العقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي. كما يمكن تعريفه أيضاً بما يتفق مع مسماه بالقول عنه بأنه " مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى طرف آخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 225.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 33، 34.

كما يُعرّف على أنه تلك العملية التي يقوم بها الراغب في التعاقد بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى جماعة الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد، تمهيدا لإبرامه. وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض، أو الإيجاب بالتفاوض؛ بحيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه في التفاوض حول مضمون العقد المرغوب¹.

ويمكن أن نلاحظ أنّ لفظ " رغبة " هو بمثابة مصطلح يفيد أمر مستقبلي خارج دائرة الإلزام؛ وبالتالي خطاب النوايا لا يلزم أطرافه بأيّ شيء، بل تقتصر غايته في التمهيد لإبرام العقد، وإن كان التسليم القطعي بهذه الفرضية هو أمر مستبعد، بحكم أنّ هناك ففة من خطابات النوايا ما يعتبر عقدا فعلا، كأن يتضمن الخطاب على سبيل المثال التزاما قطعيا بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير خلال مدة محددة، أو أن يتضمن الصيغة النهائية المقترحة للعقد الأصلي، أو غيرها من العبارات والصيغ التي تفيد بإبرام العقد.

وبالمختصر المفيد فإنّ خطاب النوايا هو تصرف قانوني صادر عن من يملكه، إذ يصنّف كتصرف إرادي مُفرغ في شكل محرر مكتوب أو دعامة ورقية أو رقمية تثبت محتواه. ولما كان هذا التصرف عابرا للحدود، وجب الوقوف على قيمته القانونية والقانون الذي يحكمه. وهنا نلمس تباين في التشريعات الأجنبية بخصوص مسألة القيمة القانونية والطابع الإلزامي لخطاب النوايا، وما إذا كان الإخلال به يُعد خروجاً عن الالتزامات التعاقدية؛ حيث تباينت المواقف في هذا المجال بين مُقرّ خطاب النوايا بقوّته الإلزامية، وبين معارض لذلك.

ف نجد أنّ القانون الإنجليزي لا يمنح لخطاب النوايا أية قيمة تعاقدية، وبالتالي ليس له قوة ملزمة، حتى وإن تضمن الخطاب النص على ضرورة تفاوض الأطراف بحسن نية. فهو عبارة عن مساعي ونوايا لا يأخذ بها في ظل تحلف إرادة صريحة لمصدره على كونه اتفاقا تعاقديا يرتب أثرا. وكان القضاء الإنجليزي قد فصل في مسألة القوة الإلزامية بإقراره بعدم الاعتراف بالمسؤولية القبل التعاقدية، وأنّ كل ما يدور أثناء المفاوضات قبل التوصل إلى اتفاق حقيقي، ناهيك عن الوثائق التي تصاحبها، تكون برمتها خارج دائرة القانون. أما التشريع الأمريكي، وإن كان يتفق مع القانون الإنجليزي في مسألة عدم الاعتراف لخطاب النوايا بقيمة إلزامية، إلا أنّ موقفه هذا ترد عليه بعض الاستثناءات في الحالة التي يتضمن فيها الخطاب عبارة تفيد

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، (ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 41 .

بأنّ " الالتزام بما جاء بخطاب النوايا معلق على اعتماد وتوقيع شروط العقد النهائي"؛ كما أن للقاضي حرية تقدير القوة الإلزامية لخطاب النوايا إعمالاً بمبدأ Estoppel الشهير في الفقه الأنجلو أمريكي، الذي يقتضي أنه " لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه"، وإعمالاً للواجب العام بمراعاة حسن النية والتعامل بإنصاف بين طرفي التفاوض، وهو واجب تفرضه المادة 1/203 من القانون التجاري الموحد، والمادة 205 من تقنين العقود للولايات المتحدة¹.

أما في ظلّ القانون الفرنسي والقانون المصري، فإنه ليس لخطاب النوايا قوة إلزامية أو طابع تعاقدي يمكن أن يترتب مسؤولية عقدية بالنسبة لمصدره أو للطرف الآخر الذي وجه إليه؛ غير أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على بعض النقاط الخاصة بالعقد النهائي، ويرتضيها مصدر خطاب النوايا ومن وجه إليه، بحيث تترتب في هذه الحالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بما تم الاتفاق عليه.

وعلى العموم يمكن القول أنه إذا لم يحدد مصدر الخطاب ويبين حقيقة مضمونه، وما إذا كان يحتوي على تعهدات اتفاقية لها أثر ملزم يشكل الإخلال بها خروجاً عن التزامات تعاقدية تترتب المسؤولية القانونية، فإن القيمة القانونية لخطاب النوايا تخضع في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية لإرادة الأطراف كأصل عام، وهو القانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمناً.

ثانياً - التفاوض ومركز قانون الإرادة:

لقد أضحت المفاوضات في مجال عقود التجارة الدولية من بين الضروريات، خاصة وأن أطراف العقد غالباً ما يختلفون من حيث الذهنيات، حيث تكون المفاوضات بمثابة الحلقة الوقائية لإبرام عقود سليمة، يتجنب بموجبها الأطراف مغبة الدخول في منازعات وولوج ساحات القضاء والتحكيم. وتنطبق القاعدة على المعاملات الإلكترونية بوجه خاص لما تتسم به هذه الأخيرة من تعقيدات فنية وقانونية، وإن كانت تقنيات الاتصال الحديثة قد وفرت وسائل مستحدثة وعصرية يمكن من خلالها التفاوض عن بعد، وهذا تجنباً لمشقة الأطراف².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 52.

² إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2009، ص 70.

وتُعرّف المفاوضات بأنها عملية تطرح فيها مقترحات أو مشروعات صريحة لغرض التوصل لاتفاق بالتبادل أو المقايضة أو على أساس تحقيق مصلحة مشتركة عندما توجد المصالح المتفاوضة؛ إذ جاء في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية أنّ المفاوضات هي شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات أو الأفراد أو المنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة؛ فهي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة. وقيل أيضا أنّ التفاوض هو التفاوض والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينهما من مشاكل، أو تقريب وجهات نظرهما بأسلوب حضاري¹.

هذا وتُشكل العقود الدولية حقلًا خصبا للمجال التفاوضي، إذ يتم التفاوض بين الحكومات والأفراد والشركات بصدد مشروعات ومشاكل اقتصادية أو تجارية أو قانونية بهدف إقامة رابطة عقدية متوازنة تحقق المصالح المشتركة لأطرافها؛ ويتم ذلك من خلال تبادل الأفكار والمقترحات ومناقشتها؛ وقد يفضّل الأطراف في تحقيق التوافق، بحيث يتم ذلك في شكل شفهي أو كتابي، رسمي أو غير رسمي².

وبالعموم فإن المفاوضات تُعد ضرورة يقتضيها منطق التواصل والتفاعل بين الإنسان، كما تفرضها أجديات العمل التجاري لتقريب وجهات النظر بين أطراف من مختلف أنحاء العالم تنتمي لدول متباينة من حيث ثقافتها الاجتماعية والاقتصادية والفكرية وحتى السياسية، وهذا بغرض وقوف كل طرف من أطراف العقد التجاري الدولي على ظروف وشروط العملية التعاقدية، وتحديد نطاق حقوقه والتزاماته قبل الارتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم، وبحث كل السبل القانونية التي تحول دون قيام خلافات مستقبلية، أو تلك التي تعالج من خلالها أيّ منازعات مستقبلية. ومن ثمّ يمكن القول بأنّ المفاوضات تقوم على استراتيجية الواقع والعدالة.

وخارجا عن قيود القوانين الوطنية التي غالبا ما تقود إلى دوامة من المشاكل التي قد تؤدي إلى اضطراب وزعزعة العلاقة التعاقدية، يعتمد أطراف العقد التجاري الدولي إلى إجراء مفاوضات في مناخ حر، بحيث يستطيع كل طرف أعمال ما يراه مناسباً لمصلحته، كما يمكنه قطع المفاوضات في أي مرحلة من مراحل هذه الأخيرة، كونها تخضع لمبدأ حرية العدول؛ هذا ويمكن للأطراف الاتفاق على عدم مسؤولية أي

¹ أنظر بخصوص المفاهيم: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 61-62.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28.

منهم عن متابعة المفاوضات. بيد أنّ المسؤولية المراد بها في هذه الحالة هي المسؤولية العقدية، في حين لا يمكن الحديث عن انتفاء المسؤولية التقصيرية في الحالة التي يقترن فيها قطع المفاوضات أو العدول عنها بضرر يلحق الطرف الآخر¹.

هذا ويثور التساؤل في الحالة الأخيرة عن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية في التفاوض الحر؛ حيث لا يوجد إجماع قانوني عن الحلول المنتهجة في هذا السياق، فنجد أنّ القانون الفرنسي ينادي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حال ترتب عن قطع المفاوضات ضرر لأحد الأطراف، وبالتالي تطبيق قاعدة الإسناد المقررة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار، وتطبيق قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام؛ في حين أنّ القانون المصري على سبيل المثال وإن اعتبر قطع المفاوضات بمثابة خطأ تقصيري يخضع لقانون المحل طبقاً للمادة 21 من التقنين المدني، فإنه يلزم أن يكون قطع المفاوضات عملاً غير مشروع ليس فقط في مصر إذا تم رفع الدعوى فيها، بل كذلك في الدولة الأجنبية التي وقعت فيها المفاوضات والتي سيطبق قانونها باعتبارها قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، وذلك تماشياً مع نص الفقرة الثانية من نفس المادة. في حين نجد أنّ بعض القوانين الجزائية كالقانون السويسري والقانون الألماني تتجه إلى البحث عن التكييف التقصيري للمسؤولية الناشئة عن قطع أو إنهاء المفاوضات، وبالتالي عدم تطبيق القانون المختص بالمسؤولية عن الفعل الضار. فإخلال أحد أطراف التفاوض يرتب مسؤولية على أساس فكرة الخطأ في تكوين العقد، أو عدم بذل العناية الواجبة لتكوين العقد، هذه الأخيرة هي فكرة تدخل في إطار المسؤولية التعاقدية أو شبه التعاقدية، ومصدرها قاعدة عرفية استقرت في القانون الألماني؛ بحيث يعدّ خروجاً عن العناية الواجبة في تكوين العقد حسب تطبيقات القضاء الألماني الدخول في المفاوضات بشكل يوحى للطرف الآخر ويغرس فيه الأمل بإبرام العقد النهائي، ليقطعها فجأة وبدون سبب سائغ ولا مبرر مقبول. وكنيجة تخضع المسؤولية عن قطع المفاوضات لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية المنصوص عليها في المادة 27 وما بعدها من القانون الدولي الخاص الألماني المعدل عام 1986، ونص القاعدة التي تقر اختصاص القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً؛

¹ يعتبر تفويت الفرصة *Perte d'une chance* من الأضرار التي قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة، أي حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي، ومن ثم يجوز التعويض عن الحرمان من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، أو تفويت الفرصة في إبرام عقد آخر بديل مع الغير؛ وذلك إذا ما ثبت أنّ المتفاوض قد تخلّى عن هذه الفرصة اعتماداً منه على الأمل الكاذب الذي ولده الطرف القاطع لديه في إبرام العقد. ولكن يشترط أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره.

غير أنه لما كان العقد لم يبرم فإن المسؤولية عن المفاوضات تخضع للقانون الذي كان ينبغي تطبيقه لو أنّ العقد كان قد أبرم¹.

ولا بدّ أن نشير في ذات السياق إلى ما يعرف في الاصطلاح القانوني بـ " عقد التفاوض " باعتباره تصرفاً قانونياً إرادياً ينبغي طرفاه ترتيب أثر قانوني؛ وقد عرّفته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية CCI بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلاّ بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده. وهو تعريف لا يخرج عن نطاق التعريف الذي جاء به جانب من الفقه، وهو أنّ عقد المفاوضة عقد يلزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في مفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية².

وعلى العموم يتميز عقد التفاوض عن غيره من العقود بجملة من الخصائص، لعلّ أهمها أنه يعد بمثابة عقد حقيقي تتوفر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد. فمن جهة يتوفر لقيامه تراضي طرفي التفاوض، وتلاقي إرادتهما الحرة التي تقصد ترتيب أثر قانوني معين؛ ومن ناحية أخرى، له محل كسائر العقود وهو محاولة التوصل إلى عقد مستقبلي تشير الدلائل إلى إمكانية إبرامه. كما له سبب وهو دفع الطرفين إلى التعاقد وإتمام العقد النهائي وتحقيق مقاصدهما. فهو إذا تعبير عن عقد تمهيدي أو تحضيري، كما يعد عقداً مؤقتاً، فهو لم يوجد سوى لمدة معينة ومحددة، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين سواء بإبرام العقد النهائي أو بعدمه، فبتحقق الفرض الثاني يزول كل أثر لعقد المفاوضة مع مراعاة عدم الإضرار بالغير الذين اعتقدوا وعن حسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي. فهو بالتالي عقد وليس وعداً بالتعاقد.

ولما كان عقد التفاوض تصرفاً قانونياً كامل الأركان في مجال المعاملات التجارية العابرة للحدود، فإنّ مسألة بحث القانون الواجب التطبيق في هذا المجال يتم الفصل فيها لدى غالبية دول العالم وفقاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، أي اختصاص قانون الإرادة.

¹ أحكام القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 متاحة عبر الموقع: file:///C:/Users/home/Desktop/bgbl186s1142_9893.pdf

² تعريف للأستاذ Mousseron J.M مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 97.

هذا ونجد أنه من الضرورة أن يحرص الأطراف على الاختيار الصريح لقانون عقد التفاوض؛ كما لا نجد مانعا من إخضاع هذا الأخير للقانون الذي كان سيخضع له العقد النهائي لو كان قد أبرم وهذا في حال تخلف الإرادة الصريحة والضمنية. ولعل ذلك يكمن في اعتبار عقد التفاوض بمثابة عقد تمهيدي للعقد النهائي وبالتالي يسري عليه قانون هذا الأخير عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل.

الفرع الثاني: انعكاسات المبدأ على مرحلة انقضاء العقد

تتعدّد صيغ انقضاء العقد التجاري الدولي، وتتعدّد في ظلها الأحكام المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق، وهنا نقصد الصيغ الثلاث للانقضاء والمعبر عنها قانونا بـ " الانقضاء بالوفاء - الانقضاء بما يعادل الوفاء - الانقضاء دون وفاء ":

أولا- الانقضاء بالوفاء:

إنّ الغاية من العقود الدولية هي تكريس الحقوق والالتزامات في ظل صيغة قانونية تكفل الحماية اللازمة لأطرافها؛ ولعلّ تنفيذ العقد بطريقة سليمة يكفل بالمقابل انقضائه بطريقة سليمة، قد تتجسد من خلال الوفاء، فيكون هذا الأخير بمثابة مؤشر فعال وأساسي في استمرارية المعاملات التجارية.

01 - التنفيذ العيني:

وهو المسلك الطبيعي لانقضاء العقد الدولي، أين يقوم من خلاله الطرف المتعاقد متمثلا في المدين بتنفيذ التزامه بالأداء وفقا لمقتضيات قانون العقد، الذي يحدد الزمان والمكان اللازمين لذلك. غير أنه قد يحدث أن يتم الوفاء النقدي وقت التسليم، مثلما تقتضيه غالبية التشريعات المقارنة في تنظيمها للبيوع التجارية¹. وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول مدى إمكانية الالتزام بالدفع النقدي في الدول التي تحضّر الدفع بغير العملة الوطنية؟! وهنا تجدر الإشارة أنه في مثل تحقق هذه الفرضيات فإنّ المعاملات الدولية

¹ تفاصيل أكثر حول موقف المشرع الجزائري، بالعودة لنصوص المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني.

تقتضي خضوع الوفاء لقانون بلد الوفاء على أن يتم الدفع وفقا لسعر الصرف ليوم الوفاء¹.

02 - التنفيذ بمقابل:

قد يتعذر على المدين تنفيذ التزامه التعاقدي تنفيذا عينيا، فيتدارك ذلك من خلال التنفيذ بمقابل أو ما يطلق عليه بمصطلح " التنفيذ عن طريق التعويض"²؛ والذي قد يتقرر في حال التخلف الكلي عن التنفيذ العيني، أو في حال التأخير في التنفيذ العيني³. حيث تخضع هذه التدابير لقانون العقد الذي يختص بتبيان شروط استحقاق الدائن للتعويض طبقا لأحكام المسؤولية العقدية، كما يختص أيضا بتنظيم التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي من حيث طبيعته، وشروط استحقاقه وسلطة القاضي بخصوصه لا سيما من ناحية تخفيضه أو زيادته.

هذا ويمكن أن نشير إلى أنّ الإعذار الذي يكون في حق المدين، يجب أن يخضع لقانون القاضي، باعتباره قانون البلد الذي يُطلب فيه التنفيذ، والحجة في ذلك إنما تكون بالقياس على التنبه الرسمي على المدين بالوفاء السابق على إجراء التنفيذ بطريق الحجز⁴. ويمكن أن نفرّ بنفس الحكم بخصوص فوائد التأخير سواء كانت ذات طبيعة اتفاقية أو قانونية، والتي تسري من يوم نشوء الدين إلى غاية ميعاد استحقاقه وفقا لمبررات قائمة على فكرة النظام العام في دولة القاضي لا سيما في الدول التي تعتمد الأنظمة الاقتصادية القائمة على محاربة الربا؛ في حين تبقى فرضية إقرار قانون محل التنفيذ، باعتباره محل الوفاء بالدين غير مستبعدة طالما تقوم على أساس منطقي⁵.

¹ المادة 10 فقرة 02 من اتفاقية روما لعام 1980 أشارت بضرورة خضوع التنفيذ لقانون المكان:

« En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution ».

بنود الاتفاقية متاحة عبر الموقع:

https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv%20Rome%201980_Loi%20applicable%20aux%20contrats.pdf

² أشار إليه المشرع الجزائري من خلال الفصل الثاني من الباب الثاني للكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) تحت عنوان " التنفيذ بطريقة التعويض من التقنين المدني ".

³ المادة 176 من التقنين المدني الجزائري: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 232.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 233.

ومن جهتنا نُؤيّد الفكر القائم على إعمال قانون العقد، باعتبار أنّ مسألة التنفيذ بطريق التعويض، هي أحد الالتزامات المرتبطة بجوهر العقد، كما أنّ سعر الفائدة هي مسألة تخضع لتقلبات اقتصادية ومالية لكل دولة من دول العالم، فهي تعد نسبية وبالتالي يكون من باب أولى إخضاعها لقانون العقد، وهذا ضمانا لوحده وتجانسه.

ثانيا- الانقضاء بما يعادل الوفاء:

إذا كان الالتزام العقدي ينقضي عن طريق التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل على الوجه الذي رأيناه، فإنّ هذا لا ينفي وجود صيغ أخرى للانقضاء، وهو ما يتجسد من خلال صور الانقضاء بما يعادل الوفاء.

01 - التجديد La novation:

هو اتفاق على انقضاء الدين العقدي أو الأصلي وانشاء دين جديد يقوم محله، ويختلف عنه في أحد عناصره الجوهرية¹. وبالوقوف على مصطلح الاتفاق الذي ورد في التعريف يمكن أن نلمس إلى حد بعيد ذاك التقارب لخضوع مثل هذا التصرف وما يترتب عنه من آثار للقانون الاتفاقي، والذي يكون بالضرورة مستقلا عن قانون العقد مصدر الدين الأصلي؛ غير أنه لا يوجد ما يمنع من إخضاع التجديد لقانون العقد بحكم أنه يفضي في النهاية لتنفيذ العقد الأصلي.

02 - حوالة الحق Cession de créance:

هي عبارة عن عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي إلى شخص آخر يحل محله في اقتضائه من المدين يدعى بـ "الدائن الجديد" أو "المحال له". ولعلّ تغيّر المراكز القانونية في هذه الحالة يحتم علينا البحث عن ما إذا كان هذا التغيير يُفضي بالضرورة إلى إحداث تعديلات على القانون الواجب التطبيق.

في هذا السياق وجب التمييز بين حالتين أولى؛ تنطوي على تلك العلاقة بين الدائن الجديد والمدين يُقرّ من خلالها الرأي الراجح إلى خضوع حوالة الحق إلى قانون العقد، ضمانا لصيانة توقعات المدين، حيث لا يسوغ أن يرى هذا الأخير دينه قد تغير دون علمه.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 235.

أما الثانية فهي تلك التي تتضمن العلاقة فيما بين الدائنين، حيث تأخذ حكم علاقة اتفاقية ثنائية، يُنادي البعض بضرورة إخضاعها لقانون الدولة التي يرتبط بها عقد الحوالة بروابط موضوعية وثيقة، غير أنه لا يوجد ما يمنع أطرافها من إخضاعها لقانون العقد الأصلي¹.

03 – الحلول La subrogation:

وهو آلية قانونية تُفضي إلى حلول شخصي (يمس بأطراف العقد)، أو حلول عيني (يمس بموضوع العقد)²، حيث تتجلى صورته في مجال المعاملات التجارية في الحالة التي يحلّ فيها شخص محل الدائن الأصلي في الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفع وما يتبعه من تأمينات³.

وعلى العموم فالحلول قد يكون قانونيا، بأن يحل الموفي محل الدائن بقوة القانون⁴، وقد يكون اتفاقيا فيأخذ صورتان: (الحلول بالاتفاق مع الدائن – الحلول بالاتفاق مع المدين)⁵، حيث يتم إخضاع الحلول القانوني لقانون الدولة التي تقرره، في حين يسري على الحلول الاتفاقي قانون الإرادة، وفي حال تخلفه قد يتم إعمال قانون محل الوفاء بالدين على اعتبار أنّ جوهر الحلول هو الوفاء، غير أنّ الراجح هو افتراض خضوع

¹ رأي الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 237.

² La subrogation est un mécanisme consistant en la transmission d'un lien de droit soit par changement de créancier soit par remplacement de la chose objet du contrat.

لمزيد من التفاصيل راجع الصفحة الرسمية لمكتب المحامين الكائن برقم 55 شارع Turbigio باريس المتاحة على الرابط: <https://www.cabinetaci.com/la-subrogation> زيارة بتاريخ 2020/03/30 على الساعة 19:00.

³ بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2011، ص 06.

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 264 من الق.م.

⁴ المادة 261 من القانون المدني الجزائري نصت على الحالات القانونية.

⁵ بن ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 06.

الحلول لقانون العقد الأصلي¹، مع مراعاة احترام ما يقرره القانون المحلي من حماية للغير².

04 - المقاصة La compensation:

هي طريق من طرق انقضاء الالتزام، الهدف منها تسهيل عملية الوفاء، وذلك من خلال منع الوفاء المزدوج. حيث تتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين (أطراف العقد)، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما³. فهي على هذا النحو تعدّ بمثابة ضمان يجنب كل طرف مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه.

ولعلّ تعدد صور المقاصة أدى إلى تباين وجهات النظر حول القانون الذي يحكمها، حيث يتضح ذلك جلياً من خلال مواقف شراح القانون الدولي، أين ذهب جانب منهم إلى إخضاع المقاصة القضائية لقانون القاضي، بما له من دور في إنهاء النزاع، في حين ذهب جانب آخر إلى إخضاع المقاصة الاتفاقية إلى القانون الذي يحدده الطرفان باعتباره مسألة اتفاقية، وهذا بصرف النظر عن القانونان اللذان يحكمان الدينين المراد إجراء المقاصة بينهما، في حين أن المقاصة القانونية لم تحز الإجماع الذي حازته سابقاً، أين بدا التعارض واضحاً بين إقرار لقانون القاضي، ومناداة بتطبيق قانون بلد الدين نشأ مؤخراً باعتبار أنّ ميلاد هذا الدين هو الواقعة المادية التي تترتب عليها فكرة المقاصة⁴.

¹ وهو الموقف الذي تبنته اتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها 13.

« Lorsque, en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation contractuelle et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles ».

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 238.

³ بن ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 12.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 239.

ثالثا - الانقضاء دون الوفاء:

قد يحدث أن ينقضي العقد الدولي دون الوفاء سواء من خلال النهج الاتفاقي، أو بالانفساخ، أو من خلال الإبراء والتقادم.

01 - الفسخ الاتفاقي:

الفسخ بالمفهوم الواسع يقصد به زوال العقد بجميع آثاره في المستقبل والماضي، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي؛ ويرجع ظهوره إلى القانون الكنسي حيث كانت الغاية منه ترسيخ الوفاء بالوعد في الالتزامات المتقابلة¹. وقد يحدث الفسخ التعاقدي بناءً على اتفاق الأطراف، فيخضع بالضرورة لقانون العقد، باعتبار أن المسألة تتعلق بشرط فاسخ صريح أو ضمني من شروط وبنود العقد؛ كما يختص نفس القانون بحكم الآثار التي تترتب على العقد².

02 - الانفساخ:

يترتب الانفساخ لاستحالة التنفيذ، فتقضي بذلك الالتزامات التعاقدية تلقائياً أو بقوة القانون، وهذا بالنظر لمقتضيات القانون الذي يحكم العقد، وفق حجية مفادها " الدفع بعدم التنفيذ "، والتي تقتضي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه لسبب أجنبي خارج عن إرادته؛ غير أنه لا يوجد ما يمنع إخضاع الانفساخ لقانون القاضي، طالما يتقرر بموجب حكم قضائي³، وإن كنا نجد في هذا التوجه خروجاً عن مقتضيات التجارة الدولية باعتباره لا يصون توقعات أطرافها.

03 - الإبراء:

وهو إجراء يتنازل بمقتضاه الدائن عن حقه للمدين وهذا دون مقابل؛ ولما كان الإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة أو بتوافق إرادتين فهو يخضع للقانون الذي يتفق عليه الأطراف. غير أنه في حال تخلف

¹ أنظر في ذلك مقال ل: ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني، كلية الراءدين، ص 03. متوفر عبر الرابط:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=35324> زيارة بتاريخ 20/03/2020 على الساعة 15:30.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 241.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 240.

التعيين يسري عليه قانون العقد مصدر الالتزام محل الإبراء، حيث ينظم هذا القانون شروط صحة الإبراء وأثره ونطاقه.

04 - التقادم المسقط:

يعد التقادم المسقط من بين أسباب انقضاء الالتزامات التعاقدية، ولما كان هذا الانقضاء يقوم على أساس عدم مطالبة الدائن مدينه بالوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق، مع استمرار هذا الأخير في تقاعسه لمدة معينة محددة قانوناً، فمن البديهي أن يختص قانون العقد بحكم هذه المسألة، لا سيما مع تباين التشريعات المقارنة في تحديدها لمدة التقادم وكيفية احتسابها¹.

بيد أنّ المسألة ليست بالقطعية، إذ تجب فرضية إخضاع نظام التقادم لقانون القاضي مكانتها، وهذا وفق حجية التلازم بين الحق والتقادم والدعوى القضائية، والشأن ذاته بالنسبة للفرضية القائمة على تطبيق قانون موطن المدين، بحسبان أنّ التقادم هو جزاء يفرضه القانون على الدائن المهمل، وهو غير جدير بالحماية.

الفرع الثالث: انعكاسات المبدأ على العقد في جانبه الشكلي

تؤدي التشريعات المقارنة أهمية بالغة للمظهر الخارجي للعقود التجارية الدولية على وجه التحديد، وهذا يعود لاعتبارات خاصة؛ فالشكل يجسد عنصر أساسي لصحة العقد التجاري الدولي، وتخلّفه قد يكون سبباً في إبطاله. ويستوي في ذلك أن تكون العقود إلكترونية، حيث يعدّ الشكل من مستلزمات العقد الإلكتروني، مع مراعاة حفظ المعلومات الخاصة بالعقد واسترجاعها في أيّ وقت، ليتمكن طرفا العقد من الاحتجاج بها في حال حدوث أي خلل في العقد².

وإن كنّا نتساءل عن نصيب قانون الإرادة من شكل العقد، فقد استقرت غالبية النظم القانونية على إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام *Locus regit actum*؛ وهي فكرة تبناها كل من الفقه

¹ وقد تبني هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 في المادة 30 فقرة 04، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في مادته السابعة، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في مادته 32 فقرة 04، والقانون الدولي الخاص السويسري في المادة 148 فقرة 01.

مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 243.

² محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الإلكتروني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2008، ص 149.

القديم والحديث، كما طبقتها المحاكم في غالبية دول العالم، وأخذت بها تشريعات شتى على غرار المشرع الجزائري الذي تضمنها في أحكام المادة 19 من القانون المدني والتي جاء فيها: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه "1. غير أنّ التسليم بهذه الفرضية غير مطلق، ففي تعليق للأستاذ Guy PALLARUELO بخصوص تحيين بنود اتفاقية روما لسنة 1980 أشار إلى انعكاسات العقود بين الغائبين على القاعدة الأصلية، بحيث نادى بإعمال " قانون الإقامة الاعتيادية لصاحب إعلان الإرادة " كحل في مثل هذه الفرضيات، وهو ما يعكس بوضوح اتجاهها نحو التخلي عن معيار ربط يستند إلى موقع العقد، لصالح معيار يستند إلى موقع الأطراف².

ويرجع اتفاق معظم الدول على الأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون محلّ الإبرام إلى سلامة الاعتبارات التي تقوم عليها، واتفاقها مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية³، فأساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. بل حتى ولو افترضنا علمهم بأحكام قانون آخر، فقد لا يتيسر لهم اتباع الشكل الذي يقره هذا الأخير وهو ما قد يؤدي إلى تعذر مباشرة التصرف؛ ولهذا أملت الاعتبارات العملية السالفة الذكر إخضاع شكل التصرف للقانون المحلي. وعلى الرغم من ذلك يذهب الاتجاه الغالب في القانون المقارن إلى إقرار الصفة الاختيارية لهذه القاعدة، فليس هناك بحسب توجههم ما يدعو إلى إجبار المتعاقدين على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر ارتباطا بالتصرف المبرم بينهم، على غرار القانون الذي عينته إرادتهم المشتركة والذي يحكم موضوع التصرف⁴.

¹ وهو نفس النهج الذي أخذ به المشرع المصري بموجب أحكام المادة 20 من التقنين المدني حيث أجاز هو الآخر للمتعاقدین إخضاع شكل التصرف أيضاً للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، أو لقانون موطنهما المشترك، أو قانون جنسيتيهما المشتركة.

² PALLARUELO Guy, La loi applicable au contrat: Vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome de 1980, chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2003, p 18.

متوفر عبر الرابط: <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/pal0307.pdf>

زيارة بتاريخ 2020/02/13 في حدود الساعة 17:40.

³ هذا وكانت كل من اتفاقية جنيف لسنة 1930 و 1931 قد تعرضتا لمسألة خضوع التصرف الشكلي لقانون المحل بصدد معالجتها المسائل الشكلية والقواعد الواجبة التطبيق على شكل الورقة التجارية من كميالية وسند لأمر بالإضافة إلى الشيك وهذا في المواد 03 و 04 بحسب الترتيب .

⁴ وهو التوجه الذي سلكه الأستاذين: Loussouarn et Bredin في سياق تحليلهم لقانون التجارة الدولية. أنظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة في القانون المصري الجديد رقم 18 لسنة 1999 وبعض التشريعات العربية واتفاقية جنيف 1930) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2012، ص72.

وبالإمعان في مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية، نجد أنّ الشكل هو الذي يعكس الإرادة التي تُعدّ جوهر التصرف ومضمونه للعالم الخارجي؛ فيعبّر عنه في بعض الأحيان باصطلاح " الشكل الخارجي " للتمييز بينه وبين ما يعرف بالشكل الداخلي، والذي يطال العناصر الداخلية للتصرف مثل الرضا والمحل والسبب؛ وإن كانت هذه التفرقة تتضمن خلطاً واضحاً، على اعتبار أنّ العناصر الداخلة في نطاق التصرف على النحو المبين، تدخل لاشك في فكرة الموضوع، علاوة على أنّ هذه الأخيرة تتنافى مع مصطلح الشكل.

وبالرغم من ذلك فإنّ شكل التصرف، على الوجه الذي يخرج الإرادة إلى العالم الخارجي، قد يكون ركناً لانعقاد التصرف، كما قد يكون ركناً لإثباته.

أولاً - الشكل المطلوب لانعقاد:

خلص الأستاذان عكاشة محمد عبد العال وهشام صادق في تحليلهم لتوجهات الفقه الفرنسي بخصوص مسألة الشكل، إلى أنّ لزوم هذا الأخير أو عدم لزومه لانعقاد التصرف وفق تقديرهم هي مسألة موضوعية يرجع في شأنها للقانون الذي يحكم موضوع التصرف. فإذا تطلب هذا القانون شكلاً معيناً لانعقاد يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فإنه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في هذا الشكل المطلوب؛ ذلك أنّ المشرع وهو يستلزم شكلاً معيناً للتصرف، كوجوب إفراغه في مستند مكتوب، وبصفة خاصة في مستند رسمي، فإنه يهدف من وراء ذلك أساساً إلى حماية الإرادة، وهو ما يقضي باعتبار هذا الشكل مسألة موضوعية¹.

وقد جاء في تعليق المذكرة الإيضاحية بخصوص نص المادة 20 من القانون المدني المصري أنه: " ويراعى أنّ اختصاص القانون الذي يسري على الشكل... لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجي، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر في انعقاد التصرف كالرسمية والرهن التأميني فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرفات من حيث الموضوع"².

¹ عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، القانون الدولي الخاص (الإجراءات المدنية التجارية والدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية - تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 237.

² عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، المرجع نفسه، ص 237. أنظر أيضاً: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 2008، ص 595.

استنادا لذلك يبدو أنّ مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري تعتبر مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع. أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع وإجراءاته، وهو ما عبرت عنه المذكرة بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل الذي يخضع لقانون بلد الإبرام أو الضوابط الأخرى التي أشارت إليها المادة 20.

بناءً على ما تقدم فإنه يتعين الرجوع إلى قانون الموضوع للبحث عما إذا كانت الرسمية مطلوبة لانعقاد التصرف من عدمه، فإن كانت كذلك فلا ينعقد التصرف بغيرها حتى لو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها. أما كيفية تنفيذ الشكل الرسمي فهو مسألة تخضع لقانون بلد الإبرام، إذ يرجع إلى هذا القانون لمعرفة الأوضاع التي تتطلبها الرسمية.

ورغم أن واضعي المشروع الفرنسي قد تبنا بدورهم وجهة النظر السابقة، إلا أنّ الفقه الراجح هناك كان قد انتقد وبقوة هذا التوجّه، إذ يتعيّن في رأيهم أن يرجع إلى قانون بلد الإبرام لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً لانعقاد التصرف من عدمه، وهو الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية. كما يؤكد جانباً من الفقه المصري على سلامة هذا الاتجاه، ذلك أنّ الأخذ بالرأي المخالف يتنافى من دون شك مع اعتبارات التيسير على المتعاقدين والتي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام. فمثلاً إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الكتابة كركن لانعقاد التصرف القانوني، في حين أنّ قانون محل الإبرام لا يستلزمها، ويعتبر العقد رضائياً، فإنّ منطق الرأي المخالف يقتضي التقييد بالكتابة كشرط لانعقاد التصرف، وهو ما يتعارض مع أبحاث التيسير¹.

ثانياً - الشكل المطلوب للإثبات:

يجمع الفقه الفرنسي على أنّ مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف تخضع للقانون الذي يحكم شكل هذا التصرف، كما تخضع لهذا القانون أيضاً قوة الدليل في الإثبات. وبالتالي إذا كان القانون الذي يحكم الشكل لا يتطلب الدليل الكتابي، بينما يستلزم القانون الذي يحكم الموضوع هذا الدليل، فإنه يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي. كما تجدر الإشارة في هذا السياق أن هناك جانب

¹ تفاصيل أكثر حول هذا التحليل بالعودة إلى: عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، المرجع السابق، ص 238-239.

من الفقه الفرنسي والمصري ينادي بعدم استلزام الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الشكل إذا كان قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل. ويستجيب هذا الرأي الأخير إلى اعتبارات عملية مؤداها التيسير على المتعاقدين؛ وهو ما يتمشى في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها¹.

المبحث الثاني : قانون الإرادة وتكريس الأمن القانوني

إن كنا قد خلصنا من خلال تحليلنا لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي إلى الدور الفعال الذي تلعبه في تكريس حقوق وواجبات الأطراف، وما ينتج عنه منه أمن قانوني في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فإنّ هذه المساعي قد تواجه بعض العقبات التي قد تخل بمبدأ الأمن المنشود.

المطلب الأول : معيقات وقيود قانون الإرادة

لما كانت الإرادة تعبير وانعكاس للحرية الاقتصادية، فإنّ الارتقاء بها في المجال الدولي، كان لا بدّ له أن يراعي أبعاد القانون في مختلف الأنظمة القانونية، ولعلّ هذه الأخيرة تتجسّد كأصل عام من خلال مراعاة مبدأ النظام العام وقواعد البوليس والأمن، إلى جانب مراعاتها للتغيرات التي قد تطرأ سواء في القانون الوطني أو في القانون الأجنبي المختص.

الفرع الأول: عائق التنازع الزمني وتأثيره على أحداثيات التعيين الإرادي.

لما كانت غاية القواعد القانونية تنظيم السلوكيات في مجتمع معين وزمن معين، كان لا بدّ لها أن تسير مختلف التطورات على الصعيدين الداخلي والخارجي، وهو ما قد يطلق عليه بمصطلح " التحيين ". هذا الأخير إن حل بمنظومة قانونية أثار مسألة التنازع الزمني أو ما يعرف بالتنازع الانتقالي؛ وهو ما قد يؤثر على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع لا سيما في حال مساس التحيين أو التعديل بمضمون قواعد التنازع سواء الوطنية أو الأجنبية، أو القواعد الموضوعية في القانون المختص بمقتضى قاعدة التنازع.

¹ عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، المرجع السابق، ص 240.

ففي الفترة الزمنية بين إنشاء العقد، وعرض النزاع على القاضي قد يحدث أن تعرف قاعدة الإسناد في دولة القاضي تغيير، فيكون هذا الأخير أمام قاعدتي إسناد متعاقتين يُلزم بتحديد أيهما تُعدّ واجبة التطبيق، بل أكثر من ذلك قد يجد القاضي نفسه أمام قاعدتي إسناد في القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة التنازع الوطنية¹.

أولا - تعديل قاعدة الإسناد في قانون القاضي:

لقد تعددت المواقف والحلول الفقهية بخصوص فرضية التنازع الزمني المترتب على تغيير قواعد الإسناد في دولة القاضي بين مقر بفكرة السريان الفوري للقاعدة الجديدة وبين مناشد لضرورة الأخذ بحلول مميزة.

01 - نظرية نيدرز:

إنتهى الفقيه الألماني نيدرز في تحليه للفرضية إلى وجوب إعمال قواعد الإسناد الحديثة على كافة المنازعات المعروضة على القضاء الألماني حتى ولو تعلق الأمر بمراكز قانونية نشأت في خضم قاعدة الإسناد القديمة، غير أنّ الفقيه صاغ نظريته من منطلق أنّ قواعد التنازع تعد من قبيل القواعد العامة وهي تهدف إلى حل التنازع القائم بين السيادات، وهو الطرح الذي يجانب الواقع².

02 - نظرية أنزيلوتي:

سلك الفقيه الإيطالي نجا يقوم على إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد القائمة في قانونه وقت الفصل في النزاع، حيث ترشده هذه الأخيرة إلى القانون الواجب التطبيق؛ في حين تختص الأحكام المنظمة للتنازع الزمني في القانون المختص بتحديد قاعدة الإسناد المختصة بحكم العلاقة المعنية. ويكون الفقيه بهذه الطريقة قد صادر على المطلوب، حيث رجّح كفة قاعدة الإسناد الحديثة في دولة القاضي لحكم النزاع، بيد أنّ الأمر يتعلق بتحديد القاعدة التي على أساسها يتم الوقوف على قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق. وهو ما جعل الفقيه يعدل عن موقفه هذا بالنظر لقصوره³.

¹ تتحقق هذه الفرضية بالنسبة للدول التي تعتنق الإحالة.

² هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، ص 36.

³ هشام خالد، المرجع نفسه، ص 45.

03 - نظرية دوسيزاري:

لم يباعد الفقيه دوسيزاري نهج سابقه المفضي بإعمال قاعدة الإسناد الجديدة في قانون القاضي وقت تصديه للنزاع، وإن كانت المسألة تتعلق بمراكز قانونية نشأت في ظل القاعدة القديمة، غير أنه أسس موقفه هذا من منطلق رفض فكرة الإحالة¹. وهو المسلك الذي يلم سلم من سهام النقد بحكم أن الفقيه تخوف من تنازع قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، في حين أن الأمر يتعلق بتنازع زمني لقواعد الإسناد الوطنية، هذا ناهيك عن منحه الأسبقية لقاعدة الإسناد الحديثة في حكم علاقات قانونية اكتملت في ظل سابقتها.

04 - نظرية كاهن:

لقد اهتم الفقيه الألماني بالطرح المائل بموجب تفحصه لقواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الألماني لسنة 1900، حيث خلص في السنة الموالية إلى نشر النتائج التي توصل إليها بخصوص التنازع الزمني في قاعدة الإسناد الألمانية²، والتي شملت نقطتين أساسيتين:

- تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية القديمة كلما ارتبطت العلاقة القانونية محل النزاع بدولة القاضي، وبخلاف ذلك تماماً يتم إعمال قاعدة الإسناد الجديدة على كافة النزاعات القائمة أمام القضاء ولو اشتملت على مراكز قانونية اكتملت في ظل القاعدة القديمة، مادامت هذه المراكز لا ترتبط بدولة القاضي.

وعلى هذا النحو يكون الفقيه كاهن قد خلص إلى حل مسألة التنازع الزمني، عن طريق الترجيح الخفي للقانون الوطني الألماني القائم على عنصر الصلة أو الارتباط.

- إعمال قاعدة الإسناد القديمة في حال أشارت إلى اختصاص القانون الوطني (الألماني) على المراكز القانونية الناشئة في ظلها، حيث يكون القاضي في هذه الحالة أمام قواعد الموضوعية التي ألفها³.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 46.

² هشام خالد، المرجع نفسه، ص 49-50.

³ هشام خالد، المرجع نفسه، ص 53.

05 - نظرية ماران:

الفقيه ماران هو الآخر ساق نظريته الخاصة بجل مسألة التنازع الإنتقالي من خلال قاعدتين أساسيتين:

- تطبيق قاعدة الإسناد الحديثة على كافة المراكز القانونية المتنازع حولها، حتى تلك التي نشأت قبل سريانها، وهذا متى كانت هذه المراكز لا تمد بأية صلة لدولة القاضي أو مواطنيها. وبهذا يكون ماران قد عمد إلى توفير حماية للوطنيين، وذلك من خلال عدم حرمانهم من قاعدة الإسناد القديمة التي اكتملت في كنفها المراكز القانونية حتى وإن أشارت إلى اختصاص قانون أجنبي معين؛ وبالمقابل منع تضررهم من القاعدة الجديدة التي طرأت بشكل فجائي وغير متوقع.

- إعمال قاعدة الإسناد القديمة متى أشارت إلى تطبيق قانون القاضي، أو كانت تهمّ الوطنيين، ومن ثمّ تطبيق قواعد التنازع الانتقالي في القانون المختص وطنيا كان أم أجنبيا بغية معرفة قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق (حديثة كانت أم قديمة)¹.

وبالرغم من محاولة ماران من خلال هذه القاعدة توفير قدر من الحماية لأطراف العلاقة القانونية، بتقرير حقهم في التمسك بقاعدة الإسناد القديمة، إلا أنّ طرحه هذا قد يصطدم بالتعقيد، لا سيما في الحالة التي تقوم فيها قاعدة التنازع الانتقالي في القانون الأجنبي المختص بالفصل في إعمال قاعدة تنازع وطنية².

ثانيا - تعديل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص:

لا يقتصر التنازع الانتقالي على تغيير أو تعديل قاعدة الإسناد في قانون القاضي المختص بحكم النزاع، بل قد يمتد ليطول قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهو ما لا يمكن أن يتأتى إلا بتوافر شرط أساسي وهو اعتناق قانون القاضي لنظام الإحالة؛ حيث يعبر أهل الاختصاص على مثل هذا التنازع

¹ نفترض أنّ ألمانيا أبرم عقد تجاري مع فرنسي في فرنسا في ظل قاعدة إسناد قديمة ليثور نزاع في مرحلة لاحقة في ظل قاعدة إسناد جديدة وتم عرضه على القضاء الألماني. فالقاضي وفقا لهذا التوجه يقوم بإعمال قاعدة التنازع القديمة، ولنفترض أنّها منحت الاختصاص لقانون مكان الإبرام الذي هو في هذه الحالة القانون الفرنسي، فالقاضي الألماني يقوم بتفحص القواعد الموضوعية التي تعنى بتنظيم التنازع الانتقالي في القانون الفرنسي المختص بغية التوصل إلى القاعدة الواجبة التطبيق في قانونه الوطني.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 63.

بمصطلح " التنازع الدولي للقانون الانتقالي " تمييزا له عن " التنازع الانتقالي الدولي " الذي ينشأ في دائرة قانون القاضي المختص والذي سبقت الإشارة إليه¹.

ولما كانت الإحالة بمثابة قوام هذا التنازع، فإنّ الأرجح أن يتم فض التنازع الزماني من خلال إعمال أحكام القانون الانتقالي في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا وفقا لمبدأ الإسناد الكلي. فقاعدة الإسناد في قانون القاضي على هذا النحو تكون قد أقرت بعدم ملاءمتها لحكم النزاع، ضف إلى ذلك فإنّ المنطق يقضي بأن تفسير القانون الأجنبي المختص لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال مبادئه؛ وهو الحل الذي ثمنه معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في Dijon سنة 1981².

ثالثا - تعديل القواعد الموضوعية في القانون المختص:

يسري على التنازع الزمني الذي يتحقق في حال تغيير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص نفس الحكم الذي سيق بخصوص قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص؛ وهو إعمال أحكام القانون الانتقالي في هذا الأخير، عملا بنفس المبررات، وهو ما أخذ به القضاء المصري، وتحديدًا محكمة القاهرة المختلطة في حكم صادر بتاريخ 17 فبراير 1930 في شأن إعمال القانون الألماني المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية على عملية بيع تمت سنة 1921، وهذا بعد صدور قانون ألماني بأثر رجعي يعيد تقدير قيمة العملة الألمانية (المارك) بتاريخ 16 جويلية 1925³؛ بالرغم من وجود مسلك مخالف يُفرضي إلى إمكانية حل التنازع المائل عن طريق أحكام القانون الانتقالي السائد في دولة القاضي⁴.

هذا وقد تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون القاضي، الذي عرفت قواعده الموضوعية تغييرا منذ نشأة المراكز القانونية، حيث يجد القاضي الوطني نفسه في هذه الحالة أمام خيارين اثنين؛ خيار أول يُفرضي إلى إعمال القواعد المادية السارية المفعول لحظة انعقاد العقد، وخيار ثاني يطبق من خلاله القواعد

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 119.

² L'effet dans le temps de la modification d'une règle de droit international privé est déterminé par le système de droit auquel cette règle appartient.

مشار إليه في: هشام خالد، المرجع السابق، ص 128.

³ لمزيد من التفاصيل حول القضية راجع في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 726.

⁴ وهو ما أقرته المدونة الأمريكية لتنازع القوانين لسنة 1934 في شأن سائل الأحوال الشخصية، أنظر في ذلك: هشام خالد، المرجع السابق، ص 143.

المادية السارية المفعول لحظة نشوء النزاع، أي القواعد اللاحقة لنشأة المراكز القانونية. فالتنازع على هذا الوجه هو بمثابة تنازع داخلي في الظاهر، وإن كان يثور بمناسبة إعمال قاعدة التنازع. وقد استقرت الحلول في هذه الفرضية على مبدأ مفاده "عدم رجعية القوانين"، أي أنّ أحكام القواعد القانونية لا تسري على الماضي بل ينصرف أثرها للمستقبل¹. ومع ذلك نجد أنّ المبدأ ليس بالقطعي، فالضروريات تحتم في العديد من الأحيان على المشرع الخروج عن الأصل ولكن بقيود².

ونظرا لأهمية المسألة وتأثيرها على حقوق الأطراف في عقود التجارة الدولية فيمكن القول أنه وجب من باب أولى تطبيق أحكام القانون الذي اكتملت في كنفه المراكز القانونية باعتباره القانون الذي يصون توقعات الأطراف المتعاقدة، ضف إلى ذلك أنه القانون الذي ضبط حقوقهم والتزاماتهم، وانصرفت إرادتهم لارتضاءها.

الفرع الثاني: اصطدام قانون الإرادة بحاجز النظام العام

إن كان هدف قانون الإرادة هو وضع المصلحة الخاصة فوق كل الاعتبارات، فهذا لا يعني بالضرورة إهداره وتجاهله للمصلحة العامة، بل على العكس من ذلك³؛ فمصلحة الأطراف في مصلحة الجماعة، وهذه الأخيرة ما هي إلا انعكاس للحريات الفردية القائمة في مجتمع التجار.

¹ وقد استقر المشرع الجزائري على ذات التوجه من خلال نص المادة 02 من القانون المدني التي جاء فيها: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي...".

في حين أنّ المشرع المغربي جعل من المبدأ قاعدة دستورية نص عليها من خلال أحكام المادة 04 من دستور المملكة لسنة 1982 حيث جاء فيها أنّ: "القانون أسمى تعبير عن إرادة الأمة، ويجب على الجميع الامتثال له، وليس للقانون أثر رجعي". أنظر هشام خالد، المرجع السابق، ص 134.

² فنجد أنّ المشرع المصري على سبيل المثال أشار من خلال نص المادة 187 من الدستور على إمكانية الخروج عن المبدأ في غير المواد الجنائية، حيث جاء في مضمونها أنه: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك، يجوز في غير المواد الجنائية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب".

لمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: هشام خالد، المرجع نفسه، ص 135.

³ في هذا الصدد علّق الفقيه Paul Lerebours-Pigeonnière في وصفه لقواعد التنازع بالقول:

« Si j'ai mis au premier plan les intérêts privés, c'est que le bien commun d'Etats solidaires est a priori satisfait par un règlement du conflit fondé sur l'utilité et l'équité dues au commerce privé international, de même que le droit civil interne réalise l'intérêt général par l'intérêt privé. Il n'est pas moins nécessaire de ne jamais perdre de vue les grands intérêts politiques (c'est-à-dire le bien commun dans chaque Etat) pour les sauvegarder ».

أنظر في ذلك:

LOUSSOUARN Yvon, L'évolution de la règle de conflit de lois. In: Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988. Journée du cinquantenaire, p 85.

أولاً - مضمون فكرة النظام العام:

قد يتبين للقاضي الوطني أنّ القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية يتضمن أحكاماً تخالف المفاهيم الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع الدولة التي ينتمي إليها؛ فتكون هذه الفرضية بمثابة الحجية التي يركز عليها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي حفاظاً منه على نظامه الوطني، وحماية له من المفاهيم التي تتعارض تعارضاً صارخاً مع أسسه؛ إذ يتم استبعاد القانون الأجنبي تحت حجة مخالفته النظام العام. وكانت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الحادية والثلاثين المنعقدة في الفترة ما بين الفاتح إلى 12 جوان من سنة 1998 قد دعت إلى الحد من استقلالية الإرادة بحيث لا تتعارض مع أحكام النظام العام أو القواعد الإلزامية الأخرى لقانون بلدانها¹.

ويرجع امتناع القاضي عن إعمال القانون الأجنبي إلى انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص، هذا الأخير لا يتحقق بمجرد تخالف الأحكام المقررة بين التشريعين، بل يتجسد في حال تعارض الأحكام الأجنبية مع المبادئ الجوهرية التي يقرها قانون القاضي، والذي يعود أساساً إلى اختلاف التيارات الخلقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية على درجات متفاوتة².

ونظراً لأهمية المسألة في مجال المعاملات الدولية، وحماية لتوقعات الأفراد وجب الوقوف على مضمون فكرة النظام العام، خاصة وأنّ مفهوم هذا الأخير في المجال الدولي مازال يكتنفه بعض الغموض نتيجة لعدم قيامه على أسس ثابتة وشاملة، حيث يمكن القول بأنه يرمز إلى مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية؛ فهو عبارة عن مجموعة من القواعد الجوهرية التي يُبنى عليها كيان الجماعة سواء أكانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم ثقافية أم خلقية³. كما يمكن أن يراد به مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في

¹ CHAKROUN Majdi, op, cit, p 668.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 180.

³ أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.startimes.com/?t=28000505> زيارة بتاريخ 2017/02/11 في حدود الساعة 12:40.

الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا، ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوينها¹.

هذا وعرف بعض الكتاب الإنجليز النظام العام بالنظر إلى الدور المنوط به في مجال المعاملات الخاصة الدولية، حيث قيل أنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي، أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا، أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها².

ولعلّ التعريف الذي يمكن أن يلمّ بفكرة النظام العام هو الذي يعرفه بأنه " مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة، من سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية وفكرية، التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السّماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه؛ سواء كانت هذه الأفكار والمبادئ مجسّدة بنصوص تشريعية، أم أنها لا تلبس نصا تشريعيّا محددًا؛ وسواء أكانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد، أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل"³.

والملاحظ عن هذا التعريف أنه يتضمن بعض المفردات على غرار "مجتمع معين"، "لحظة معينة" وهو ما يجعلنا نُسلم بفرضية استحالة وضع تعريف جامد وموحد لفكرة النظام العام، ولعلّ ذلك راجع في الأساس لعدّة أسباب أهمها اختلاف المفهوم من دولة إلى أخرى، ومن زمن لآخر في الدّولة الواحدة، وهو ما يُعدّ أمرًا منطقيًا نتيجة لتطوّر الأوضاع على اختلافها سياسية كانت أم اقتصادية أم اجتماعية، ما يترتب عنه تغيير المفاهيم القانونية بالدولة. لهذا نجد أنّ بعض التشريعات تتجنّب إعطاء مفهوم دقيق للنظام العام حيث تربطه بالمصلحة العامة، وتكتفي بتبيان الجزاءات المترتبة على مخالفتها. هذا وكشفت العلاقات في مجال عقود التجارة الدولية عن وجود نظام عام آخر هو النظام العام الدولي، و الذي يُعرف بتسميات مختلفة منها، النظام العام العالمي أو النظام العام العابر للحدود؛ حيث يرمز إلى مجموعة القواعد اللّصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الدّاتية الخاصة التي

¹ ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2005.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 184.

³ محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، صفحة 142.

تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول. بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية¹. ولقد ورد مصطلح النظام العام الدولي في نص المواد 1051 و 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية، وطرق الطعن فيها². في حين أغفل المشرع لفظ " دولي " في نص المادة 24 من قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني³؛ وهذا ما يثير بعض التساؤلات حول موقف المشرع اتجاه فكرة النظام العام، وهل فعلا هناك معايير في ظل القانون الجزائري لتحديد النظام العام الوطني أو الداخلي والنظام العام الدولي؟

من خلال استقراء سطحي للحالة يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد تخلى عن فكرة التمييز ليترك مهمة التقدير وتحديد معنى ومضمون النظام العام الدولي للقاضي، دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة⁴؛ في حين نجد أنّ الاجتهادات القضائية الفرنسية وفي العديد من القرارات كانت قد كرست التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، ومثال ذلك القرار التحكيمي في قضية GOSSET سنة 1963 والتي تلخص وقائعها في النزاع الذي ثار حول حكم تحكيمي صادر في إيطاليا بناءً على شرط تحكيمي وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم التحكيمي بالتعويض للمصدر الإيطالي لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب؛ وهذا الحكم كان واجب التنفيذ في فرنسا. وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك على أساس أنّ العقد الذي تضمن شرط التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام الفرنسي تقديراً لعدم مراعاته للقواعد

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 297.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21 لسنة 2008.

³ المادة 24 من الق.م.ج: " 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"، وهو ما أقره المشرع العراقي من خلال نص المادة 32 من التقنين المدني، كما تقابلها كل من المواد 30 قانون مدني سوري، و 27 مدني إماراتي.

⁴ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 73.

الأمر الخاصة بالتصدير. وتأسيساً على بطلان العقد الأصلي فإنّ الأمر يستتبع بطلان شرط التحكيم، وبطلان حكم التحكيم الذي صدر بناءً عليه. إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وقضت بأن اتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلال قانوني ولا يتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي¹. ليتضح من خلال هذه القضية أنّ محكمة النقض الفرنسية كرّست مبدأ التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي عن طريق الإشارة إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وإقرار قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي.

وعلى صعيد آخر قد يثور التساؤل حول زمن الأخذ بمفهوم النظام العام من طرف القاضي، بين لحظة نشوء العلاقة، ووقت رفع النزاع، ووقت صدور الحكم. حيث خلصت الحلول إزاء هذا الطرح إلى وجوب تقييد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته وقت صدور الحكم باعتباره الزمن الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي، حيث يمتنع عن إعماله متى تعارض مع المفاهيم القانونية السائدة في بلده. هذا وتجدر الإشارة أنّ الاعتراف للقاضي بسلطة تحديد مفهوم النظام العام لا يعني ترخيصه بإرساء نظريته الشخصية في هذا المجال، بل بخلاف ذلك يلزمه هذا الاعتراف بالتقيّد بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتماشية مع مصالح أمته².

ثانياً - الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام:

إن كانت فكرة النظام العام بمثابة وسيلة يعمد إليها القاضي لكبح مسار الإرادة في إعمال القانون المختار على العقد التجاري الدولي، فهذا قد يرسخ فينا ذاك الشعور الذي يوحى بعدم استقرار الروابط الدولية، بحجة أنّ مساعي الأطراف وتطلعاتهم قد تكون محلّ شكّ أو ردّ. وعليه وجب البحث عن مدى تأثير فكرة النظام العام على المنهج التنازعي بصفة عامة، والقانون الإرادي على وجه التحديد، طالما أنّ المسألة بهذا الشكل قد تعيدنا لنقطة البداية في معادلة تنازع القوانين.

¹ جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2010، ص 91.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

01 - الأثر السلبي للدفع بالنظام العام:

إن كان النظام العام يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي بغية حماية المفاهيم الأساسية في دولة القاضي، فالتساؤل يثور حول نطاق الاستبعاد هذا، إن كان يمس القانون الأجنبي برمته أم يمس الجزء المخالف للنظام العام فقط؟!

يتجاذب هذه المسألة رأيان، ينادي الأول بوجود الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف، في حين يقر الثاني بحصر الاستبعاد على الجزء المخالف لوحده. وقد لاقت الفرضية الأولى استحساناً لدى أقلية من الفقه الفرنسي والتي أقرت بوجود استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي بأحكامه كاملة حتى ولو كان الجزء المتعارض منها هو حكم واحد أو جزء معين من القانون الأجنبي، معللين موقفهم هذا بالاستناد إلى الحجج التالية:

* يجب النظر إلى القانون الأجنبي على أنه كتلة لا تتجزأ، فلا يصح استبعاد جزء منه وتطبيق الجزء الآخر غير المخالف للنظام العام لأنّ في ذلك تشويهاً لهذا القانون وتقطيعاً لأوصاله.

* يشكل الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي خرقاً لقاعدة التنازع في قانون القاضي، طالما أنّ غرض المشرع من قاعدة التنازع هو تطبيق القانون الأكثر صوناً لتوقعات الأفراد والأكثر قدرة على تحقيق العدالة؛ وهذا الهدف لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً، وهو مالا يتحقق في حال الاستبعاد الجزئي¹.

في حين لا يمكن تجاهل الفرضية القائمة على أنّ الاستبعاد يطال فقط الجزء المخالف لمقتضيات النظام العام دون سائر الأجزاء الأخرى، بحيث تُحقّق بهذا المنظور قاعدة التنازع وظيفتها من خلال الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام مع الإبقاء على أجزائه الأخرى. غير أنّ الفرضية الماثلة قد لا تتحقق في الحالة التي ترتبط فيها هذه الأجزاء بالجزء المخالف لتشكّل كتلة واحدة متلاحمة، بحيث يتحمّم من خلالها الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي الذي خالف في جزء منه فقط النظام العام في دولة القاضي.

¹ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 214.

02 - الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام:

من البديهي أن يُتبع الأثر السلبي بأثر إيجابي خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بعلاقات خاصة دولية، بمعنى أنّ استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام في دولة القاضي لا بدّ أن يصاحبه البحث عن الحلول البديلة في هذا المجال حتى لا يقف القاضي أمام مسألة إنكار العدالة .

يمكن أن نشير إلى أنّ البحث عن البديل قد يكون في القانون الأجنبي ذاته؛ بحيث يتعين على القاضي إيجاد نص بديل يحكم المسألة شريطة ألا يكون هو الآخر مخالفاً للنظام العام، كون أنّ الرجوع للقانون الأجنبي ذاته ملء الفراغ القانوني يحفظ لهذا القانون احترامه ويتفق مع ما تمليه روحه، وهو ما من شأنه أن يحفظ لقاعدة التنازع وظيفتها لتؤدي دورها الذي وضعت لأجله¹. وقد وجد هذا الطرح ضالته في القضاء الألماني حيث نادى به محكمة الرايخ الألمانية في حكم لها بتاريخ 19 ديسمبر 1921 في سياق منازعة تتعلق بدين كان يحكمه القانون السويسري آنذاك والذي يقضي بعدم قابليته للتقادم مطلقاً؛ وقد استبعدت المحكمة النص الوارد في القانون السويسري الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام الألماني، وبدلاً من أن تعود لتطبيق هذا الأخير ذهبت تبحث في القانون السويسري عن نصّ بديل يقوم مقام المستبعد (وهو النص الذي يفرض أطول مدّة للتقادم) والذي يعدّ في نظرها البديل الملائم لحكم العلاقة².

في حين قد تجد فرضية أخرى ضالته من خلال البحث عن أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف، أو تطبيق القانون الأقرب للعلاقة أو تطبيق قانون القاضي³.

وبالعودة للحلول التي سيقى بخصوص هذه الفرضية، يمكن القول بأنّ النهج الذي سلكه القضاء الألماني بالبحث عن البديل في القانون المستبعد هي مسألة مبالغ فيها، لأنّها قد تفضي إلى إعمال نصوص قانونية لم تكن منوطة أصلاً بحكم هذه المواقف، إذ يكون من الأجدر الامتناع بصفة مجردة من تطبيق القانون الأجنبي دون الخوض في متاهات بحث النصوص البديلة. أمّا بالنسبة للحل القائم على حماية الطرف الضعيف فهو حلّ ينطوي على مصادرة على المطلوب إذ أنّ معرفة هذا الأخير تتطلب الخوض في أحكام القانون الواجب التطبيق. أمّا عن فرضية البحث عن القانون الأقرب للعلاقة القانونية وإن كانت

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 219.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 609.

³ سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص 612.

خطوة مستحسنة للبحث عن القانون الواجب التطبيق وذلك عن طريق الإسقاط، فإنها لا تخلو من العيوب باعتبار أنّ القاضي وبغرض تفادي مشقة البحث في مختلف القوانين، قد يلجأ إلى التعامل مع معطيات النزاع وفق الوصف الذي يقود به لإعمال قانونه الوطني.

أما عن الحلّ الأخير المفضي إلى تطبيق قانون القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام، فقد لاقى ترحيباً في أوساط القانون المقارن لأنه يقوم على اعتبارات عملية تتمثل في كون قانون القاضي هو صاحب اختصاص احتياطي عام، فيتعيّن إحلاله محل القانون الأجنبي المختصّ في كلّ مرة يتعدّر فيها تطبيقه سواء لتعدّر الوقوف على مضمونه أو لمخالفته للنظام العام، وهو ما نصّت عليه صراحة المادة 73 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 التي جاء فيها أنه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في الكويت. ويتعيّن في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي"¹، وأخذ به المشرع التونسي في الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التي جاءت بعبارة: " يطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها ". وبالتالي يمكن القول بأن الأثر الإيجابي للنظام العام لا يمكنه الظهور بصورة منفردة إلا في ظل تحقق الأثر السلبي، في حين أنّ هذا الأخير يمكنه الظهور بصورة منفردة².

03 - الأثر المخفف للدفع بالنظام العام:

إن كان مبدأ النظام العام على الوجه الذي تمّ التعرّض إليه يوحى بوجود قدر من التشديد، والذي من شأنه أن يعيق أهداف العلاقات الخاصة الدولية طالما يقف كعقبة في وجه إرادة الأطراف وتطلعاتهم، فإنّ فكرة النظام العام المخفّف تقوم على أساس تلطيف المفهوم المشدّد في مواجهته للقوانين الأجنبية.

من هذا المنطلق، وجب التفريق في مجال إعمال الدفع بالنظام العام بين مرحلة انشاء الحق داخل دولة القاضي، وبين مرحلة الاحتجاج في هذا البلد بحقّ اكتسب في الخارج³؛ حيث ينتج النظام العام في الفرضية الأولى كامل آثاره، ويستوي في ذلك أن يهدف القانون الأجنبي لإنشاء حقّ يتعارض ومبادئ دولة

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 621.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 192.

³ LOUSSOUARN Yvon - BOUREL Pierre, Droit international privé, Dalloz 1976, p 355.

القاضي، أو يمنع أمراً خلافاً لها. أما في الفرضية الثانية، فإنّ الحقوق التي نشأت في الخارج مخالفة للنظام العام لدولة القاضي، يكون فيها الدفع بهذا الأخير محققاً؛ ومؤدّى ذلك أنّ الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر إزاء حقّ نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به لو أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي. وبالتالي فإنّ المركز القانوني أو الحقّ الذي نشأ في ظلّ قانون أجنبي يسمح بإنشائه وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي قد يحظى بقدر من التسامح قبل القاضي الوطني. وقد كرّس القضاء الفرنسي مبدأ الأثر المخفف للنظام العام في العديد من المناسبات¹، في وقت ينتقد فيه الأستاذ Francekakis فكرة التمييز بين إنشاء الحقوق وآثارها كونها تفرقة معيبة، إذ يصعب في بعض الفرضيات الفصل بين الحق وآثاره².

وعلاوة على هذا كلّه يأخذ جانب من الفقه على غرار الفقيه الإيطالي "Mancini" والفقيه "Savigny" والفقيه "Jesseb booty" بفكرة النظام العام التوجيهي³؛ حيث يراد بها في تقديرهم القواعد القانونية التي تنظم وتدير الاقتصاد الوطني، وهي بالتالي تحمي المبادئ الأساسية والمصالح العليا للبلاد في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، كما تسير تطور السياسات الاقتصادية للدولة. وبالتالي فإنّ تحقيق المصلحة العامة يقتضي التضحية بالمصلحة الخاصة، ما يترتب عنه حتمية تكاثف الإيرادات من أجل ضمان وحدة المجتمع، وتحقيق المساواة الفعلية.

الفرع الثالث: قانون الإرادة وعائق القواعد ذات التطبيق الضروري

إنّ المعمول به في مجال القانون الدولي الخاص عموماً، وفي مجال التجارة الدولية على وجه الخصوص، وبالتحديد ما تعلق منها بالرابطة التعاقدية كونها رابطة قانونية تتصل بدول مختلفة، هو أنّ القاضي يطبق ما تشير إليه قاعدة التنازع التي يحددها قانونه المحلي، وهذا قصد فض النزاع الذي ينشأ

¹ فقد تبنت محكمة النقض الفرنسية فكرة الأثر المخفف للنظام العام لأول مرة في قرار لها صادر بتاريخ 1860/02/28 بموجب قضية Bulkeley والتي اعترفت من خلالها بصحة الطلاق الموقع بالخارج، بالرغم من تعارضه مع النظام العام آنذاك. وهذا بغية ضمان استقرار واستمرارية العلاقات الاجتماعية على الصعيد الدولي، وتفادي ذلك التضارب الذي يطال حالة الشخص، بحكم اعتباره مطلقاً بموجب قانون دولة، ومتزوج بموجب قانون دولة أخرى.

أنظر في ذلك:

MELIN François, Droit international privé, édition Casbah, Alger, 2004, p 67.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988، ص 197.

³ علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، كلية القانون جامعة الزاوية، سنة 2015، ص 30.

بخصوصها. غير أنّ هذا الأمر ليس مُطلقا من كل قيد؛ فإلى جانب النظام العام الذي سبقت الإشارة إليه، هناك بعض القوانين لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين الدول المختلفة، ومن بين هذه القواعد القانونية نجد ما يعرف " بالقواعد الآمرة "، أو ما درج على تسميتها " بقواعا البوليس و الأمن " أو " القواعا ذات التطبيق الفوري أو المباشر "، أو " القواعا ذات التطبيق الضروري "؛ حيث يعمد المشرع من خلالها إلى تقييد حرية الأطراف عن طريق جبرهم بعدم مخالفتها والخروج عن أحكامها، وهذا تحقيقا لحماية سياسات تشريعية اجتماعية تنصب حول حماية الطرف الضعيف، أو سياسات تشريعية اقتصادية تهدف إلى تأطير عمليات الاستيراد والتصدير بغية توسيع زاوية الرقابة على حركة السلع والبضائع.

أولا - ضرورة الوقوف على المدلول الاصطلاحي:

إنّ عدم الاستقرار والتباين في المصطلحات القانونية المعتمدة من قبل مختلف التشريعات المقارنة في وصفها للقواعد ذات التطبيق الضروري، يثير فضولنا للوقوف على كل مدلول، لبحث ما إذا كان الأمر لا يعدو أن يكون مجرد اختلافات سطحية (أي اختلاف في التسمية فقط)، أم أنّه بعكس ذلك ينطوي على اختلافات جوهرية، طالما أن المسألة متعلقة بتقييد حرية الأطراف عن طريق الحد من إرادتهم.

01 - قواعا البوليس والأمن:

لقد درج الفقه التقليدي الذي سبق المذهب الاشتراكي، ومنذ عهد الفقيه Bouhier إلى تبني مصطلح قواعا البوليس والأمن على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني أو التي تعنى بالمصلحة العامة، وهو ما أقره المشرع الفرنسي في نص المادة 03 من القانون المدني الصادر عام 1804 والتي جاء فيها أنّ " قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي "، حيث عرّفها بالمناسبة الفقيه الفرنسي Francescakis بأنها: " مجموعة القواعد التي يمكن تطبيقها ضروريا لأجل ضمان مصالح الدولة السياسية والاجتماعية والاقتصادية " ¹، وهو التعريف الذي لم يلقى ترحابا كبيرا من طرف الفقه الفرنسي حيث أوضح من خلاله الفقيهان Loussouran, Bourel أنّ هكذا تعريف يشوبه الضعف، وذلك بحكم أنه ليس هناك فرق من حيث الطبيعة بين قواعا البوليس وغيرها من القواعد في ظل الدولة الحديثة التي ترمي فيها كل قاعدة إلى ضمان المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع؛ كما أن حماية نظام

¹ عبد الله فاضل حامد، القواعا الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، سنة 2019، ص 26-27.

الدولة تضمنه فكرة النظام العام التي تضع جانبا كل قانون واجب التطبيق يتعارض ومضمونها¹. ضف إلى ذلك أن اصطلاح قواعد البوليس يوحى إلى تلك القواعد الإقليمية التي تسري على كافة الوقائع والتصرفات التي تقع داخل إقليم الدولة بغض النظر عن أطراف العلاقة.

02 - القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر:

لقد استعاض الفقه الحديث عن مصطلح قواعد البوليس والأمن بمصطلح جديد هو " القواعد الفورية التطبيق "، إذ عمد الفقيه Francescakis إلى تغيير موقفه عن طريق تبني مصطلح القواعد ذات التطبيق المباشر أو الفوري " Règles d'application immédiate " والذي استمدته من منهجية هذه القواعد في التطبيق، والتي يكون إعمالها وفقا لمنهج مباشر تستبعد من خلاله قواعد التنازع. كما أقرّ هو ومؤيديه على أنّ هذا المصطلح يحقق الكثير من المزايا التي لا يحققها مصطلح قواعد البوليس والأمن على اعتبار أنه يشكل أساسا منطقيا لاختصاص قانون القاضي، بدلا من الغوص في دوامة مبدأ الإقليمية والنظام العام؛ ضف إلى ذلك أنّ هذا المصطلح يعمل على تطبيق القواعد القانونية اللازمة لحماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للدولة بصورة مباشرة². وبالرغم من التأييد الذي حظي به المصطلح إلا أنه يثير الكثير من اللبس، على اعتبار أنّ لفظ " المباشر " قد يعيد إلى الأذهان مسألة سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان³.

03 - القواعد ذات التطبيق الضروري:

في ظل التباين الذي عرفته المصطلحات السابقة، عمد الفقه الحديث إلى استخدام مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يعرف بـ " Règles d'application nécessaire " كدلالة على تلك القواعد الضرورية واللازمة لحماية التضامن الاقتصادي والاجتماعي لمجتمع دولة القاضي، حيث لا يمكن لهذا الأخير تجاهلها في حال تحققت الصلة بين العلاقة المعروضة عليه وطنية كانت أم دولية وقانونه

¹ عبد الله فاضل حامد، المرجع السابق، ص 27.

² علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 30.

³ وهي تلك المبادئ العامة في تطبيق التشريع، والتي يحكمها مبدأ أساسي وهو التطبيق المباشر والفوري، استجابة لما يعرف بعدم رجعية القوانين، والاستثناءات الواردة عليها. لكثير من التفاصيل راجع في ذلك:

عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول، باربي للنشر، الجزائر، سنة 2009، ص 434 وما بعدها.

الوطني، وفق مبدأ تدخل الدولة الذي يرمي لحماية أسسها. وهو ما قد يبرر التأيد الكبير الذي لاقاه المصطلح في أوساط الفقه الدولي¹.

وبتقدير الباحث، نرجح كفة الفقه الحديث في تبنيه لمصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري، بحكم أنّ المصطلح يفيد مضمونه الحماية والوقاية، بمعنى أنها قواعد ترمي إلى حماية الأسس والقيم والمبادئ في الدولة، فهي تتدخل بالضرورة في حال استشعرت أنّ القانون الأجنبي قد يتعارض مع هذه الأسس والمبادئ.

وإن أردنا الذهاب بعيداً في غاية ومضمون ودلالة القواعد ذات التطبيق الضروري، فيمكن القول أنّ تنامي دور الدولة في العصر الحديث ودأبها على حماية المجتمع بصورة عامة بعدما كان دورها يقتصر على وضع القوانين التي تعمل على ضمان حماية الأفراد في مواجهتهم للدولة كجهاز سياسي، جعل منها منظومة مختصة بإصدار القوانين التي تحمي المجتمع بأسره، حيث بدأ تدخلها يتجلى في المجال الاقتصادي عن طريق سنّ القوانين التي من شأنها ضمان قدر من الحماية في هذا المجال.

ولما كان القانون بمثابة ظاهرة اجتماعية تتطور بتطور المجتمع ليعكس صورته على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كان لابد من تطويعه حتى يوافق التدخل الاقتصادي للدولة؛ ولعلّ هذا ما أظهر للوجود فكرة العقد الموجه، هذا الأخير الذي يخالف نوعاً ما فكرة العقد الحر القائم على الإرادة المطلقة للأفراد؛ وهذا التوجه هو ما فرض على المشرع بأن يدعم القواعد التشريعية بالصفة الآمرة ليفرض على الأفراد الالتزام بعدم الاتفاق على ما يخالف أحكامها².

ولما كان تدخل الدولة في الحياة الخاصة الدولية من سمات التطور الحالي للقانون الدولي الخاص، كان لابد من مواجهة ما يثيره تطبيق قوانين التوجه الاقتصادي والاجتماعي في مجال العلاقات الخاصة المتضمنة للعنصر الأجنبي ومدى تأثيرها على قواعد الإسناد التي ترمي إلى إيجاد حلول لمشكلة التنازع الدولي للقوانين.

¹ عبد الله فاضل حامد، المرجع السابق، ص 32.

² علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 27.

أما عن مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يعد الفقيه الفرنسي Francescakis من بين الأوائل الذين تعرّضوا لها من خلال رسالته للدكتوراه التي عالج فيها نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص والتي لاقت تأييداً كبيراً؛ فيمكن القول بأنها " مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر لتصنيفها إلى قانون عام أو قانون خاص، ودون الحاجة إلى إعمال منتهج قواعد التنازع"¹. كما عرّفها أيضاً على أنها " القوانين التي تكون مراعاتها ضرورية من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم"².

في حين يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها " كل قاعدة تعتبرها الدولة التي أصدرتها واجبة التطبيق على العلاقات التي تربطها بها والتي تجعل من نظامها القانوني مختصاً، وأنّ مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة"³.

ثانياً - معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري:

بالرغم من الجهود المبذولة في سبيل إعطاء مفهوم تام وشامل للقواعد ذات التطبيق الضروري، وبالرغم من اختلاف التوجهات حول الدور المنوط بها، فإنّ ذلك قد لا يفضي إلى تمييزها عن غيرها من القواعد القانونية تمييزاً قطعياً، لا سيما في ظل عدم إفصاح المشرع عن نيته باعتبار قاعدة ما من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، لذلك نجد أنّ الدراسات في هذا المجال خلصت إلى وضع معايير تكون كفيلاً للكشف عن هذه القواعد:

01 - المعيار الشكلي:

وهو المعيار الذي يستند بصورة أساسية على إرادة المشرع التي تتجه إلى تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية على نحو يفيد باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتعطيل قواعد التنازع في تشريعه الوطني⁴؛ غير أنّ هذا الأخذ من شأنه حصر القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال ضيق، باعتبار أنّ المشرع قد لا يفصح

¹ تعريف لـ Francescakis مشار إليه في مذكرة جارد محمد، المرجع السابق، ص 99.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003، ص 245.

³ تعريف للأستاذ Pierre Mayer مشار إليه في مذكرة جارد محمد، المرجع السابق، ص 99.

⁴ محمد رسمي العمري، قاعدة التنازع في مسألة حماية غير كامل الأهلية، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2014، ص 61.

عن إرادته في اعتبار قاعدة موضوعية ما على أنها من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، في حين تقتضي طبيعة أهدافها أن تكون كذلك.

02 - المعيار الغائي:

أمام عجز المعيار الشكلي عن وضع حدود فاصلة للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، بادرت المساعي بالدعوة إلى ضرورة الأخذ بمعيار الغاية، عن طريق اتخاذ أساس منطقي يتمثل في التركيز على صفتين هامتين في التشريع الوطني ألا وهما صفتا العمومية والدوام، وأنّ تطبيق القانون الأجنبي يقتضي التضحية بإحدهما، وهو الأمر الذي يتطلب تحديد غاية بذاتها تكون صالحة لتمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد¹.

بيد أنّ تعدّد الغايات قد يفضي في نهاية المطاف إلى عدم حسم مسألة فصل القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد القانونية، بل بخلاف ذلك قد تضع القاضي أمام حتمية البحث عن غاية كل قاعدة قانونية وهي مسألة قد تثقل كاهله.

03 - المعيار العقلاني:

لقد أخذ هذا المعيار صفة العقلاني، كونه جمع بين التشريع والغاية التي يسعى لتحقيقها، حيث اعتنق ما يعرف بالصلة العقلانية التي تبرّر نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وتربط مضمونها بأهدافها؛ فتبرز أهمية هذا المعيار لدى محاولة الكشف عن قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي لقانون مختص بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، الأمر الذي يحتم القول بضرورة أن يكون هناك ثمة صلة عقلانية تبرر امتداد نطاق التطبيق المكاني لهذه القواعد غير المختصة أساساً، بحيث يصبح لزوماً على القاضي إعمالها بوصفها قاعدة ضرورة².

¹ محمد رسمي العمري، المرجع السابق، ص 64.

² محمد رسمي العمري، المرجع نفسه، ص 69.

ثالثا - القواعد ذات التطبيق الضروري بين الأعمال الوطني والأجنبي:

إن كان المسلم به أنّ القواعد ذات التطبيق الضروري تقف بمثابة جدار صد للقانون الإرادي ولاتفاق الأفراد في مجال المعاملات الخاصة، على اعتبار أنها تحوز الأولوية في الأعمال؛ فإنّ التساؤل الذي يطرح نفسه هل تطبيق هذه القواعد من طرف القاضي يقتصر على تلك التي تنتمي لقانونه، أم أنّ سلطته تتعدى ذلك إلى حد أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية؟

01 - أعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية:

يرتكز منهج قاعدة التنازع على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية، بحيث يعتبر نقطة الانطلاق في تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كان قانون القاضي أو قانونا أجنبيا. غير أنّ الأمر هو بخلاف ذلك بالنسبة لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تعطي أهمية للعنصر الأجنبي ولا للطابع الدولي للعلاقة القانونية؛ حيث يعتمد هذا المنهج على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض، وذلك قصد تحقيق الحماية لنظامه القانوني. وبالتالي يتم تطبيق هذه القواعد في قانون القاضي بصفة مستقلة عن قواعد التنازع، غير أنّ التطبيق المباشر لقانون القاضي في هذه الحالة لا يتم بناءً على فكرة الاختيار التي تقوم عليها قواعد التنازع، لأنّ القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي لا تقبل أي منافسة أو مفاضلة أو تزامم بينها وبين أي قاعدة أجنبية أخرى¹.

هذا وتذهب بعض المعاهدات الدولية كذلك إلى إقرار مثل هذه الأولوية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، فوجد على سبيل المثال أنّ نص المادة 7 فقرة 02 من اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تنص على أنّ " أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة أمره الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد ". إذ بهذا المنظور تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري بمثابة صمّام الأمان الذي يحول دون مساس مخاطر القانون الأجنبي بالأحكام والمبادئ الجوهرية في دولة القاضي.

¹ محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003، ص 29.

02 - إعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية:

إنّ ترجيح كفة القواعد ذات التطبيق الضروري لقانون القاضي على قواعد القانون الأجنبي قد يقضي على فكرة التعايش الدولي في المجال الخاص، بحيث تفضي هذه القاعدة بإقرار نصوص قانونية لم يتصور الأفراد خضوعهم لها، فهي بهذا المفهوم تُخلّ بتوقعاتهم من جهة، كما تقضي على الأمان القانوني الذي يحتضن مجال معاملاتهم من جهة أخرى.

فالأساس القانوني لقانون الإرادة يتجلى من خلال تيسير المعاملات التعاقدية، وهو مالا يمكن أن يتحقق في ظل عقبات قانونية متمثلة في القواعد الضرورية لتطبيق لقانون القاضي، لذلك وجب البحث عن إمكانية تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية على العلاقات التعاقدية موضوع النزاع.

أ - تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري للقانون الأجنبي المختص:

تنادي المساعي الحديثة بضرورة تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري للقانون الأجنبي المختص وهذا عملا بفكرة الإسناد الإجمالي. أي أنه إذا كان يستوجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي المنوط له الاختصاص بموجب قواعد التنازع الوطنية، فإنه يتحتم عليه أيضا أن يقوم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي يتضمنها هذا القانون باعتبارها جزء لا يتجزأ منه.

هذا ويجدر الرجوع لأحكام القانون الأجنبي المختص في مجموعه بما في ذلك قواعد البوليس التي ينطوي عليها تبريره في أنّ قواعد التنازع حين تشير باختصاص نظام قانوني معين فإنها لا تفرق فيه بين القواعد التي تنتمي للقانون الخاص أو قواعده التي تنتمي للقانون العام أو قواعد البوليس والأمن وغيرها من القواعد، كما أنّ مهمة تحديد القواعد الداخلية التي تعين تطبيقها والقواعد التي يستوجب استبعادها هي من المسائل التي يتكفل بتحديدتها هذا النظام نفسه. وبالتالي فاقتصار القاضي على تطبيق قواعد القانون الخاص في النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد التنازع مع تخليه عن القواعد ذات التطبيق الضروري فيه بالرغم من انتمائها لهذا النظام يشكل على هذا النحو تشويها لهذا الأخير.

وإن كانت بعض التشريعات الوطنية قد سايرت هذا الاتجاه الحديث¹، فإنّ بعض الجمعيات الدولية قد أدلت بدلوها هي الأخرى في هذا الشأن، حيث ذهب مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة Weisbaden عام 1975 في المادة الأولى فقرة 01 من القرار الذي تبناه إلى تأكيد هذا المعنى².

ب - تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية والتي لا تشكل جزءاً من النظام القانوني المختص:

إذا كانت الجهود الدولية تُقرّ بإمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري للقانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع تحت شعار الإسناد الإجمالي ولغرض حماية الأطراف المتعاقدة، فهل يمكن أن يمتد مدلول هذه الحماية إلى حدّ إعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية والتي لا تمدّ بصلة للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

ينتقد جانب من الفقه فكرة الإقليمية التي تتسم بها القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث أنّ الإقليمية من حيث المبدأ تتناقض مع منهج تنازع القوانين. ولاشك مما هو ثابت أنّ مصطلح " الإقليمية " يُستخدم للتعبير عن أمور غير متجانسة، بل ومتباينة فيما بينها تبياناً كبيراً، والعمل بالمصطلح على هذا المقام إنّما يترتب عليه الكثير من الاضطراب، في حين أنّ الفكر القانوني الحديث يتطلع إلى تمكين القانون الدولي الخاص من الابتعاد عن النظرة الضيقة للإطار الوطني البحث، حتى يتمكن القانون من تأدية دوره الأصيل في تحقيق التناسق والتعايش المشترك بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة³.

وعليه يمكن القول أنه وتحقيقاً للغاية المنشودة من قواعد التنازع، يمكن للقاضي أن يطبق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، وهذا إذا ما تضمن القانون الذي اختاره الأفراد نصوص مخالفة لقواعد البوليس والأمن المختصة، وبالتالي فالعقد التجاري الدولي متى أثار موضوعه إعمال القواعد ذات التطبيق

¹ حيث نجد أنّ القانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري الصادر سنة 1987 نص في مادته 31 على أنّ " اختصاص قانون أجنبي بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في هذا القانون يتضمن كافة القواعد التي ينطوي عليها القانون المختص الواجب التطبيق على النزاع، ولا يجوز استبعاد قاعدة أجنبية في القانون المختص مجرد اعتبارها من قواعد القانون العام " . مشار إليه في: عوني محمد الفخري، المرجع السابق، ص 257.

² محمود محمد باقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، المرجع السابق، ص 138.

³ تحليل للأستاذ هشام خالد، مشار إليه في:

هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 248.

الضروري، فهو يخضع لهذه القواعد بالإضافة إلى قانون الإرادة، وهذا عملاً بمعيار الصفة العقلانية بين هذه القواعد والرابطة العقدية¹.

وتجدر الإشارة في ذات السياق على أنه لا يوجد أي سبب جدي يدعو إلى القول بعدم قانونية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية بذاتها، غير أنّ التزام القاضي بتطبيقها يجب أن يكون قاصراً على الحالات التي ترغب فيها هذه القواعد في الانطباق وفقاً للمعايير التي حددتها تشريعاتها، وبالتالي فلا يجوز تطبيق قوانين الأمن والسلامة الأجنبية ما لم تكن قابلة لحكم النزاع المطروح وفقاً لمضمونها وأهدافها بالصورة التي وضعها المشرع الأجنبي، وهو التوجه الذي من شأنه أن يؤدي إلى وحدة الحلول والتنسيق بينها في الحقل الدولي، والتي تجسّد إحدى الغايات الأساسية التي يرمي إليها القانون الدولي الخاص؛ إضافة إلى أنه يؤدي إلى سهولة تنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها على المستوى الدولي².

رابعا - القاضي ومسألة المفاضلة بين القواعد ذات التطبيق الضروري:

إذا خلصت المسألة المتعلقة بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري إلى حد القول بإمكانية تطبيق القاضي للقواعد الأجنبية عن قانونه الوطني سواء ثبت ارتباطها بالقانون المختار بمقتضى قاعدة الإسناد من عدمه، ووقفاً عند الاعتبارات الدولية، وتحقيقاً للمصالح الفردية والاقتصادية، ومحاولاً لإضفاء الصفة الدولية بمفهومها الواسع؛ فالأجدر البحث عن موقف القاضي إزاء التنازع الذي قد يطرأ بموجب القواعد ذات التطبيق الضروري في صورها الثلاث، حول أولويتها في الإعمال وأخذها بعين الاعتبار.

لقد تباينت الحلول في حال تنازع أكثر من قاعدة واحدة للبوليس تنتمي كل منها لنظام قانوني مختلف يكون لكل منها إرادة الانطباق على جانب معين من جوانب الرابطة العقدية، بحيث تتصدى كل قاعدة لتنظيم هذا الجانب بطريقة تتعارض وباقي القواعد الأخرى. فأتجاه أول يشير أنه في حال ما إذا كانت أحد هذه القوانين المتنازعة تخص دولة القاضي، فلا بد من ترجيح قواعد البوليس الوطنية، معللين

¹ لقد اتجه بعض القضاء المقارن إلى الأخذ بالقواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون القاضي ولا للقانون المختص بموجب قواعد التنازع، ومن هذه الأحكام قرار لمحكمة النقض الهولندية Le hog roa في 13/05/1966 جاء فيه " بأنه قد يحدث بالنسبة لدولة أجنبية أن يكون مراعاة بعض قواعدها حتى خارج إقليمها بحيث يجب على القاضي الهولندي أن يأخذها بعين الاعتبار ويطبقها بالأفضلية على قانون دولة أخرى يكون قد اختاره الأطراف ليحكم عقدهم " .

مشار إليه في: عوني محمد الفخري، المرجع السابق، ص 261.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 235-236.

ذلك في أنّ دور القاضي يتمحور في حماية مصالح دولته بالدرجة الأولى إذا ما تعارضت مع مصالح دول أخرى. أما في حال انتمت القوانين المتنازعة برمتها لدول أجنبية عن دولة القاضي، سواء اختص قانونها بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي من عدمه فقد تعددت الآراء في هذا المجال، إذ ينادي أنصار فقه المدرسة الحكومية بضرورة تطبيق قانون القاضي أيضا في هذه الحالة وإن كان لا يريد الانطباق، وهو ما قد يشكل تجاهلا تاما للقوانين الأجنبية؛ في حين يرجح أنصار الفقه الأحادي كفة القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع في دولة القاضي، وهو ما يتنافى مع طبيعة قواعد البوليس والهدف المراد إدراكه منها.

وبين هذا وذاك يدعوا فريق آخر من الشراح إلى تطبيق القانون الذي يتضمن نفس المعيار الذي يعتنقه قانون القاضي كأساس لتحديد نطاق سريانه، في حين ينحاز جانب آخر من الفقه إلى إعمال قواعد البوليس التي تنتمي للدولة التي كان يمكن أن تختص محاكمها بالفصل في النزاع فيما لو لم يكن النزاع قد طرح بعد على المحكمة التي تنظر فيه.

وفي ظل هذا التباين نجد أنّ اتجاه من الشراح ينادي بترك مسألة التفاضل لسلطة القاضي المختص في النزاع، إذ يتولّى بنفسه تحديد القانون في هذه الحالة على ضوء معيار الدولة صاحبة المصلحة الجدية في تطبيق قانونها، ويضمن الفرضية جانب من الفقه الأحادي الذي يقر بضرورة إخضاع الأفراد للقانون الذي يتمتع بالفعالية الأقوى في مواجهتهم¹.

الفرع الرابع: قانون الإرادة وفرضية الغش نحو القانون

لما كان اختيار القانون الواجب التطبيق عمل إرادي، وفرضية الغش نحو القانون تبقى مسألة واردة في هذا النطاق؛ وعليه وجب علينا بحث مضمون فكرة الغش نحو القانون، وتوضيح انعكاساتها وتأثيرها على القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي.

أولا- مضمون فكرة الغش نحو القانون:

يقصد بالغش نحو القانون، اتجاه الأطراف عن قصد وبطرق احتيالية إلى تغيير ضابط الإسناد هادفين من وراء ذلك استبعاد القانون الواجب التطبيق بهدف تحقيق مصالحهم الشخصية، وهو ما أوجد

¹ تفاصيل أكثر حول الآراء الفقهية، والحلول في هذا المجال بالعودة إلى:

محمود محمد باقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

شكلا جديدا من الدفع يتمثل في الدفع بالتحايل على القانون الذي يشكل السلاح المستعمل لردع المناورات الهادفة لتطبيق قانون لا يكون مختصا سوى ظاهريا¹. وقد سيقّت عدّة تعريفات للغش نحو القانون نذكر منها ذلك الذي جاء به الفقيه Henri DESBOIS والذي وصفه بـ "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته"². ليكون بذلك قد جعل قوامه عنصرين : مادّي، يتمثل في النتيجة الغير المشروعة في نظر القانون، ومعنوي يتمثل في نيّة تجنب أحكام القانون. أمّا الأستاذ Ripert فعرفه بأنه: "عملية تتمّ وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية أمرّة"، حيث جاءت هذه التعريفات كتجسيد للمبدأ القائل: "لا يجوز لأحد أن يجتنب تطبيق القانون"³.

والغش نحو القانون كنظرية ليست بالحديثة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، بل أنّ جذورها ضاربة في القدم، حيث تستمدّ أصلها من القاعدة الرومانية الشهيرة "الغش يفسد كل تصرف" أين كان القانون الروماني في تلك الحقبة من الزمن لا يميز بوضوح بين الغش ومخالفة القانون⁴.

وقد عرف القضاء الفرنسي لأول مرة نظرية الغش في مسائل الأحوال الشخصية، بمناسبة القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بخصوص القضية الشهيرة للأميرة "دي بو فرمون - Princesse de Bauffremont" في 18 مارس 1878 الذي عمدت من خلاله الأميرة التحايل على ضابط الجنسية بغرض الحصول على الطلاق⁵، وهو الحكم الذي كان له صدى كبير في المجتمع الفرنسي، وأخذ نصيبه العلمي في النظرية العامة للغش في القانون الخاص⁶.

¹ موهند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنزع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989، ص 256.

² نادية فوضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2008، ص 53.

³ نادية فوضيل، المرجع نفسه، ص 53.

⁴ سيف الدين قباري محمد، نظرية الغش في القانون الخاص من المنظور الفقهي والقضائي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2019، ص 28.

⁵ عودة لحيثيات القضية عبر الرابط: https://mafr.fr/IMG/pdf/Jurisprudence_bauffremont.pdf

زيارة بتاريخ 2020/03/03 في حدود الساعة 13:00.

⁶ تفاصيل أكثر بالعودة إلى:

وبسبب تطور المعاملات الخاصة، وتواتر الأحكام في صدها يمكن القول أنّ مسألة الغش نحو القانون تنطوي على عنصرين هامّين هما: الاستعمال الإرادي لقواعد التنازع، ونية التهرب من قاعدة أمره بالقانون؛ هذه الأخيرة تشكّل الشق المعنوي في مسألة الغش. ومع ذلك قد لا يجسّد عنصر سوء النية الركن الأساسي، على اعتبار أنّ قصد التهرب من قاعدة قانونية لا يعني بالضرورة سوء النية لدى الشخص الذي يرغب في تحاشي تطبيق نص قانوني لا يتلاءم ورغباته، طالما كان هدفه تحقيق مصلحته الشخصية، ضف إلى ذلك تقصي النوايا وإزاحة حجاب المشروعية المصطنع هي مسألة صعبة المنال وقد تقود إلى اختلاف النتائج¹.

وبالعموم فإنّ تقدير نظرية الغش نحو القانون في مجال العقود الإرادية قد يأخذ منحنيين:

* استبعاد الغش نحو القانون بالنسبة للعقود التجارية الدولية القائمة على إرادة المتعاقدين وفق منظور النزعة الشخصية؛ فطالما أنّ الإرادة لها مطلق صلاحيات التحديد فإنّ المنطق يقضي بحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لما تحتمه الممارسات في هذا المجال من تيسير للمتعاقدين؛ ضف إل ذلك أنّ المتعاقدين وبتحديدهم لقانون العقد لهم نية مسبقة في خضوع تصرفاتهم لضوابط قانونية، ما يفيد استبعاد النية الخبيثة من وراء هذا التحديد؛ بل أكثر من ذلك فإنّ عدم التحديد في حدّ ذاته هو ما قد يدفع بالأطراف إلى التحايل بغرض تحقيق مصالحهم الشخصية فور قيام النزاع.

* إن كانت نية الغش مستبعدة وفق منظور النزعة الشخصية، فالنزعة الموضوعية قد لا تكون في معزل عن مثل هذه الممارسات التي ترمي إلى استبعاد القانون الواجب التطبيق من خلال تغيير ضوابط التركيز الموضوعي للعقد التجاري الدولي لينعكس ذلك بوجه تلقائي على مسألة تحديد القانون. هذا الطرح الذي يعدّ سليماً إلى حدّ ما، قد يتبدّد في الحالة التي يُلجأ فيها للتركيز الموضوعي حال تخلف إرادة الأطراف الصريحة، أين تثير مسألة بحث الإرادة الضمنية أعباء إضافية للقاضي، الذي لا يكتفي فقط بالوقوف على الإرادة الضمنية، بل يذهب إلى أبعد من ذلك من خلال الكشف عن ما إذا كانت هذه الأخيرة تنطوي على قصد الغش والاحتيايل نحو القانون، وهو ما قد يكون مستحيلاً.

¹ سيف الدين قباري محمد، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها.

وبالتمتع في المعاملات التجارية الدولية، خاصة تلك التي تجعل من قانون الإرادة قوامًا لها يمكن القول أنّ مسألة الغش نحو القانون هي مسألة جدّ مستبعدة طالما أنّ الأطراف يعمدون أصلاً إلى اختيار القانون لا تجنبه، غير أنّ خصوصية المعاملات تفرض عليهم بحث القوانين السلسلة التي تضمن تيسيراً للمعاملات وفق قالب قانوني آمن. وكان الأستاذ موحّد إسعاد قد أشار في سياق تحليله لمسألة الغش نحو القانون إلى أنّه: " في مادّة الأعمال القانونية فإنّ التحايل على القانون قد يكون عسير القبول بوجود مبدأ استقلالية الإرادة؛ ومع ذلك فإنّ عدداً من الاجتهادات الأجنبية تحصر حرية الأطراف بأحد القوانين الذي ينطوي على صلة مع العملية القانونية. حينئذ يثور الشك بوجود التحايل إذا اعتمد الأطراف قانوناً لا يبرره سبب معقول"¹؛ حيث ترك بموقفه هذا باب الشك مفتوحاً حول إمكانية ثبوت الغش نحو القانون في مجال المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، غير أنه أشار إلى أنّ تفادي العلة يتجسد من خلال تبني معيار الصلة.

ثانياً - معيار الصلة كسبيل لكبح مسار الغش نحو القانون:

إنّ الفكرة التي تقضي بأن الإرادة هي بمثابة معيار الإسناد في قاعدة التنازع لدولة القاضي، والتي يمكن من خلالها الكشف عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، قد تؤدي في مضمونها إلى تقييد المتعاقدين في اختيار هذا القانون؛ ويترتب على هذه الفكرة بالضرورة عدم جواز انحراف المتعاقدين في اختيارهم لقانون العقد عن أهداف قاعدة الإسناد في دولة القاضي والتي تسعى إلى حل مسألة التنازع بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية الدولية، وهي بالضرورة القوانين التي تتصل بهذه الرابطة بنحو أو بآخر، مما يترتب عليه تقييد حرية الإرادة عند الاختيار بإعمال أحد القوانين التي ترتبط بالعقد. وتكون الإرادة وفق هذا التحليل قد أدّت دورها المنوط بعدم تحرير الرابطة العقدية من سلطان القواعد الآمرة في أي من القوانين المتصلة بها.

ولكن ما يثير التساؤل في هذا السياق هو المقصود بالصلة التي يتعيّن أن تتوافر بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وبين العقد الدولي الذي سوف يخضع لأحكام هذا القانون! فهل يتعين على هذه الصلة أن تكون ذات طابع مكاني أو مادي بحيث تستند إلى عناصر العقد الذاتية أو مظاهره المادية، أم أنّها

¹ ISSAD Mohand, Op, cit, p 208.

فقط صلة اجتماعية، أو اقتصادية أو ذهنية تربط بين العقد والقانون السائد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين؟

يمكن القول أنه في حال إفصاح الإرادة عن اختيارها للقانون الواجب التطبيق على العقد فلا يجب الاشتراط في هذا الاختيار أن يكون معبراً عن مركز الثقل في العلاقة العقدية، وهو عادة ما يكون واحداً؛ وعلى هذا النحو يتعين أن تكون بين القانون المختار والرابطة العقدية صلة جدية قد تُستمد من عناصر هذه الرابطة شخصية كانت أو موضوعية، ولا يهم في ذلك أن تكون هذه الصلة ذات طابع مكاني أو مادي. ومن أمثلة الصلة المستمدة من العناصر الشخصية للرابطة العقدية، أن ينصب الاختيار على قانون إحدى الدول التي ينتمي إليها أحد المتعاقدين بجنسيته؛ أما الصلة المستمدة من العناصر الموضوعية للرابطة العقدية يمكن أن نجد لها مثالا في قانون محل إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه¹.

01 - معيار الصلة الغير مادية:

قد لا نجد ما يمنع المتعاقدين من اختيار قانون وإن لم يكن على صلة مادية أو شخصية، إلا أنه وبالرغم من ذلك يرتبط بالعقد بصلة غير مادية قد تكشف عن انتماء هذه العلاقة وصلتها بنظام قانوني معين؛ وهو ما أكده القضاء الفرنسي حول صحة الاتفاق القاضي بتطبيق القانون الإنجليزي على عقود نقل البضائع بحرا ولو لم تكن هناك صلة مادية على النحو الذي تمت الإشارة إليه سابقا؛ غير أن الصلة قد تُفسر بالاستناد إلى الأهمية التي يحتلها القانون الإنجليزي في مجال النقل البحري. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن العقد في هذه الحالة يرتبط بالقانون الإنجليزي بصلة ذات طابع اجتماعي واقتصادي وإن كانت خارجة عن نطاق العقد إلا أنها تكشف عن انتمائه لنظام قانوني معين².

وتجدر بنا الإشارة أيضا في ذات السياق إلى أنّ اختيار المتعاقدين لنماذج العقود النمطية التي أعدتها جمعية لندن في مجال تجارة الحبوب (الذرة) راجع للصلة الاجتماعية أو الاقتصادية التي تربطها بأحكام القانون الإنجليزي الذي نشأت في كنفه، وإن كان المتعاقدان ينتميان إلى دول بخلاف إنجلترا؛ وبالتالي مشروعية اختيار القانون الإنجليزي في مثل هذه الفرضية لا تقوم في الحقيقة على أساس صلة مادية بين

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 362.

² هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 363.

القانون والعقد، وإنما على أساس مضمون القانون المختار باعتبار أنّ أحكامه أكثر ملاءمة للرابطة العقدية¹.

ما يمكن استخلاصه من هذا المعيار هو أن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة اشتهر بتنظيمه لمثل العلاقة العقدية المطروحة، والذي يسود على هذا النحو في وسط تجاري معيّن، يعدّ اختياراً صحيحاً لتوافر الصلة المطلوبة بين القانون المختار والعقد، وهي صلة ذات طابع غير مادي، اجتماعية كانت أو اقتصادية، ولكن كفيلة لربط العقد بهذا النظام القانوني.

02 - مدى الاعتداد بمعيار الصلة:

إن معيار الصلة الذي يعتبر بمثابة قيد على حرية المتعاقدين في مجال عقود التجارة الدولية، والذي يقضي بوجود رابط بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين هو معيار لا يمكن الجزم به؛ بحكم أنّ هناك من يؤيد فكرة تحلّف عنصر الصلة؛ ولعلّ من أهم الرواد في هذا المجال هم أصحاب النظرية الشخصية السالفة الذكر، وهذا راجع أساساً لمغالاتهم في حرية الاختيار؛ وهو اتجاه يتحوّل لإرادة المتعاقدين الحرة في اختيار قانون العقد بشكل يميز للأطراف اختيار القانون الذي يرتضونه حتى وإن كان القانون المعين من قبلهم ليست له أدنى صلة بالعقد²، ومع ذلك قد يُشترط في هذا الاختيار ألاّ يكون مشوباً بالغش نحو القانون، وإلاّ كان على القاضي في حالة ما عرض عليه نزاع يتعلق بالعقد عدم الاعتداد بالقانون المختار.

نشير هنا أنّ الآليات المعتمدة في مجال العقود التجارية الإلكترونية أثبتت صعوبة الاعتداد بمعيار الصلة، ذلك لأنّ العقد في وقت إبرامه يتصل بجميع الدول في آن واحد، وهذا نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره، بالتالي يصعب معها تحديد تلك الرابطة؛ ضف إلى ذلك أنّ الروابط المادية كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه إن كانت سهلة التعيين في العقود التقليدية، فإنّ العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الأنترنت عموماً يصعب تحديد مثل هذه الضوابط بموجبها.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 364.

² Dans ce cadre M. Jacquet a proposé le concept dénommé « contractualisation de la loi », c'est-à-dire il n'y a aucune limite du choix de la loi par les parties qui peut se porter sur la loi d'un pays sans aucun lien avec leur contrat.

ولما كان معيار الصلة يُفرز صعوبات عملية وقانونية في بيئة غير مادية أو افتراضية، بات لزاما تحرير إرادة الاختيار من قيد الصلة؛ وهو ما اتجهت إليه جلّ الاتفاقيات الدولية في هذا المجال على غرار اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، وكذلك اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بالإضافة إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع. حيث أشارت في مجملها إلى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، دون إيراد أي قيد يتناول عنصر الصلة في هذا الشأن¹.

المطلب الثاني : تخلف الإرادة عن تحديد قانون العقد

إذا كان المنطق وفقا للتوجه السابق يقضي بتقصي إرادة الأطراف قصد تحديد قانون العقد التجاري الدولي سواء تم ذلك بصفة صريحة أو ضمنية، وهذا وقوفا عند مبدأ الأمان القانوني في المعاملات التجارية، فإنّ الضرورة تقتضي توافر الحلول في حال تخلف الإرادة عن تحديدها لهذا القانون، بحكم أنّ الدور المنوط بالقاضي هو الفصل في النزاع المعروض. وبالتالي في حال تخليّ إرادة الأطراف المتعاقدة صراحة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، واستحالة الكشف عن إرادتهم الضمنية، فإن دور القاضي في هذه الحالة يكمن في الاجتهاد بالبحث عن إقرار إرادة غير موجودة فعلا، إلاّ أنّها مستمدة من الرابطة العقدية نفسها، أو من ظروف وملابسات الحال، وهو ما يطلق عليه بمصطلح الإرادة المفروضة، على اعتبار أنّها لا تتعلق بإرادة الأطراف أنفسهم.

الفرع الأول: الاسناد الجامد

تجدر الإشارة في البداية، أنّ فقه القانون الدولي الخاص وإن استقر في تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأفراد الصريح على قرائن جاءت معبرة عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فإنّ إسناد الرابطة العقدية إلى تلك القرائن في حال تخلف كلّ من الإرادة الصريحة والضمنية يأتي في الحقيقة معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربطها بالعقد؛ وهو ما يجسّد جوهر الاختلاف بين الإرادة الضمنية، والضوابط المفروضة.

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 281.

وبالرجوع إلى الإسناد الجامد، فيمكن القول بأنه إسناد مسبق للرابطة العقدية يُعبّر عن وجهة نظر القضاء أو المشرع فيما يراه أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة؛ كأن يكون قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدون بجنسيتهم أو بموطنهم، أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون بلد تنفيذه؛ وهي الضوابط التي كرسها في البداية القضاء الفرنسي¹.

والإسناد الجامد بهذا الطرح يعاب عليه تجاهله للطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية، بالإضافة إلى تجاهله لظروف التعاقد وملابساته على الوجه الذي سوف نتطرق إليه لاحقاً؛ وهو ما يتعارض في العموم مع فكرة القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية.

أولاً - إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك:

تعتمد بعض التشريعات الوطنية إلى الأخذ بالموطن المشترك للمتعاقدين كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويُعلّل موقفها هذا على اعتبار أن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، فهم اعتادوا على أن يضبطوا سلوكهم وفقاً لأحكامه، وبالتالي يكون بإمكانهم توقع ما يترتب عليه من آثار سلبية كانت أو إيجابية².

والأصل أنّ تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا فإنّ الموطن يرمز للمكان الذي يقيم فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزاً لأعماله؛ وهو التحديد الذي يتفق مع ما ورد في الحثية رقم 19 من التوجيه الأوروبي الصادر في 08 جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية؛ فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين³.

ويمكن القول أنّ هذا التوجه قد لا يجد ضالته في الحالة التي يتم التعاقد فيها عبر الأنترنت، كون العنوان في هذه الحالة هو عنوان إلكتروني غير حقيقي؛ ضف إلى ذلك أنّ مواقع الويب في حركة دائمة، طالما أنّ الأطراف المتعاقدة تمارس نشاطها بصرف النظر عن توطين مواقع الويب، أو مقدمي الخدمات؛ لذلك هي تتسم بعدم التوطين.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 419.

² أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص 155.

³ زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 213.

ثانيا - إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة:

لقد انتهجت غالبية التشريعات المقارنة الأخذ بقانون الجنسية كحلّ في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق، غير أنّها اختلفت حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتّحدة للأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك. فإسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد متقدّم، ومن الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، وما تأكيد الفقه على أنّ الجنسية الأجنبية لا تعدّ عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية سوى دليل على ذلك¹.

ثالثا - إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام:

لقد استقر كل من القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي وهذا منذ نهاية القرن التاسع عشر على إسناد العقد التجاري الدولي لقانون محل الإبرام، وهذا في الحالات التي يسكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا؛ ويُعَلَّل أنصار هذا الإسناد موقفهم هذا على اعتبار أنه إسناد معبّر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، ضف إلى ذلك أنّ قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد عند التعاقد من السلامة القانونية للشروط التي يزمعون على إدراجها في العقد؛ كما أنّ مثل هذا الإسناد يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، وهذا بخلاف الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ على اعتبار أن هذا الأخير قد يشمل أكثر من دولة واحدة².

رابعا - إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد التنفيذ:

لقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية ضابط بلد التنفيذ لحل مسألة التنازع، كما أبقت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية والأوروبية، في حين يأخذ به القضاء في ألمانيا كضابط احتياطي في حال تخلف الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق. أمّا القضاء الإنجليزي

¹ نقلا عن: بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011، ص 53.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 436.

فيرجحه على قانون محل إبرام العقد، وهذا عندما يكون تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً واجباً في مكان غير مكان تكوينه¹. ويعود الاستناد إلى هذا الضابط على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، باعتباره البلد الذي يتأثر اقتصاده بالعقد، كما تترتب فيه مسؤولياتهم في حال عدم التنفيذ، لأن الغاية من العقود تكون أساساً في جني الأرباح والتي تتحقق بتنفيذها.

وقد سبقت الإشارة على أنّ العقود التي يتم تنفيذها مادياً عبر شبكات الاتصال الإلكترونية على غرار برامج الحاسوب التي يتم تنزيلها مباشرة على شبكة الأنترنت يصعب من خلالها تحديد مكان تنفيذ العقد وهذا نظراً لتعدده، واختلاف وجهات النظر في تقديره. فنجد على سبيل المثال لا الحصر: موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ، ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، مكان تواجد الحاسب الآلي للمشتري... إلخ.

الفرع الثاني: الاسناد المرن

في حال تخلفت إرادة المتعاقدين في تحديدها لقانون العقد، وفي ظل إغفال المشرع لتحديد ضوابط جامدة، يلجأ القاضي بحكم مبدأ عدم إنكار العدالة، إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال فكرة التركيز الموضوعي، سواء تم ذلك من خلال مراعات كافة ظروف وملابسات التعاقد، أو عن طريق الاعتماد على الطبيعة الذاتية للعقد، وهو ما يعبر عنه بنظرية الأداء المميز.

أولاً- فكرة التركيز الموضوعي:

وفقاً لهذا الطرح يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وذلك عن طريق تركيز هذا الأخير وفقاً لمعطياته الخارجية. وقد أفضى الفقيه الفرنسي Batiffol كما سبقت الإشارة إليه إلى دور الإرادة في عملية التركيز، بالرغم من عدم اعتبارها عنصراً حاسماً في الموضوع، بدليل إمكانية الاستغناء عنها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه.

ولتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن اعتماد ثلاثة وسائل على سبيل الاختيار

وهي إما:

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 209.

* اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام.

* إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف وملابسات العقد لربطه بنظام قانوني معين، وهو ما يعرف عند الفقهاء الأنجلوساكسون بمنهج القانون الخاص للعقد.

* اعتماد منهج وسط يقوم على أعمال ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية¹.

هذا وأشارت الفقرة الأولى من المادة 04 من اتفاقية روما إلى مسألة التركيز الموضوعي حيث جاء فيها بأنه: " عند عدم اختيار المتعاقدين لقانون العقد، يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها بأكثر الروابط صلة، على أنه إذا كان هناك جزء من العقد قابل للانفصال عن بقية أجزائه ويرتبط بصلة أوثق بدولة أخرى فإنه يخضع بصفة استثنائية لأحكام قانون تلك الدولة ".

ويلاحظ من خلال هذه الفقرة أنّ الاتفاقية وضعت قاعدة عامة تقضي بتطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية وهذا في الفرضية التي لا يختار فيها المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على العقد، بحيث يتولى القاضي الذي ينظر في النزاع مهمة تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد من بين القوانين المتنافسة على حكمه، عن طريق استخلاص العنصر الجوهري أو الهام من بين كل العناصر المحيطة بالتعاقد.

وقد ثار الخلاف حول المقصود بالتركيز الموضوعي بحسب هذه الفقرة، حيث يرى جانب من فقه القانون الدولي أنّ التركيز المقصود من خلال اتفاقية روما هو تركيز موضوعي يعتمد على الطبيعة الذاتية للعقد، وهذا دون مراعاة لظروف التعاقد وملابساته، مما يمكن أطراف العقد من المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق. في حين يؤكد الفقه الراجح أنّ معيار الصلة الوثيقة الذي جاء به الاتفاقية يعتبر معيارا واسعا، وهو بالتالي لا يختلف عن نظرية التركيز الموضوعي التي كان يطبقها القضاء الفرنسي، ونادى بها الفقيه Batiffol.

في ظل هذا التضارب يمكن أن نلاحظ أنّ الاتفاقية وإن كانت قد كرّست نظرية التركيز الموضوعي وفق النسق الذي نهجه Batiffol، إلا أنّها أخذت بالاختيار الصريح والضمي لقانون العقد، خلافا لما

¹ بلاق محمد، المرجع السابق، ص 56.

انتهى إليه الفقيه، باعتبار أنّ الإرادة لا تملك حرية اختيار القانون وإنما ينحصر دورها في تركيز العلاقة العقدية عن طريق تجميع الأحداث المادية للعقد وتركيزها في مكان معين¹.

ثانيا- فكرة الأداء المميز للعقد:

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بحسب هذا الضابط بالاستناد على الالتزام الأساسي فيه. فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أنّ أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره.

وتماشيا مع هذا الفهم عرّف الأستاذ Jean-Baptiste الأداء المميز للعقد بأنه " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى". كما عرفه الأستاذ Van Overstraeten بأنه " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"². ويؤكد نفس الأستاذ عند تعليقه على فكرة الأداء المميز على أنّ الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداءً مميزاً لأنه يعد بمثابة التزام مشترك في غالبية العقود، وبالتالي فهو لا يميزها عن بعضها.

وبالعودة للأصول التاريخية لفكرة الأداء المميز يمكن القول أن بوادر الفكرة ظهرت في العقد الثالث من القرن العشرين من خلال القضاء السويسري، حيث كان أول من اقترحها هو القاضي السويسري Stauffer، كما صدرت أول الأحكام القضائية في هذا الشأن من المحكمة الفيدرالية السويسرية عام 1952³.

وقد ارتكز القضاء السويسري على وضع معيار مسبق يكشف به عن المقصود بالصلة الأوثق بالرابطة العقدية، وذلك بأن يتم التركيز الموضوعي لهذه الرابطة في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها أن نحدد من الوهلة الأولى الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهرية الذي يفرضه العقد؛ وبهذه الصيغة يتم إسناد العقد في مجمله إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي. وقد اعتبر القضاء السويسري أنّ محل التنفيذ المفترض للأداء الرئيسي أو المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء.

¹ محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 115.

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 336-337.

³ صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 340.

وعلى هذا النحو قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكم لها صادر بتاريخ 11 ماي 1966 أنه " وفقا لقواعد القانون الدولي، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، تخضع هذه الأخيرة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداءه مميزا في العقد محل النزاع ". وفي سبيل المزيد من التحديد للمقصود بفكرة الأداء المميز كان من الطبيعي أن يُفرق القضاء السويسري على أساس موضوعي بحت بين كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة والتي يمكن أن تتماثل في شأنها فكرة الأداء المميز. لدى نجد أنّ المحكمة السالفة الذكر وإن قررت إسناد العقود للقانون الأوثق بها في حكمها السابق، إلا أنّها حددت في ذات السياق أن المقصود بالأداء المميز في إطار عقود بيع المنقولات، هو التزام البائع بتسليم المبيع¹.

هذا وتقوم نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على فكرة مرنة ولو تعددت صورها؛ لذلك نجد أنّ العديد من الاتفاقيات الدولية أخذت بها، على غرار اتفاقية لاهاي (15 جوان 1955) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية والتي أفردت لها المادة 03، إذ اعتدّت من خلالها بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس أنّ التزام البائع هو الأداء المميز في العقد، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإنّ البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب؛ ومع ذلك، إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإنّ البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة ".

ومن جانبها تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 ضابط الأداء المميز في تحديد قانون العقد من خلال نص المادة 04 منها والتي جاء فيها: " عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا "؛ إذ تعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصا معنويا وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، فإنّ قانون الدولة التي بها المنشأة

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 461.

الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد؛ وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية، فإنّ قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد. بهذه الشاكلة تكون الاتفاقية قد وضعت قرينة مفادها أنّ العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد، وهذا ينطبق على دولة البائع أو مقدم الخدمة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه في حال تغيير محل الإقامة المعتاد أو المنشأة الصناعية أو التجارية للشخص الاعتباري، فإنّ البدهة تقتضي أن يؤخذ بالمحل وقت التعاقد، باعتباره التوقيت الذي يصون للمتعاقدين توقعاتهم في شأن قانون العقد¹.

هذا وبالرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية، وأحكام القضاء في غالبية الدول لفكرة الأداء المميز في تحديد قانون العقد التجاري الدولي إلا أنّ إعمالها في حال المعاملات التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ينطوي على كثير من النقد بحكم أنه يصعب تطبيقها في حال العقود ذات الطبيعة المركبة والتي تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية بحيث يمكن اعتبار أيّاً منها أداءً مميزاً للعقد، ضف إلى ذلك أنّ أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم التعاقد من خلالها هي بمثابة مواقع مؤقتة؛ وبالتالي لا يمكن التعويل على عنصر الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز، لأنه يشترط في الإقامة أن تكون دائمة؛ ناهيك على أن العقود الإلكترونية تصبّ في مصلحة الطرف القوي في المعادلة التعاقدية. ونسوق مثلاً لذلك عقود البيع أو توريد الخدمات التي يعد بموجبها أداءً مميزاً التزام البائع بتسليم المبيع، والالتزام المورد بتوريد الخدمة، ليكون القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة².

¹ نجد على سبيل المثال أن القانون الخاص الألماني الصادر عام 1986 أكد على ذات التوجه بنص صريح جاءت به المادة 28 منه؛ فبعد أن قررت الفقرة الأولى منها على إسناد العقد الدولي عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، أضافت الفقرة الثانية " ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي بما عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز (المدين بهذا الأداء) أو مركز إدارته الرئيسي فيما لو كان شخصاً اعتبارياً.

لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 465.

² ومع ذلك ففي العقود التي تتم عبر الشبكة ويكون أحد أطرافها مستهلك فقد حرصت غالبية التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية على تبني ما يعرف بضابط " محل الإقامة المعتاد للمستهلك "؛ حيث نجد إشارة صريحة لهذا الضابط في نص المادة 05 فقرة 02 من اتفاقية روما لسنة 1980، ونص المادة 27 فقرة 02 من القانون الإنجليزي الموحد للعقد لسنة 1977، والمادة 41 فقرة 01 من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978. أنظر في ذلك:

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

إنّ المتفحص لقواعد التنازع يمكن له أن يلمس ذلك التضارب في الآراء الذي يطالها، بين إطلاق العنان لإرادة الأطراف لتعيين قانون العقد، وبين مقيد لها بضرورة توافر صلة جوهرية أو روابط طبيعية بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه.

ضف إلى ذلك أنّ فكرة التركيز والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة في حال التعيين القضائي للعقد التجاري الدولي تترك مجالا كبيرا لحرية القاضي، مما قد يحول في العديد من الفرضيات إلى المساس بتوقعات الأفراد، لذلك تلجأ القوانين الوضعية عادة إلى تقييد حرية القاضي بضوابط معينة تكون ملزمة في حقه، هذه الأخيرة هي الأخرى تفتح باب الجدل حول إعمالها بحكم أنّ التشريعات المقارنة اختلفت حول موقع الأفضلية بالنسبة لها.

وبالتعريب على المشرع الجزائري، يمكن القول أنّ موقفه كان محل انتقاد من خلال نص المادة 18 فقرة 01 قبل التعديل والتي نصت على ضابطي إسناد هما: قانون الإرادة، وقانون محل الإبرام؛ حيث أعاب عليه شراح القانون أخذه بالإرادة المطلقة بمفهوم النظرية الشخصية، بالإضافة إلى اعتداده بضابط محل الإبرام بخلاف الضوابط الأخرى، مخالفا بذلك جلّ القوانين العربية آنذاك والتي أخذت في مجملها بأكثر من ضابط احتياطي.

إلا أنه من خلال التعديل الذي جاء به القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 أجرى بعض التنقيحات على المادة 18 ق.م. فبالرغم من إبقائه على منح الأولوية لإرادة الأطراف في اختيار قانون العقد، إلا أنه قام بتقييد هذه الحرية وذلك بضرورة توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد؛ بل وأكثر من ذلك فقد حرص على أن تكون هذه الصلة حقيقية، فلم يكتفي بمجرد الصلة بل أصرّ على تكون هذه الصلة حقيقية؛ وبالتالي لم يفسح المجال واسعا أمام الأطراف بل ألزمهم بطريقة غير مباشرة باختيار إما قانون جنسيتها أو جنسية أحدهما، أو قانون موطنهما أو موطن أحدهما، أو قانون مكان إبرام

= بن عصمان جمال، سالم عبد الكريم، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق - جامعة المسيلة، سنة 2021، ص 353-354.

العقد أو قانون مكان تنفيذه؛ وبالتالي فاختيار الأطراف لقانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة هي مسألة غير واردة.

هذا وتقتضي الصلة الحقيقية أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الحقيقي في العلاقة التعاقدية، بمعنى اختيار الأطراف للقانون الذي له أكبر صلة؛ وفي هذه الحالة لا يوجد سوى قانون واحد يتّصف بهذا الوصف؛ وبالتالي وجب الوقوف على سلطات القاضي في هذا المجال.

وبالعموم فإنّ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من التقنين المدني منح صلاحيات واسعة للقاضي، حيث اعترف بدوره الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك عن طريق البحث في مسألة تركيز العقد الذي أبرمه الأطراف؛ فإن توصل إلى أنّ تركيز العقد يوافق القانون المختار من قبل الأطراف اعتبره سليماً وأخذ به، أما إذا اتضح له أنّ القانون الذي اختاره الأطراف لا يشكل الصلة الحقيقية فيستبعده في هذه الحالة.

بهذا المنظور يمكن القول بأنّ قاعدة الإسناد الأصلية التي أدرجتها الفقرة الأولى من المادة 18 وإن كانت تفضي من حيث الشكل إلى تطبيق قانون الإرادة إلا أنّها من حيث المضمون تقضي بتطبيق القانون الذي يمد بصلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهو ما يتناهى مع المبدأ الإرادي.

أمّا في حال تحقق القاضي من تخلف الصلة الحقيقية، فإنه يستبعد قانون الإرادة ليلجأ إلى الحلول التي جاءت بها الفقرة الثانية من نفس المادة 18 من التقنين المدني الجزائري، والتي أدرج من خلالها المشرع ضوابط احتياطية جاءت وفقاً لتسلسل ساوى فيه بالدرجة الأولى بين قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وهو ما يستنبط من خلال العبارة "... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"؛ في حين أخذ بقانون محل إبرام العقد كضابط احتياطي من الدرجة الثانية. وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد استغنى عن ضابط مكان التنفيذ في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حال تخلف إرادة الأطراف وهذا بالرغم من أهميته في العلاقة التعاقدية.

وبالعودة إلى ضابطي قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة، فإن المساواة التي جاء بها المشرع قد تفتح باب النقاش حول موقف القاضي من الأخذ بأحد هذه الضوابط في حال تحققها واختلافها من حيث الأحكام.

هذا وتجدر الإشارة أنّ الحل الذي جاء به المشرع من خلال الفقرة الثانية يعدّ خطوة جد منطقية في الحالة التي يتخلف فيها قانون الإرادة، إلا أنّ عنصر المنطق قد يتخلف في الحالة التي يستبعد فيها القاضي القانون المختار من قبل المتعاقدين بحجة غياب الصلة الحقيقية بالأطراف أو بالعقد. إذ كيف يعقل أن تمنح سلطة للقاضي لاستبعاد قانون إرادي ومنع تطبيقه متى استيقن أنّ الصلة الحقيقية هي مرتبطة بقانون آخر، في حين يلتزم بتطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان إبرام العقد بالرغم من مخالفته للقانون الذي خلص إليه القاضي وكان سببا في استبعاد اختيار الأطراف!¹

وبين هذا وذاك جاءت المادة الثانية من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية²، لتضفي المزيد من التساؤلات حول موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازع، أين أقرت صراحة بتطبيق القانون الجزائري في المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

فالمتمتع في نصّ المادة يجد أنها جاءت في صياغتها على شاكلة قاعدة تنازع، تتضمن جملة من الضوابط تحوّل الاختصاص للقانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية، وإن كان ذلك بحسب تقديرنا يفتح مجالا للتأويلات، بالرغم من أنه يجسد قدرا من الحماية للطرف المتعاقد الجزائري.

¹ ونسوق مثلا لهذه الافتراضية، حال الجزائري الذي يبرم عقد تجاري دولي مع إنجليزي مقيم بفرنسا بدولة تونس، وهي الدولة التي كانا فيها بعطلة، حيث أقر الطرفان على إخضاع عقدهما للقانون الإيطالي. وبعد حدوث النزاع والاحتكام للقضاء الجزائري، أقر القاضي الوطني باستبعاد القانون الإيطالي باعتباره لا يمد بصلة لا للعقد ولا للمتعاقدين، كما توصل إلى أنّ الصلة الحقيقية ترتبط بالقانون الفرنسي باعتباره قانون تنفيذ العقد. فالمنطق يقتضي في هذه الحالة تطبيق القانون الفرنسي، إلا أنّ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 يلزمه بتطبيق القانون التونسي، كونه مكان إبرام العقد وهذا بالرغم من أنه كان عرضيا.

² القانون 05-18 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر العدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018.

يمكن أن نخلص في نهاية الباب الأول من الدراسة وفضلا عما سبق بخصوص موقف المشرع الجزائري، إلى أنّ تأصيل منهج قواعد التنازع في حكم الروابط التجارية الدولية هو نابع من عوامل ومؤشرات تاريخية واقتصادية وسياسية، أسهمت بشكل أو بآخر في حفظ وإرساء أسس ودعائم قوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؛ حيث خلصت الحلول في هذا المجال إلى منح الأولوية لأطراف العقد في تعيينه، بما يضمن استقرار المعاملات ويجسد معالم الطمأنينة في نفوسهم.

غير أنّ هذا المسعى قد يصطدم بجملة من المعوقات سواء ذاتية منها، تتجسد في تقدير القانون الإرادي من حيث المضمون، والذي تآرجح بين النزعة الشخصية والنزعة الموضوعية؛ أو المعوقات الخارجية التي تظهر في سياق الأعمال على غرار مسألة تقدير الإرادة الضمنية، وحاجز النظام العام؛ وبين هذا وذاك يطفو عنصر المفاجأة الذي يخون توقعات الأطراف في العلاقات التي تكرر الوسائل الإلكترونية كدعامة لمباشرة العقود الدولية. ولعلّ صون البنى التحتية للعلاقات التجارية لن يتأتى إلا من خلال تجاوز هذه المعوقات، وهو ما يثير فضولنا لبحث عما إذا كان المنهج التنازعي يعدّ بمثابة المسلك الوحيد لتحديد القانون الواجب التطبيق أو أنّ هذا التعيين قد يسلك سبل أخرى تكون كفيلة لفك شيفرة التنازع في القوانين من خلال العمل على تجاوز الثغرات التي عجز عن سدها منهج قاعدة التنازع.

الباب الثاني

تنازع القوانين في ظل تنامي منهج

القواعد المادية

من خلال الخوض في خبايا المنهج التنازعي، يمكن القول أنه بالرغم من نجاحه في وضع بصمته وفرض أحييته كمنهج تقليدي لحلّ مسألة التنازع في القوانين التي تطال عقود التجارة الدولية، إلا أنه لم يكن بالمنهج الوحيد في هذا المجال؛ ولعل بزوغ نجم القواعد المادية يثمن الفرضية، حيث حظيت هذه الأخيرة بنصيب في ذات الصرح؛ فتنامي الدور المنوط بها قد يكون له ما يبرره على شتى الأصعدة سواء القانونية منها، أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية. هذا ما يفرض علينا الوقوف على مختلف المحطات بغية الوصول لأجوبة قد تكون مقنعة؛ ومن ثمّ فإنّ معالجة هذا الباب تكون من خلال التطرق إلى نقطتين أساسيتين نحاول من خلالهما بحث حتمية تبني القواعد المادية في ظلّ تنامي التجارة الدولية (الفصل الأول)، بالإضافة إلى التركيز على البعد القانوني لإعمال المنهج المادي ومدى نجاحته في فض مسألة التنازع (الفصل الثاني).

الفصل الأول

القواعد المادية حتمية في ظل تنامي التجارة الدولية

لقد كشف المشهد التجاري الدولي في العقود الأخيرة عن وتيرة تصاعدية في حجم المبادلات التجارية، نتيجة الزيادة الملفتة في عدد الأفراد والدول المتصلين بها، كان له انعكاس مؤثر على الحجم النوعي للروابط العقدية وعلى الأشخاص المتصلين بها؛ حيث أنّ هذه القفزة النوعية لاقت دعماً من طرف هيئات ومؤسسات فاعلة في المجال التجاري، حاولت إيجاد هيكل قانوني ناجع لضمان سلامة المعاملات، ضغطت به على التشريعات المقارنة، لتجد هذه الأخيرة نفسها أمام حتمية القبول بقواعد دولية موحدة تتولّى حكم العلاقات التجارية الدولية. ومن ثمّ باشرت الدول نهجها بخطوات بطيئة وثابتة نحو قطف ثمار مفترضة من خلال إجراء حركة تشريعية مواكبة للعمولة التجارية¹.

المبحث الأول: ضرورة وضع إطار مفاهيمي للقواعد المادية

تُعبّر القواعد المادية في مجال القانون الدولي الخاص عن ذاك القانون الذاتي الذي يحكم وينظم عقود التجارة الدولية، فهي لم توجد إلاّ لغاية وهدف محدّد وهو الخروج عن التعقيد الذي طالما لازم قواعد التنازع وإعمالها؛ وبالتالي فإنّ مثل هذه القواعد تسري على العلاقات الدولية بالمفهوم الذي سبق شرحه².

هذا وأضحت القواعد المادية بمثابة حتمية لمواجهة العلاقات الخاصة ذات الصبغة الدولية، فهي من قبيل قواعد القانون الدولي الخاص المادي التي قد تلزم القاضي والمحكم على حد سواء بتطبيقها دون حاجة منهم لولوج منهج التنازع والغوص في تعقيداته، مادامت تشكل جزءاً من نظامهم القانوني.

ولا مناص من القول أنّه بات من الضرورة صرف النظر عن القوانين الوطنية من خلال العمل على إيجاد قواعد مادية تطبق مباشرة لحل منازعات التجارة الدولية، وهذا انصياعاً لعدة اعتبارات لعل أهمها تتمثل في خصوصية النزاعات التي تميّز التجارة الدولية عن غيرها من النزاعات، خصوصاً تلك التي تكتسي الطابع الإلكتروني؛ علاوة على تحاشي العيوب التي يؤدي إليها تطبيق قواعد الاسناد في حل مسألة التنازع

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 247.

² عودة في ذلك إلى دولية العقد التجاري الدولي، ص 14 وما بعدها من معرض هذه الدراسة.

في القوانين، لتشق بذلك القواعد المادية نهجا لها في ظلّ تطور أجديات الاقتصاد الدولي على وجه عام، والتجاري على وجه الخصوص¹.

وقد أقر الفقيه Fouchard منذ سنة 1965 بوجود قانون دولي مشترك، وهذا عن قناعة منه بعد تشخيصه لجملة من القرارات التحكيمية، بأنه وبغض النظر عن الممارسات العرفية، هناك مبادئ عامة يتفق عليها المحكمون لا تختلف في موضوعها عن المبادئ التي تكسي القوانين الوطنية².

ولعلّ القرار الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1991/10/22 كان بمثابة سابقة دولية في هذا المجال، وهو الحكم الذي صدق حكما صادرا عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 1989/07/13 والذي جاء فيه: " بالرجوع إلى مجمل قواعد التجارة الدولية المنبثقة عن الممارسة والعرف... فإنّ المحكم قد حكم بشكل قانوني انسجاما مع واجبه المهني وموضوع مهنته"³.

وكان المحكم X.de Mello قد أصدر قرارا تحكيميا في قضية Valenciana المشهورة قضى بموجبه بأنّ " المحكم يقرر أنّ النزاع المعروض عليه سيحكم فيه بموجب العرف التجاري الدولي فقط والمسمى بـ Lex mercatoria، فالأطراف لم يرغبوا لا بالقانون الإسباني ولا بقانون ولاية نيويورك، بل إننا محقون في الاعتقاد باستبعادهم القانون الإنجليزي؛ أيضا لم يرغبوا في أي قانون وطني، مفضلين اللجوء إلى قانون دولي محض". والملاحظ أن قرار محكمة التمييز الفرنسية في قضية Valenciana لم يؤكد ما أورده المحكم في قراره التحكيمي على اعتبار أنه حكم بالإنصاف فحسب، بل اعتبر أنه حكم بالقانون؛ لتجلى واضحة معالم القرار الذي اعتبر أنّ تطبيق المحكمة لقواعد العرف التجاري الدولي Lex mercatoria ليس فقط تطبيقا للإنصاف إنما هو تطبيق للقانون، لأنه ببساطة اعتبر هذه الأعراف التجارية الدولية بمثابة القانون الذي يمكن للفرقاء اختياره ليحكم العقد القائم بينهم⁴.

¹ في هذا السياق يقول الأستاذ Van Hecke:

« Qu'une tendance caractéristique des années récentes tend à l'élimination complète des conflits de lois en matière commerciale par la création d'un droit commercial international, le jus mercatorum ».

Van Hecke (G), Principes et méthodes de solution des conflits de loi, RCDIP, tome 126, 1996, p 465.

² FOUCHARD Philippe, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965, p 423 et s.

³ القاضي بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة بدران الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص 409.

⁴ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع نفسه، ص 410.

ومثل هذه القرارات والمواقف تفرض علينا إحاطة القواعد المادية بقدر من العناية، من خلال الوقوف على مدلولها وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول: الوقوف على مدلول القواعد المادية في ظل تعدد المصطلحات

لم ينحصر مدلول القواعد المادية في مجال القانون الدولي الخاص على مصطلح واحد، بل المسألة على خلاف ذلك طالت مصطلحات أخرى يمكن حصرها في " القواعد الموضوعية " و " القواعد المباشرة ". حيث أنه وبالرجوع إلى مختلف المراجع التي عنت بتنظيم المسائل المتعلقة بالقواعد المادية نجد أنها لم ترس على مصطلح واحد، بل كلٌّ حدى بحدوه وفق ما يمليه توجهه ونظرته الخاصة.

الفرع الأول: أنصار مصطلح القواعد الموضوعية

لقد سلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة المسلك القائم على تبني مصطلح القواعد الموضوعية (*règles substantielles*) أو (*substantive rules*)، مسيرا في توجهه ما أخذ به الفقيه الألماني G.Kegel علاوة على الدكتور أحمد عبد الحميد عشوش، والدكتور محمد عبد الله المؤيد. ويجد أنصار هذا الاتجاه تبريرا لموقفهم هذا من خلال بعد القانون الذي ينقسم من حيث مضمون قواعده إلى موضوعي وإجرائي؛ علاوة على أنّ التسليم بقبول مصطلح القانون المادي يفضي بالضرورة لوجود القانون المعنوي، وهذا الأخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه لا يعبر سوى عن الضمير والأخلاق. في حين ذهب جانب آخر إلى التسوية بين مصطلح القواعد الموضوعية والقواعد المباشرة تسليما منهم بالمميزات المشتركة التي تجمعهم¹.

وكان Kegel قد عمد إلى تقسيم الاتجاهات الموضوعية في القانون الدولي الخاص إلى شقين اثنين هما: الاتجاه الموضوعي التكميلي، والاتجاه الموضوعي الأساسي؛ حيث ينادي الاتجاه الأول بتكوين قانون موضوعي جديد للحالات أو القضايا التي لا يكون فيها تطبيق القانون الذي تُقرّره قواعد الإسناد تطبيقا مُرضيا؛ فالقاعدة الموضوعية التكميلية هي قاعدة ملحقة بقاعدة التنازع ويجب صياغتها وفق تقدير الفقيه الألماني Ernst Steindorff في حالات قليلة، على أساس افتراض احتفاظ منهج التنازع بحلوله القانونية

¹ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 2004،

الموضوعية الخاصة لتطبيق عند الضرورة. وهو ما يفيد بأن القواعد التكميلية تهدف إلى تطوير وتصحيح وجهات النظر في الحلول التي لم تقم على أساس قانوني¹.

في حين أنّ الاتجاه الثاني (الموضوعي الأساسي) والذي حظي بتأييد من قبل ثلة من فقهاء القانون التجاري الدولي، والفقهاء المقارن على غرار Goldman و Kahn و Fouchard و Delaume وغيرهم، فيقوم على ضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون لكي لا تطول حالة الفوضى التي يعانها المجتمع الدولي والقانون الدولي على حدّ سواء. وبالتالي فإنّ القواعد المادية وفق هذا الاتجاه تستند إلى القانون بمعناه الواسع Droit والذي يطال مفاهيم قد لا تعدّ من قبيل القواعد القانونية وفق ما تمليه النظرية العامة للقانون، كالمبادئ العامة وقرارات التحكيم وقواعد العدالة وغيرها؛ إلاّ أنّه وبالرغم من ذلك يتمّ إعمالها استجابة لاعتبارات التجارة الدولية، إذ تجسّد وفق هذا المنظور المظهر الوقائي القائم على تجنّب الخوض في نطاق التنازع².

الفرع الثاني: أنصار مصطلح القواعد المادية

ذهب الأستاذ هشام علي صادق في كتابه " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " إلى تبني مصطلح " القواعد المادية "، حيث وصفها بـ " القواعد التي شرعت خصيصاً لتتلاءم مع طبيعة العلاقات العقدية المتعلقة بالتجارة الخارجية "³؛ وإن كان في معرض تحليله أشار لمصطلح " المنهج المباشر "، إلاّ أنّ ذلك لم يكن سوى على سبيل الاستئناس، بغرض توضيح وشرح الجانب التطبيقي الذي ينعكس من خلال الإشارة إلى كيفية إعمال مثل هذه القواعد، كما عمد الأستاذ إلى الاستئناس بنفس المصطلح في سياق تحليله للقواعد ذات التطبيق الضروري، ليخلص إلى نتيجة مؤداها: " إقرار الطابع المباشر للقواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري ".

في حين أنّ جانباً من الفقه المسمى بقانون التجار، وإن كان أقرّ بتجريح كفة القواعد المادية وفق التبرير السابق القائم على القانون بمفهومه الواسع، إلاّ أنّه استبعد تسمية القواعد المباشرة خشية منه

¹ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 03-04.

² أحمد مهدي صالح، المرجع نفسه، ص 06.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 548.

لاختلاط وتداخل المدلول مع المقصود بمنهج القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري، فضلا عن احتمال تداخل التسمية مع مبدأ الأثر المباشر للقانون الذي يبحث في نطاق تنازع القوانين من حيث الزمان¹.

وكان الفقيه Goldman Berthold قد تبني مصطلح القواعد المادية واصفا إياها بالقواعد الكفيلة بحكم العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي²، في حين ذهب الفقيه Oppetit Bruno إلى أبعد من ذلك حين وصف القواعد التي تعطي حولا مباشرة للعلاقات الدولية بالقواعد "المادية الخاصة"³.

وبالعودة لوجهات النظر التي سبقت في هذا المجال نحدو بدورنا حدو الاتجاه الغالب من الفقه بترجيح الكفة لصالح مصطلح القواعد المادية باعتباره المصطلح الذي يكفل مقدارا من الشمولية، كونه ينطوي على مجموع القواعد التي وضعت خصيصا لتنظيم العلاقات الخاصة ذات الوصف الدولي.

وفي سياق بحث مسألة المفاهيم في ظل تعدد المصطلحات، تجدر بنا الملاحظة أنّ التداول الواسع الذي عرفه مصطلح Lex-Mercatoria الذي تناولته العديد من الدراسات، يعبر في الواقع عن مجموعة العادات والأعراف المرعية في التجارة الدولية؛ وهي القواعد التي أبدعها التجار عبر الحدود، باعتبارها تلائم مقتضيات التجارة الدولية. ويتضح من خلال هذا التعريف الموجز أنّ قانون التجارة الدولية هو في الحقيقة كيان من القواعد التي تكوّنت أو في طريقها للتكوين بجهد من التجار أنفسهم دون سواهم، بحيث تكتسب هذه العادات والأعراف قوتها الملزمة نتيجة تواتر واضطراد الأخذ بها من قبل كل من يرغب في ممارسة نشاط اقتصادي دولي مهما تناقض ذلك أو اختلف مع أحكام القانون الوطني، كما يلتزم المحكم أو القاضي بتطبيقها بوصفها قانونا بغض النظر عن مدى علم الأطراف بها أو مشاركتهم في خلقها⁴.

وبالتعريغ على التعريفات التي جاء بها بعض المختصين والمهتمين بالشأن التجاري الدولي، فإنه يُراد بالقواعد المادية "مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية والأصل المهني والتي لا يلزم لتطبيقها اللجوء إلى القوة العامة". كما عرّفها تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لعام 1965 بأنها "مجموعة القواعد التي تسري على

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1989، ص 16-17.

مشار إليه في: أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 07.

² GOLDMAN Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives. In: Droit international privé : T.C.F.D.I.P, 2^{ème} année, 1977-1980, p224.

³ OPPETIT Bruno, Le développement des règles matérielles. In: Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988, p 123.

⁴ أحمد السعيد الزرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2007، ص 121.

العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص التي تجري بين دولتين أو أكثر". في حين وصفها الأستاذ Bertrand Goldman بأنها: " مبادئ عامة وقواعد عرفية تُطبَّق تلقائياً في إطار التجارة الدولية، دون الاستعانة بأي قانون وطني معين ". كما يعرفها أيضا بأنها: " مجموعة المبادئ العامة والقواعد العرفية ذات النشأة التلقائية المحال إليها أو المعدّة في الأوساط التجارية الدولية، دون الإحالة إلى أي نظام قانوني وطني خاص"¹.

والملاحظ من خلال هذه التعريفات أنها لم تتمكن من صياغة مفهوم جامع وشامل للقواعد المادية، والعلّة في ذلك تكمن في تعدّد الزوايا التي يُؤخذ بها لرسم الدلالات القانونية، فهناك من عرفها بالنظر إلى المصدر الذي استمدّت منه وجودها، حيث يصفها بالقواعد التلقائية النشأة التي تُعدّ وليدة الأوساط التجارية القديمة، وذلك قبل ظهور الدولة بمفهومها الحديث؛ وإن كان يعاب على هذا التعريف مغلاته في الأخذ بالأعراف التجارية كمصدر للقواعد المادية وإغفاله بالمقابل لباقي المصادر التي قد تساهم هي الأخرى في إرسائها؛ وهناك من عرّفها من خلال جوهرها الذي يكمن في قدرتها على وضع الحلول الموضوعية والمباشرة للنزاعات المتعلقة بالمعاملات التجارية وفقاً لمنهج مستقل. غير أنّ هذا التصور يبقى مجرد فرضية قابلة للنقض، ما دمنا لا نستطيع الجزم باستقلالية القواعد المادية عن منهج قواعد الإسناد.

الفرع الثالث: المفارقات بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري

لا شكّ من وجود شبه إجماع بأنّ جيل القواعد المادية يشكّل منهجاً جديداً في تنازع القوانين يقابل وينظر قواعد التنازع، إذ يتميز بتطبيقه المباشر والفوري. هذا ما دفع جانب من الفقه إلى الجزم بأنّ القواعد المادية هي: " القواعد التي تجهّز مباشرة التّظّم المادية للعلاقات المعنية ذات الطابع الدولي "². فهي تأتي إمّا في شكل قواعد ذات تطبيق ضروري على الوجه الذي سيق في نطاق التطرق لقيود قاعدة التنازع، أين تعمل هذه القواعد على تنظيم الشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية في داخل الدولة، حيث تكون منوطة بحكم العلاقات الوطنية، بيد أنّ التطبيق العملي لها أكسبها مرونة امتدت بها لحكم العلاقات

¹ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999، ص 360.

² عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2016، ص 36.

الدولية؛ وإما في صورة قواعد متعلقة بعقود التجارة الدولية، وكلاهما لا تعدو أن تكون من قبيل القواعد القانونية التي يتم تطبيقها على نحو فوري.

وبغرض إزاحة اللبس الذي قد يراود المتصفح بشأن المقاربات التي قد تفضي إلى الخلط بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري على اعتبار أنّ المنهجين ينطبقان بصورة مباشرة على العلاقة القانونية؛ فإن الكشف عن الفروقات الجوهرية بين المنهجين يعدّ حتمية لا مفر منها، وهي تنحصر عموماً في النقاط التالية:

أولاً- من حيث دولية العلاقة:

إنّ الطبيعة الدولية للعلاقات الخاصة بشكل عام والتجارية منها على وجه التحديد فرضت الحاجة إلى ظهور قواعد تأخذ هذه الاعتبارات على محمل الجدّ، وهو ما تبنته القواعد المادية بوصفها قواعد أوجدت خصيصاً لحكم العلاقات الخاصة الدولية وهذا بشكل مباشر، فهي تستجيب على نحو أفضل للتوجهات المنوطة بالروابط التي يحكمها القانون الدولي الخاص. في حين أنّ الأمر بخلاف ذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، التي يمكن القول أنّها شرّعت خصيصاً لتنظيم الروابط والعلاقات الداخلية، غير أنّ مراعاة طبيعتها الآمرة والأهداف التي تسعى إلى إدراكها فرضت امتدادها للنطاق الدولي، لتجد مكاناً لها ضمن منظومة القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية¹.

ثانياً- من حيث الهدف:

بالخوض في الأهداف التي تسعى لتحقيقها كل من القواعد المادية ونظيرتها ذات التطبيق الضروري، يمكن القول أنّ القواعد المادية تعمل على حماية العلاقات الخاصة الدولية التي غصّ الطرف عنها التشريع الداخلي، أو لم يسق بشأنها حلولاً ملائمة من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري؛ في حين أنّ هذه الأخيرة كمنهج تعمل على حماية النظام أو المجتمع الداخلي دون التفاتة منها للعلاقات ذات الطابع الدولي؛ بل أكثر من ذلك فهي تسري على كل العلاقات التي تمس مصالح الدولة دون استثناء، ولو أدّى ذلك إلى الإضرار بالعلاقات ذات الطابع الدولي. في هذا الشأن نجد أن الفقيه فرانسيسكاكيس

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2015، ص 260-261.

Francescakis وصف القواعد ذات التطبيق الضروري بالقواعد التي تظهر بروح الأناية التي لا تبتغي الدولة من ورائها إلا تحقيق مصالحها، غير عابئة بمصالح الدول الأخرى؛ فهي إذا بمثابة واجب فوري تزاوله الدولة من أجل حفظ ورعاية مصالحها¹؛ لتتناسى من خلاله الصفة الدولية للعلاقات التي تدخل في مجال سريانها.

ثالثا- من حيث المصدر:

من خلال جملة التعريفات التي سبقت في شأن القواعد المادية، يمكن أن نستشف أنها قواعد متعددة المصدر؛ فمنها ما يرتكز على الاتفاقيات الدولية، أو التشريعات الداخلية، أو المصادر القضائية، فضلا عن قانون التجارة الدولية ومكوناته التي تتمثل بالعادات والأعراف الدولية والعقود النموذجية إلى جانب المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة²؛ في حين تجد القواعد ذات التطبيق الضروري مصدرها الوحيد في التشريع الوطني، فهي وطنية النشأة والهدف؛ ولعلّ هذا الوصف الأخير أي "الهدف" هو بمثابة ميزة ثانوية يتم اللجوء إليها في حال استقت القواعد المادية مصدرها من التشريع الداخلي بغرض تكريس المفارقات.

رابعا- من حيث أولوية التطبيق:

بحكم مبالغتها في صون كيان الدولة، فمن البديهي أن تشقّ القواعد ذات التطبيق الضروري طريق الأولوية والأسبقية في التطبيق بالنظر للقواعد المادية. بهذا المنطق فإنّ إعمال القواعد المادية على علاقة قانونية دولية ما، لا يمكن أن يتمّ إلاّ بتخلّف القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنطبق على ذات العلاقة. وهو ما يعود بنا الأدراج إلى تلك الأفكار القائمة حول اعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري بمثابة قيد لإعمال المنهج التنازعي، وما يتمخّض عنها من نتائج قد تتعارض في الغالب من الأحيان ومصالح التجارة الدولية. لدى نجد أنّ جانبا من الفقه خلص في سياق التفرقة بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري إلى الدفع بأنّ التفرقة في الأساس هي بمثابة صراع بين خير منهج القواعد المادية يُؤمل في زيادته،

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 465.

² أنظر لاحقا: تفاصيل أكثر حول مصادر القواعد المادية في سياق هذه الدراسة.

وبين شر القواعد ذات التطبيق الضروي يؤمل في انحساره¹؛ وكأنهم بوصفهم هذا رسّخوا أحقية القواعد المادية في حكم العلاقات الخاصة الدولية حاضرا ومستقبلا، في حين أنّ القواعد ذات التطبيق الضروي وفق تصوّرهم لا تعدو أن تكون مجرد عقبة في هذا المجال.

خامسا- من حيث الأسلوب الفني لإعمالها:

من بين النقاط التي يمكن الارتكاز عليها للتمييز بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروي نجد ما يعرف بمسألة الأسلوب الفني للإعمال؛ وهنا تحديدا يمكن أن نشير إلى أنّ القواعد المادية غالبا ما تُطبّق مباشرة دون أية وساطة ولا اعتبارات معينة، بحكم أنها تنطوي على تصور مسبق للحل الموضوعي المعدّ خصيصا لتنظيم الروابط الخاصة الدولية، بينما يتحقق إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي بمجرد وجود صلة جدية ووثيقة بين العلاقة القانونية محلّ النزاع وبين النظام القانوني لدولة القاضي المختص على نحو كافٍ؛ على أن تطال هذه الصلة بشكل أو بآخر المصالح الحيوية للدولة².

المطلب الثاني: سمات القواعد المادية وجدلية تمتعها بصفة النظام القانوني

بعد تحديد مفهوم القواعد المادية وإزالة التعقيم بشأن اللبس الذي قد يطالها بحكم المقاربات التي تجمعها بالقواعد ذات التطبيق الضروي، فإنّ تسليط الضوء على خصائصها هو بمثابة خطوة أخرى للتمعن في بنية هذه القواعد؛ ولما كانت الغاية من خلالها هي تحقيق التوازن والإنصاف في العلاقات القانونية، فإن معرفة دوافع تبنيتها ومدى تمتعها بصفة النظام القانوني تعدّ بمثابة نقطة الانطلاق في دراسة وتقييم المنهج المادي.

الفرع الأول: الأسباب الذاتية لتبني القواعد المادية

بحكم مكانتها في فض منازعات عقود التجارة الدولية، وبموجب العناية والترحاب الذي حضت بهما من طرف الدول والهيئات الدولية، كان لزاما منا الوقوف على ميزات وسمات القواعد المادية، التي تكتسي من خلالها الطابع الخاص في المجال الدولي.

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 466.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 263.

أولاً- القواعد المادية منهج مباشر:

يوصف منهج القواعد المادية بأنه منهج مباشر وموضوعي، فهو بذلك يُعدّ نقيضاً لقواعد الإسناد التي تعمل على إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق على العلاقة التجارية الدولية، ليعطي حلولاً مباشرة تجعل القاضي في هذه الحالة أمام قانون في متناوله، مجنّباً إياه مشقة البحث في التشريعات المختلفة؛ فالقواعد المادية وفقاً للمنهج المباشر تعد بمثابة قانون القاضي، فهو لا يتوانى عن تطبيقها متى سمحت الظروف وتوافرت الشروط.

ثانياً- القواعد المادية تأصيل للتعاون الدولي:

تتميز القواعد المادية من وجهة النظر الشكلية بطريقة إعدادها وتدوينها، حيث يتم ذلك من خلال وثائق دولية يتطلب الوصول إليها تعاون وتضامن وتضافر الجهود على المستوى الدولي. فليس من المقبول أو المتصور أن تتولى دولة بصفة منفردة صياغة وإعداد مثل هذه القواعد¹؛ فهي بذلك تعطي صورة عن التعاون والتكافل الدولي في مجال التجارة الدولية، بما يحقق مصالح الأفراد ويضمن سيرورة المعاملات التجارية².

ثالثاً- القواعد المادية هي بمثابة قانون نوعي وطائفي:

إنّ إضفاء الوصف النوعي والطائفي على القواعد المادية هو بمثابة نتيجة حتمية للتباين الذي يتجلى واضحاً بين المجتمعين التجاريين الدولي والداخلي، فالقواعد التي تحكم وتنظم هذا الأخير قد تبدو بعيدة عن تنظيم العلاقات الدولية التي تتسم بمعطيات خاصة تقتضي حلول وقواعد من نفس الطينة.

ولعلّ إضفاء هكذا وصف على القواعد المادية للتجارة الدولية لم يأتي بمحض الصدفة، بل نابع عن كون هذه القواعد تخاطب نوعاً محدداً من الأفراد، وهم التجار الناشطين في مجال التجارة الدولية؛ كما أنّها قواعد لا تختص بحكم كل النزاعات، بل يقتصر دورها على النزاعات التي تنشأ في هذا الوسط.

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2003، ص 106.

² إلى جانب ذلك نجد أنّ هناك فئة أخرى من القواعد المادية، وهي المعروفة بالقواعد المادية الغير الرسمية، إلا أنّها تستجيب لاحتياجات الأفراد في مجال التجارة الدولية، إذ يُقدّمون على الأخذ بها دون إلزام رسمي كونها تعبر عن المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الدولية.

عودة في ذلك إلى: إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2008، ص 381.

كما لا تقتصر ميزة النوعية بالنظر للأفراد والأشخاص فقط، بل يتعدى ذلك ليشمل الموضوع والمضمون، على اعتبار أنّ هناك من القواعد ما تختص بنوع محدد من البيوع؛ فالحلل التجاري الدولي يضم فئات مختلفة من النشاطات والصفقات، وبالنظر إلى ذلك تكون القواعد المادية مناسبة وملائمة لطائفة العلاقات التجارية التي وضعت من أجلها، وقد يتجسد ذلك من خلال الأخذ بالعقود النمطية والشروط العامة النموذجية¹.

رابعاً- القواعد المادية هي بمثابة قانون تلقائي:

القول بأنّ القواعد المادية هي بمثابة قانون تلقائي، فهذا يعني أنّها تشكل مجموع القواعد العرفية ذات الأصل المهني، والتي لا يقتضي تطبيقها اللجوء المباشر للقوة العامة؛ غير أنّ اصطلاح القانون التلقائي يمكن أن يراد به في الواقع أمرين اثنين:

أولهما أنّ القانون بهذا الوصف لا يتأتى عن طريق رسمي كما هو المعهود في القوانين الوضعية؛ ومن ثمّ فإنه لا يوجد جهاز يتمتع بسلطة سن أو وضع القواعد السلوكية التي يتكون منها؛ وهو تلقائي لأنه لا يراعي الشكلية التي تخضع لها القاعدة القانونية الوطنية من تقديم اقتراح القانون أو مشروع القانون، ودراسته، ومناقشته، وإصداره ونشره من طرف الهيئات المحلية المختصة كلاً في مجالها.

أما الثاني فيراد به أنّ تطبيق هذا القانون لا يتطلب السلطة العامة أو القوة العامة؛ حيث يكفل تلك التلقائية تراضي الأطراف على الأخذ به مقدماً².

خامساً- القواعد المادية قواعد مرنة وسريعة التطور:

من بين الخصائص التي يحظى بها أيضاً منهج القواعد المادية، نجد خاصيتي المرونة والتطور؛ إذ تكتسي القواعد المادية في مجالها الدولي نوعاً من المرونة الغير معهودة في القوانين الداخلية، كيف لا وهي تُعدّ وليدة السلوكيات التي استقر عليها الأفراد في المجتمع التجاري الدولي، ما يجعلها سهلة وسلسة

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 107.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص 105.

التطبيق¹، بحكم أنها توفر بيئة ودية في مجال التجارة الدولية²؛ وهو ما يشكّل في حقيقة الأمر انعكاسًا لحتمية مؤدّاهها مسايرة القواعد المادية للتطور بشتى مجالاته لا سيما تكنولوجيا النقل والاتصال التي غيرت من ملامح العقود في المجال الدولي.

سادسا- التدويل وتحقيق العدالة:

تتولى القواعد المادية تنظيم العلاقات الخاصة التي تتضمن العنصر الأجنبي، وتحديدًا تلك التي لها صلة وثيقة بمصالح التجارة الدولية؛ فتتنظيم المعاملات التجارية بالنظر لطابعها الدولي هدفه تحقيق الاستقلال والازدهار عبر الحدود حتى ولو كان ذلك خروجًا عن القواعد الآمرة التي تحمي مجتمع الدولة، وهو ما من شأنه تحقيق العدالة بمفهومها الواسع، والذي يتعدى حدود الدولة الواحدة، وقوفا عند متطلبات التجارة الدولية.

إلا أنّ بلوغ الهدف المنشود ليس من المسلمات، ففي الغالب يكون مصطلح العدالة ملازمًا لأحد طرفي العقد الدولي، وهو الطرف القوي اقتصاديًا، الذي يلعب دورًا أساسيًا في إرساء ووضع القواعد المادية³؛ لدى نجد أنّ الاهتداء للعدالة غالبًا ما يتمّ من خلال تحقيق الوضوح والتوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، فالقواعد المادية قد تكون كفيلة بكبح مسار الشكوك الذي يبتاهم خشية جهلهم المسبق للقانون الواجب التطبيق؛ وحتى بفرض إمكان العلم المسبق به فإنّه سيكون على أية حال قانونًا وطنيًا غير مُعدّ لمواجهة هذا النوع من العلاقات التجارية، غريبًا عن أحد طرفي النزاع إن لم يكن غريبًا بالنظر إليهما معًا⁴.

سابعًا- الوظيفة الوقائية والعلاجية:

يمكن تلخيص الخاصية الوقائية للقواعد المادية حسب ما يفهم من المدلول اللفظي، أنّها تحول دون وقوع النزاع. وبالتالي تهدف هذه القواعد بالدرجة الأولى إلى تجنب حدوث التنازع من أساسه، حيث تعمل

¹ السهولة قد تتعدى الأطراف لتشمل القضاة والمحكمين؛ في هذا الصدد هناك من وصف القواعد المادية بأنّها صديقة المحكمة، فالقضاة سيكونون سعداء بتطبيق قواعد واضحة وسهلة المنال، بدلا من الغوص في مشقة منهج التنازع، خاصة في ظل الجهود المتواصلة للمنظمات الدولية التي تعمل على إدراج هذه القواعد وتفسيراتها في إصدارات سهلة متعددة اللغات.

إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 382.

² إيهاب السنباطي، المرجع نفسه، ص 382.

³ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 113.

⁴ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 348.

على تهيئة نفسية المتعاقدين بشأن توحيد القواعد القانونية التي تحكم علاقتهم التعاقدية وهذا في مرحلة سابقة، كما هو الشأن بالنسبة لمرحلة التفاوض، أين تتحدد وجهات النظر المستقبلية حول القواعد التي تسري على العقد التجاري، وهذا وفقا لمقولة " الوقاية خير من العلاج " .

غير أنه في حال تخلف الوقاية عن أداء الدور المنوط بها، يخضع الداء لحتمية العلاج، حيث تتكفل القواعد المادية في هذه الحالة بإيجاد الحلول لمنازعات التجارة الدولية، والتي قد تتجسد من خلال تقريب وجهات النظر للأطراف المتنازعة، من أجل تدارك الثغرات بهدف انقاذ العقد وفقا لما يخدم مصالحهم على حد سواء، قبل أن تعبد الطريق أمام القاضي أو المحكم في مرحلة لاحقة لأجل أخذ أحكام عادلة ومنصفة تلزم من صدرت في حقه بالتنفيذ¹.

الفرع الثاني: مدى الاعتراف للقواعد المادية بصفة النظام القانوني

إن كانت الخصائص التي تمتاز بها القواعد المادية توحى في ظاهرها بأحقية هذه الأخيرة بحكم الروابط القانونية الدولية في المجال التجاري، فباطنها ينطوي على صراع بدت الآراء فيه متباينة حول مدى الاعتراف لهذه القواعد بصفة النظام القانوني، ولعلّ هذا الطرح يعود في الحقيقة إلى كون القواعد المادية وليدة البيئة التجارية، إذ نمت وتطورت في أحضانها؛ فبالرغم من الإجماع الذي تحوزه حول فعاليتها في حكم العلاقات التجارية الدولية وسدّ الثغرات التي قد يخلفها المنهج التنازعي، إلا أنّ الكثير منّا يتساءل عن مدى تمتعها بالوصف القانوني، لا سيما وأنّ هذا الأخير يعد تكريسا لعنصر الإلزام المكون للقاعدة القانونية.

أولا- ضرورة الوقوف على مدلول النظام القانوني:

تُعدّ فكرة النظام القانوني من أعقد المفاهيم التي تواجه الفكر القانوني، كونها تهدف إلى تسليط الضوء على الظواهر القانونية من أجل فهمها فهما صحيحا، ووضع إطار تحليلي لتصوّر شامل لها يجمع بين العناصر القانونية ونظيرتها الغير قانونية.

¹ بلاق محمد، المرجع السابق، ص 92.

01 - مفهوم النظام القانوني:

يُعرّف النظام القانوني أو ما يعرف بمصطلحات *L'ordre juridique, système juridique, ou ordonnancement juridique* على أنه " مجموعة متناسقة من القواعد، تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"¹.

على أنّ النظام القانوني لا يتكون فقط من مجموعة القواعد السلوكية المتدرجة التي تضبط الروابط القانونية أو تحل منازعاتها، بل يلزم أن يوجد بجانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدراتها على خلق قواعد سلوكية، أو كما يقول الفقيه الإيطالي *santi ROMANO*: " أنّ فكرة النظام القانوني فكرة مركبة، ذلك أنّ القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون صلة الروابط القانونية، فهو تنظيم بناء يتوجه إلى المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة أو كائنا قائما بذاته"². هذا ويضيف الأستاذ *Verally.M* أنّ النظام القانوني هو " نظام تهذيب الروابط الاجتماعية، وما يميزه ليس فقط وضع قواعد ... ولكن أيضا إنشاء نظم متخصصة لضبط الروابط الاجتماعية أو حل المنازعات"³.

ولعلّ الدراسات الحديثة خلصت في مجملها إلى تحديد مفهوم النظام القانوني بالارتكاز على جانين، أولهما عضوي أو نظامي، يعد بمثابة تنظيم لوحدة اجتماعية معينة، له وجود حقيقي وملمس، يعبر عن وجود مجتمع منظم ويعمل بالمقابل على سد حاجاته. أما الثاني فهو قاعدي، يتمثل في الوجود الحقيقي للقواعد القانونية التي تعدّ في الحقيقة تعبيراً عن ما يفرزه الجانب العضوي⁴.

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 480.

² القاضي بلال عدنان بدر، المرجع نفسه، ص 480.

في ذات السياق يرى الكاتب *Jacques Chevallier* صاحب مؤلف *L'état post moderne* - أنّ:

L'ordre juridique symbolise l'ordre social, indiquant à tous les membres de la société qu'ils font partie d'un ensemble cohérent, rationnel, dans lequel chacun a sa place, dispose d'un statut.

تعريف متوفر على الموقع الإلكتروني: www.toupie.org زيارة بتاريخ 2019/06/22 على الساعة 15:20 .

³ خليفني سمير، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018، ص 235.

⁴ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 494.

02 - مقومات النظام القانوني:

لقد تعددت التعاريف حول المقصود بالنظام القانوني، غير أنها في مجملها تمحورت حول نقطتين اثنتين وهما الجانب "القاعدي"، والجانب "النظامي" أو ما يعرف "بالمؤسستي"؛ حيث يشمل الجانب الأول مجموع القواعد القانونية التي تعدّ بمثابة حلقات أساسية في تشكيل نظام قانوني. فبحسب تقدير الفقيه النمساوي Hans Kelsen فإنّ القواعد القانونية هي وحدها الكفيلة بالإجابة على السؤال: ما المقصود بالقانون؟ في حين يقوم الجانب الثاني من منطلق كون القانون ظاهرة يهدف لتنظيم علاقات اجتماعية، له وجود حقيقي وملموس يُجسّده المؤسسات التي تعتبر بمثابة القلب الذي يحوي القواعد القانونية بحيث يشكل الكل كتلة واحدة يطلق عليها مصطلح النظام القانوني¹. وذهب رواد هذا الجانب وهما الفقيهان Joseph Raz و Mac Cormick إلى التركيز على الدور المنوط بالمؤسسات في سبيل إرساء وحدة قانونية متجانسة؛ فوجود القانون بحسب تقديرهم يعني وجود مؤسسة قانونية²، وبالتالي فلا حديث عن قاعدة قانونية نابعة من غير هيئة أو مؤسسة قانونية.

ويُستشف من خلال هذا الطرح الأخير، أنّ الصفة القانونية للقواعد المادية لن تتأني إلا من خلال المفهوم التقليدي القائم على الربط بين القانون والدولة، حيث لا يمكن تصور قواعد القانون في معزل عن المجتمع السياسي المنظم المنحصر في نطاقه الداخلي والذي يجد في مؤسساته ركيزة لقيامه. غير أنّ هذا القول يصعب التسليم به، فالدولة لم تعد بالكيان الاجتماعي الوحيد القادر على تكوين القانون، فالوسط التجاري أضحى مجتمعاً متماسكاً ومنظماً يشعر أفراداه بضرورة الالتزام بالقواعد التي تعارفوا عليها في معاملاتهم إدراكاً لمصالحهم المشتركة، حيث يرى في ذات السياق جانب من الفقه أنّه: "لا مكان لمن يعتقد أنّه لا يوجد في المجتمع الواحد إلاّ نظام قانوني واحد، لأنّ تعدّد النظم القانونية داخل المجتمع الواحد أمر وارد، والقانون الوضعي ليس سوى نظام قانوني بين أنظمة قانونية أخرى، وأنها توجد أنظمة قانونية متعدّدة بتعدّد المؤسسات الموجودة، فالقانون يتكوّن في كلّ مجتمع، سواء وجدت أجهزة لخلق أم لا"³.

¹ LANDAIS Guillaume, Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne, Thèse de Doctorat en Sciences juridiques de l'European University Institute, Florence, 2017, p 27,32.

² LANDAIS Guillaume, op, cit, p 68,76.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 44.

ويتأكد الطرح إذا ما سلّمنا بدور الجماعات الخاصة في إرساء قواعدها الذاتية، وهي الحقيقة التي يتعدّر إنكارها؛ بل أكثر من ذلك فالدولة في حدّ ذاتها أضحت تُقرّ وتطبق قواعد هذا المجتمع والتي لم تساهم في نشأتها على حساب أحكامها الآمرة وهذا عملا بمبدأ التعايش الذي تفرضه ضروريات الحياة الخاصّة.

ثانيا- فكرة النظام القانوني بين الاقرار والرفض:

من خلال التطرق لفكرة النظام القانوني وبحث مقوماته، جدير بنا إنصاف القواعد المادية في هذا الشأن؛ ولعلّ أولى المحطات التي تستوقفنا هي ذلك التشكيك الذي ساد الفقه التقليدي في بداية المطاف إزاء اعتبار القواعد المادية أو ما يعرف بقانون التجارة الدولية نظاما قانونيا بالمعنى الحقيقي، حيث تمّ تصنيفها في خانة العادات التي لا يجوز تطبيقها إلا من خلال اتفاق المتعاقدين على ذلك صراحة أو ضمنا. لكن نتيجة نمو وازهار هذه القواعد، فرض المنطق نفسه ليهجر الغالب من الفقه الطرح السابق، مسلّما بأحقية هذه القواعد في تشكيل نظام قانوني مستقل بذاته عن النظم القانونية الوطنية، يخاطب جميع الدول التي تعنى بتنظيم التجارة الدولية؛ في حين تعتبر الأوساط التجارية المهنية حقا خصبا لمثل هذه القواعد باعتبارها تجسّد صورة ذلك المجتمع المتناسك والمنظم الذي يشعر أفرادها بضرورة الالتزام بالقواعد التي تعارفوا عليها في معاملاتهم وهذا تحقيقا لمصالحهم المشتركة، مستأنسين في ذلك بدور المحاكم بالسهر على تنفيذها. ولقد كشف الواقع العملي في هذا السياق عن انحياز المحكمين لفئة القواعد المادية في مجال التجارة الدولية، حيث لا يترددون في إعمالها بوصفها القانون الطبيعي للمعاملات التجارية في هذا المجال، بل وتغليبها أحيانا على القانون الوطني المختص بمقتضى منهج التنازع؛ وأكثر من ذلك، تتجه بعض أحكام المحكمين إلى اعتبار أنّ اختيار المتعاقدين لقانون وطني معيّن المراد به هو مجرد استكمال النقص المحتمل في أحكام القانون التجاري الدولي¹.

وفي ظل تباين وجهات النظر بين مقر لصفة النظام القانوني للقواعد المادية ومنكر لذلك، يمكن القول أنّ إنكار وصف النظام القانوني للقواعد المادية أساسه إنكار صفة الإلزام؛ وهذا التسليم يصحّ بأن يكون بمثابة سبب مباشر لتحرير العقود التجارية الدولية من حكم القانون، وهو ما يعيدنا إلى فكرة العقد

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، سنة 2009، ص 473-474.

الطليق التي سبقت الإشارة إليها. وبخلاف ذلك فإن الاعتراف بالقوة الملزمة لتلك القواعد، مؤداه أنّ إفلات العقود التجارية الدولية من سلطان القواعد الوطنية لا يعني تحررها من حكم القانون بصفة عامة، طالما أنّ القواعد المادية الدولية ستتبنى حكم العلاقة التجارية، وهذا بطريقة مباشرة ودون ما حاجة منها إلى الخوض في إرادة المتعاقدين أو في قواعد الإسناد¹.

01 - الاتجاه المشكك في صفة النظام القانوني للقواعد المادية:

لم يحسم الفقه موقفه بخصوص إنكار صفة النظام القانوني للقواعد المادية، حيث اتخذ البعض موقفاً متشدداً إزاء الطرح، في حين استقر البعض الآخر على موقف معتدل تبنى من خلاله فكرة الاعتراف بالنظام القانوني الغير كامل.

أ - الاتجاه النافي أو المنكر للصفة القانونية للقواعد المادية:

إنّ فكرة النظام القانوني وإن اتضحت معالمها وفقاً للتعريفات السابقة، إلا أنّ ذلك لا يعدو أن يكون سوى خطوة ينتهجها بعض شراح القانون الدولي من أجل تبرير موقفهم القائم على إنكار صفة النظام القانوني عن القواعد المادية، معللين ذلك بجملة من الحجج أهمها:

* تبدّد معالم الوحدة الاجتماعية:

إنّ جوهر قيام أي نظام قانوني يقتضي بالضرورة وجود حقيقي وملموس لما يعرف بالوحدة الاجتماعية، والتي يشكك العديد في وجودها في مجال العلاقات التجارية الخاصة الدولية، بحكم أنّ التنظيم في هذا المجال غير واضح المعالم؛ حيث أنّ تشعب العلاقات والمعاملات في المجال التجاري خاصة في ظل الثورة المعلوماتية أفرز تزايد غير مسبوق لفئة التجار ورجال الأعمال كلّ حسب اختصاصه ونهجه، مما ترتب عليه ميلاد جماعات متباينة من التجار، تستأثر كلّ فئة منها بأعرافها وعاداتها الخاصة التي تعكس بصورة واضحة مصالحها، والتي قد تتعارض في الغالب من الأحيان مع مصالح الغير، وهو الأمر الذي يخالف فكرة

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 241.

التنظيم التي يُؤسّس عليها النظام القانوني بصفة عامة¹.

* ارتباط النظام القانوني بالقواعد الآمرة:

تُعدّ القواعد الآمرة الأساس المتين الذي يقوم عليه النظام القانوني المتكامل، والذي يترتب عليه انصياع الأفراد لأحكامها بما يحفظ هبة القانون في حد ذاته، وهو ما لا يتضمنه المنهج المادي الذي تكتسي قواعده حلة مكتملة يتوقف تفعيلها عادة على إرادة الأطراف؛ هذه الأخيرة تملك علاوة على ذلك سلطة التعديل والإضافة.

ولعلّ العقود النموذجية والشروط العامة النموذجية والعادات المهنية أو التجارية لا تعدو أن تكون مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية في متناول الأطراف المتعاقدة في المجال الدولي مجردة من طابع الإلزام، الذي يتحقق فقط من خلال اتفاق الأطراف على الأخذ بها سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً، وهذا من منطلق القاعدة التي تقضي بأنّ "العقد شريعة المتعاقدين"²، وهو ما يفسر بحسب هذا الاتجاه تلاشي وجود النظام القانوني.

* افتقاد القواعد المادية لعنصر الجزاء:

لطالما اقترن مصطلح القانون بمصطلح الجزاء، فالقاعدة القانونية تفرض على الأفراد احترامها والانصياع لمضمونها، بحيث يترتب عن خرق هذا المبدأ توقيع الجزاء. غير أنّ الطرح يمكن تصوّره بوضوح في حال القواعد القانونية الوطنية، لا سيما ذات الطابع الإقليمي منها؛ حيث يخضع لها جميع الأفراد في المجتمع الواحد وتتولى الدولة مسؤولية توقيع الجزاء في حال الخروج عنها، وإن كان هذا الأخير يستقر بطريقة لا إرادية في نفسية الأفراد كنتيجة حتمية للطابع الإلزامي للقواعد الوطنية.

¹ في هذا الصدد لا يمكن أن نتصور أن تعمد الدول المتقدمة إلى المساهمة في وضع قانون موضوعي تسمح قواعده المادية بالانتشار الحر للأفكار والتفافات. كما أنه من المستبعد أن تتوافق سياسات الدول النامية مع سياسات الدول المتقدمة في مجال من مجالات التجارة الدولية، خاصة تلك التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية، بحكم المنطق الذي يقضي بهيمنة الدول المتقدمة في هذا المجال؛ ولعلّ هذا الطرح قد يفسّر ذلك التباين الذي تعرفه المجتمعات التجارية في مجال التجارة الدولية.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 99.

غير أنّ القواعد المادية ذات الطابع الدولي قد لا ترتب نفس الآثار في حال خروج الأطراف عن أحكامها، إذ على الرغم من تضمنها لعنصر الجزاء، إلا أنّ هذا الأخير يبقى يستأثر ببعض الخصوصية بحكم ارتباطه ارتباطاً وثيقاً بالدولة¹.

وبالخوض في دور الدولة في مجال العلاقات القانونية الخاصة الدولية، نلمس في العديد من المناسبات ذلك الموقف التي تتخذه من خلال عدولها عن تنفيذ الأحكام الأجنبية لا سيما ما تعلق فيها بالقرارات التحكيمية، مما يجرد النظام القانوني على هذا النحو من صفة الإلزام كنتيجة لعجزه الذاتي عن فرض الجزاء الذي يكفل احترام قواعده، وهو ما قد يجعلنا ننحاز للتسليم بالفرضية القائمة على استحالة وجود جزاء مستقل لقواعد هذا القانون عن تدخل الدولة، خاصة في ظل الوضع الراهن الذي أثبت تباين في السياسات الخارجية على شتى الأصعدة².

* نسبة القواعد المادية:

إنّ الإطار القانوني للمعاملات التجارية الدولية يتضمن جملة من القواعد القانونية المتشعبة والمتباينة، تستمد روحها في الواقع من التشريعات الوطنية المختلفة والاتفاقيات الدولية والأعراف المهنية؛ وهو ما جعل الفكر القانوني يضيف صفة النسبية على القواعد المادية في هذا المجال؛ فاقترام الهيمنة التشريعية في هذا الشأن وإن أدّى في الواقع إلى ميلاد القواعد المادية، إلا أنّ هذه الأخيرة لا تتمتع بصفة النظام القانوني³. ولعل الطرح الذي يقضي باعتبار القاعدة المادية جزءاً من العقد يثمن وجهة النظر هاته، خاصة وأنه يصنفها ضمن خانة القواعد الفردية التي تفرضها الضرورة العملية والمتمثلة في سدّ الثغرات التي تتجلى من خلال العقد التجاري الدولي⁴.

¹ وهو الموقف الذي يؤيده الأستاذ Batiffol حين يذهب في تحليله للقانون للقول بأنّ هذا الأخير ليس سوى تعبير عن إرادة السلطة. أنظر في ذلك: محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، الطبعة الأولى، مطبعة حمادة، القاهرة، سنة 2003، ص 81.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 333.

³ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 487.

⁴ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 99.

ب - الاعتراف بصفة النظام القانوني غير الكامل للقواعد المادية:

بخلاف سابقهم لم يسلم جانب ثاني من الفقه بنفي صفة النظام القانوني على القواعد المادية بشكل قطعي، بل تبني موقفا وسطا متأثرا من خلاله بالتطور الفكري القانوني المعاصر¹؛ حيث اعتبر هذا الجانب أنّ القواعد المادية وإن كانت تشكل في حد ذاتها نظاما قانونيا، إلاّ أنّه لا يعدو أن يكون نظاما فنيا في طور التكوين وغير كامل، كونه لا يكفل تنظيم كافة المسائل التي تعنى بها التجارة الدولية بصفة مستقلة، وبغنى عن التشريعات الوطنية²؛ حيث أثبتت الممارسات حاجة القضاء للقواعد الوطنية مستأنسة في ذلك بقواعد الإسناد وهذا قصد سدّ الثغرات التي تشوب القانون التجاري الدولي؛ وهو ما يعدّ في نظرهم إخلالاً بمبدأ الأمان القانوني الذي يتطلع لتحقيقه المجتمع الدولي في مجال المعاملات التجارية³. كما أنّ إطلاق العنان لسلطة القاضي والمحكم، والتي تخضع لانطباعاتهم وقناعاتهم الشخصية قد تتأثر بالخلفيات المهنية لدرجة قد تخالف في الغالب من الأحيان صحيح الحل القانوني السليم، يُعدّ بمثابة مؤشر على عدم وجود قواعد قانونية حقيقية.

وعلى الرغم من موقفها الوسطي، إلاّ أنّ نظرية النظام القانوني غير الكامل للقواعد المادية لم تسلم من سهام النقد التي طالتها، فعلاوة على غموض مدلول عبارة " النظام القانوني الغير كامل" والتي قد يفهم منها الاعتراف وعدم الاعتراف في آن واحد وهو ما يتعارض مع المنطق القانوني، نجد أن المعيار الذي تبناه أنصارها والقائم على عدم تغطية القواعد المادية لكافة المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية هو معيار ضعيف، كونه ينطبق على كافة مناهج القانون الدولي الخاص، لأنّ الواقع الدولي يحتم تعدد المناهج بما يعطي تفسيراً

¹ نجد من بين المؤيدين للطرح كلّ من Fouchard و Goldman اللذان أكدا أن القانون التجاري الدولي لا يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح وإن كان يحظى بقسط من الاستقلال الذاتي.

أنظر في ذلك: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 49.

² تجدر الإشارة في ذات السياق أنّ القوانين النموذجية التي تعنى بالتجارة الإلكترونية تكتفي في الغالب من الأحيان إلى وضع الهيكل العام للقواعد الضرورية للتطبيق، فاسحة بذلك المجال أمام الدول من أجل إصدار ما تراه مناسبا من لوائح تنظيمية بغرض استكمال التفاصيل الإجرائية. والمتعمّن في القوانين النموذجية قد تتبادر إلى ذهنه جملة من الأسئلة بشأن العديد من المسائل القانونية التي قد لا يجد لها حلول في ذات القوانين؛ ولعل أهم شق فيها هو ذلك الذي يعالج مسائل المسؤولية، حيث نجد أنّ هذه القوانين تخلوا تماما من النصوص القانونية التي تبين الآثار المترتبة على عدم الامتثال لأحكامها، ليكون في المقابل حكرا على القوانين الوطنية.

صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 227.

³ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 488-489.

لضرورة التعاون والتعايش فيما بينها، مع ترجيح نسبي لكفة القواعد المادية التي تحدّد من نطاق المناهج الأخرى في العديد من المناسبات¹.

02 - الاتجاه المقرر بصفة النظام القانوني للقواعد المادية:

لعلّ ما قيل في شأن إنكار صفة النظام القانوني عن القواعد المادية من شأنه أن يحصر مفهوم القانون في مجال ضيق، لذلك استوجب النظر إلى مفهوم القانون بنظرة سيكولوجية، لا يمكن من خلالها سوى التسليم بثبوت الصفة القانونية للقواعد المادية، دون أن يتوقف ذلك على ارتباط هذه الأخيرة ببعض المفاهيم القانونية على غرار الدولة أو السلطة وغيرها².

هذا ويشيد الفقه الغالب بدور القواعد المادية التي أضحت بمثابة أداة قانونية، ساهمت إلى حد بعيد في فض المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي، مسخرة في ذلك آلياتها المتميزة؛ ما يكرس فرضية تشكيلها لنظام قانوني يكون موازي للنظام القانوني الوطني؛ وهو الطرح الذي يقوم على جملة من المبررات لعلّ أهمها:

● انطباق مواصفات القاعدة القانونية على القواعد المادية:

تقوم القاعدة القانونية على جملة من المواصفات والمميزات، فهي في حقيقتها تعبّر عن سلوك اجتماعي، كما تمتاز بطابعها العمومي والمجرد³؛ فضلا عن ذلك فهي تنطوي على عنصر الإلزام، هذا الأخير قد يجد

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 491.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 100.

³ فمدلول العمومية والتجريد يقصد به أنّ القاعدة القانونية تخاطب جميع شرائح المجتمع، دون أن تختص بشخص معين بوصفه وشكله ودون أن تختص بمحاثة معينة بمخياتها وأطرافها، كما يشترط أن تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض مستوفية لشروطها. والعمومية لا يفهم منها مفهومها المطلق، حيث ينطبق ذات المفهوم وإن اهتمت بصفة معينة كمجتمع التجار، أو الحرفيين أو المقاولين وغيرهم. ويعدّ عنصر العمومية والتجريد عنصران مكملان لبعضهما البعض، فالقاعدة القانونية لا بد أن تكون كافية بذاتها للتطبيق على كافة الأفراد والوقائع التي تحكمها دون أن تكون في حاجة إلى ما يكملها من نصوص أخرى.

لمزيد من التفاصيل راجع: عمرو طه، بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، "نظرية القانون"، دار الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن، ص 08-09.

ركيزته ويستمد وجوده من الحياة الدولية في المجتمع الدولي؛ بمفهوم آخر الإلزام هو بمثابة الشعور القانوني المشترك للجماعة الدولية ولأشخاصها¹.

وعن مدى تمتع القواعد المادية بسمات القاعدة القانونية لم يبدي جانبا من الفقه تردّداً في حسم موقفه من خلال الإشارة إلى أن القواعد المادية للتجارة الدولية هي في الأصل عبارة عن أدوات تنظيمية تحوز صفة القواعد القانونية². هذه الأخير وإن لم تستطع تحقيق العدالة التي ترمي إليها، فهي لا تتوانى في العمل على توفير الأمان القانوني للروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع.

ويسلم هذا الجانب بفكرة مؤداها أنّ سلطة الدولة لا تعد مصدرا وحيدا للقانون، حيث أنه لا يستوجب الربط بينهما لدرجة يصبح فيها تخلف عنصر الدولة مؤشرا على نفي الصفة القانونية عن القواعد المادية؛ حيث أن هذه الأخيرة يمكن أن تستمد صفتها من عدة عوامل قد تتجسد إحدى صورها في تلك الوحدة المتناسكة التي يظهر عليها التجار في المجال الدولي من خلال معاملاتهم وعلاقاتهم وتصرفاتهم على نحو يشكلون به مجتمعا دوليا حقيقيا يخضع لسلطة التنظيمات المهنية والمنظمات الخاصة والدولية مما يجعلهم في غنى عن الدولة. علاوة على ذلك فإنّ وجود أجهزة أو هياكل قانونية خاصة أو عامة مثل هيئات التحكيم التي تعدّ بمثابة سلطة قضائية حقيقية تعمل على احترام القواعد السلوكية في إطار القانون التجاري الدولي معتمدة في ذلك على خصوصيتها، ومسخرة لجميع أجهزتها لا يمكن سوى أن يكون تعبيرا صريحا عن مدى تمتع القواعد المادية بالوصف القانوني.

أما عن عنصر الجزاء الذي يضمن احترام القواعد القانونية، وإن قللنا من أهميته كعنصر محدد لإضفاء القيمة القاعدية للقواعد المادية؛ فإنه في ظل المجتمع التجاري الدولي يتجلى من خلال طابعه الذاتي والمستقل الذي يتلاءم والعلاقات القانونية في هذا المجال؛ حيث نجحت بعض الجزاءات في وضع بصمتها وتكريس أحيقيتها كجزاءات أصيلة مترتبة عن الإخلال بالروابط التعاقدية، كتلك الجزاءات المالية في صورة الكفالة المقدمة من طرف الأطراف لضمان مصاريف التحكيم، أو عدم تنفيذ الحكم، أو بعض الجزاءات التأديبية،

¹ عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009، ص 82-83.

² على غرار الأستاذ Rigaux الذي يجد أن القواعد المادية تحوز صفة النظام القانوني طالما حظيت باحترام من قبل المخاطبين بها، وكترسها القضاء في سبيل تحقيق فعالية النظام.

أنظر في ذلك: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 62.

كنشر أو إذاعة اسم من صدر الحكم ضده وتقايس عن تنفيذه، بالإضافة إلى بعض الجزاءات التي قد تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق كتعليق الصفة، ومنع الطرف المقصّر من الالتجاء للتحكيم مستقبلاً، أو منعه من ارتياد البورصات أو الأسواق التجارية؛ ولعلّ هذا ما يفسر التنفيذ التلقائي لغالبية الأحكام دون ما حاجة لتدخل الدولة¹.

● اعتراف الواقع العملي بالقواعد المادية وصفتها القانونية:

إنّ التحرر من سلطان القوانين الوطنية، وتحويل التوجه نحو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تعتبر من بين أهمّ المواقف التي عمدت إليها الدول والاتفاقيات الدولية، والنظم المؤسسية التي تعنى بالتحكيم التجاري الدولي، وهذا من خلال تبني مصطلحات قانونية واضحة المعاني في سبيل التعبير عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع؛ ليتجلى ذلك تحديداً من خلال استخدام مصطلح *Droit applicable* الذي يعبر عن القواعد القانونية الوطنية الرسمية لدولة ما، عوضاً عن مصطلح *Loi applicable* الذي يشير إلى مختلف القواعد القانونية التي تكونت على صعيد المجتمع الوطني أو الدولي، وبغض النظر عن مصادرها، سواء كانت من صنع هيئات أو جماعات تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية².

وفي ذات المعنى أكدّ الفقيه Michel Virally بأنّ *Lex mercatoria* هي بمثابة قانون (*Droit*) أوجده الخواص بغية تنظيم العلاقات القائمة فيما بينهم، وإن كان يستأثر ببعض الخصوصية³.

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 498.

² من بين أهمّ الاتفاقيات والتشريعات التي أخذت بمفهوم *Droit applicable* نجد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في مادته 28 دباجة فرنسية، وكدى الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في مادتها السابعة، قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في مادته 1496، القانون الاتحادي السويسري بشأن القانون الدولي الخاص لعام 1987 (المادة 183 فقرة 01)، نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس لعام 1998 (المادة 17 فقرة 01)، إضافة إلى نص المادة 713 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية. أنظر في ذلك: القاضي بلال عدنان بدر، المرجع نفسه، ص 500-501.

³ *Lex mercatoria* :est un troisième droit, créé par des particuliers pour régir des rapports de droit privé, ce qui le rapproche des droits internes, composés en grande partie de droit privé, mais qui se présente comme du droit non national, ce qui le rapproche du droit international. Son caractère non étatique le différencie fortement de l'autre.

VIRALLY Michel, Un tiers droit ? Réflexions théoriques, Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982, p 373, 374.

متوفر عبر الموقع: <https://books.openedition.org/iheid/4410?lang=fr>

زيارة بتاريخ 2020/10/25 في حدود الساعة 22:49.

● اعتراف الهيئات الدولية بصفة النظام القانوني:

لقد كرست الأمم المتحدة كهيئة فاعلة في مجال العلاقات الدولية اعترافها بالصفة القانونية للقواعد المادية، حيث أشارت من خلال نص المادة الثالثة من مبادئ اختيار القانون المطبق على العقود التجارية والتي جاءت تحت عنوان "قواعد القانون" على أنه: "يجوز للأطراف أن تختار أن يكون القانون المطبق قواعد قانونية مقبولة عموماً على المستوى الدولي أو فوق الوطني أو الإقليمي، باعتبارها مجموعة من القواعد المحايدة والمتوازنة، ما لم ينص قانون بلد المحكمة على خلاف ذلك"¹.

ولم يتوقف دور الأمم المتحدة في الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية عند هذا الحد، إذ أنها من خلال مشروع تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تمسكت بذات الموقف حين أكدت من خلال نص المادة 07 فقرة 08 إلى ضرورة الأخذ بالأعراف المهنية السائدة بغية تحقيق العدل والإنصاف².

المبحث الثاني: نحو تحرير العقد الدولي من حكم القوانين الداخلية

إنّ إقرار أحقية منهج القواعد المادية بحكم المعاملات التجارية في حلّتها الدولية لم يكن بمحض الصدفة، بل أنّ التوجه قائم على اعتبارات متعددة ترسخت على مدار حقبات متتالية كان للمتغيرات الاقتصادية والسياسية الأثر الفاعل فيها؛ هذا دون إهدار الشق القانوني الذي أبدى محدوديته اتجاه النزاعات الناشئة عن الممارسات التجارية، أين باتت قواعد الإسناد غير قادرة على رسم معالم الأمان القانوني؛ ولعلّ اجتماع هذه الأسباب أفضى إلى تبني القواعد المادية كمنهج من طرف المجتمع الدولي.

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 505.

² القاضي بلال عدنان بدر، المرجع نفسه، ص 511.

المطلب الأول: الحجج القائمة على الخلفيات التاريخية والتوجهات السياسية

إنّ رسم خارطة الطريق بالنسبة للقواعد المادية في نطاق العلاقات التجارية الدولية كان ولا يزال محلّ اهتمام من طرف المختصين في الشأن الدولي، لعلّ ذلك يعود في الأساس إلى اختلاف وجهات النظر واختلاف الدوافع المتبناة في تعليل الأخذ بمثل هكذا منهج. هذا ما يستلزم منّا الوقوف على مختلف العوامل التي صيغت في هذا المجال بغية الوصول إلى ملامح واضحة يمكن من خلالها الحكم على أهميّة وأحقية الأخذ بالمنهج المادّي في سياق المعاملات التجارية الدولية.

الفرع الأول: العامل التاريخي وتقدير اصطلاح المنهج الحديث

إنّ الفهم الهادئ لدوافع اعتناق القواعد المادية كمنهج لحلّ النزاعات القائمة في العلاقات التجارية الدولية، قد يفضي في الغالب من الأحيان إلى الإقرار بجدائة المنهج، غير أنّ التسليم ليس على إطلاقه. ممّا يوجب التعرّيج على أهمّ المحطات التاريخية في مسار المنهج المادّي، والتي يمكن أن تتجسد من خلال فترات ثلاث تستهلّها مرحلة العرفية، لتليها مرحلة التقنينات الوطنية، وصولاً لمرحلة التدوين الدولي.

أولاً- مرحلة العرفية:

تعود بنا هذه المرحلة إلى العصور الوسطى والتي تبنت ما يعرف بقانون التجار، حيث ولدت من رحم كل بيئة تجارية مجموعة متفرّدة من القواعد؛ فالمجتمع الإيطالي أوجد ما يعرف بالكمبيالة Bill of exchange، في حين أوجد الإنجليز الرهن التجاري Floating charge . ولا مناص من الإشارة إلى الدور الفاعل الذي كان منوطاً بالتجار في تلك الحقبة من الزمن، إذ تحمّلوا على عاتقهم مأمورية صياغة القواعد القانونية، حيث أصبحت ملازمة لهم أينما حلوا وحيث ما وجدوا، وهو الأمر الذي ساعد في وضع حجر الأساس بالنسبة للقواعد المادية؛ وكان الفيلسوف الفرنسي Nicolas Baddeau قد عبّر عن هذه القواعد بمصطلح " التشريعات الاقتصادية " وهذا في كتابه " مقدمة أولية للفلسفة الاقتصادية أو تحليل الحكومة الشرطية "1؛ فكانت هذه المرحلة بمثابة حقبة ميلاد القانون التجاري الذي ترسّخ بشكل عفوي نتيجة انتقال التجار من سوق لآخر، خاصة الكبرى منها والتي شهدت تجمعات دورية لهم، جسّدوا من

¹ إدريس خبابة، أساليب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2012، ص 01.

خلالها صفتاتهم التجارية، وهو ما جعل القانون التجاري يكتسي ثوب الوحدة ويتزين بالطابع الشخصي، فهو من التجار ولأجلهم ولا ينطبق إلا على مجتمعهم؛ ولكن ما إن ضعف شأنهم حتى انتقل بهم لمرحلة ثانية¹.

ثانيا- مرحلة التقنيات الوطنية:

بعد مرحلة قانون التجار، لاحت معالم مرحلة جديدة في غضون القرنين السابع عشر والثامن عشر، وهذا بعدما أيقنت الدول فائدة قواعد قانون التجار للتجارة الدولية، حيث لم تلبث أن طفقت تتبنى هذه القواعد في قوانينها الداخلية. وعلى الرغم من أنّ هذه المرحلة تميزت بتشتت للوحدة التي عرفتها قواعد القانون التجاري، بحكم الصراعات الإقليمية آنذاك التي كان لها تأثير مباشر، إلا أنّ ذلك لم يكبح مسار نموّ هذه القواعد؛ بل على العكس من ذلك، فقد ساهم الوضع القائم في تبني نفس القواعد من طرف التشريعات الوطنية المختلفة؛ وقد كان لبريطانيا سبق المبادرة، لتنظم لمصقها كل من فرنسا وألمانيا، لتصبح ظاهرة تقنين القانون التجاري عادة تتهافت عليها الدول تلو الأخرى². وتجدر الإشارة هنا أنّ إنجلترا تبنت هذه القواعد بمعرفة اللورد Mansfield الذي حرص على تشكيل لجنة تتولى جمع القواعد وتنقيحها، في حين عمدت فرنسا لتقنين هذه القواعد بمعرفة Colbert الذي كان يشغل منصب وزير اللويس السادس عشر³؛ على أنّ القانون التجاري الدولي لم يفقد هيئته وشخصيته الدولية في هذه المرحلة، إذ استمرت تجمعات التجار في إفراز تنظيماتهم وقواعدهم الخاصة.

ثالثا- مرحلة التدوين الدولي:

سميت أيضا بالمرحلة المعاصرة، شهدت تحرّر لقواعد القانون التجاري من قوقعة القوانين الوطنية، لتعود لبيئتها الأصلية، في ظلّ الحاجة التي فرضتها المعاملات التجارية الدولية الحديثة، وهذا دون أن تعير

¹ حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت - لبنان، سنة 1980، ص 34-35.

² حمزة حداد، المرجع نفسه، ص 36.

³ إيهاب السباطي، المرجع السابق، ص 43.

اهتمام للتوجهات الاقتصادية والاجتماعية؛ حيث بسطت سلطاتها على النظم الاشتراكية والنظم الرأسمالية، ودول القانون المدني ودول الشريعة العامة¹.

كما عرفت هذه المرحلة استمرارية للجهود الدولية من أجل وضع قواعد مادية دولية متجانسة ومتناغمة لتنظيم التجارة الدولية، فقد استقر الفقه في دول عديدة منها إنجلترا وفرنسا وألمانيا، والمكسيك واليابان وبولندا والمجر على ضرورة التوجه نحو عالمية التنظيم لدرء مخاطر منهج التنازع، وكسر الحواجز المحلية والانطلاق نحو مفاهيم دولية موحدة².

وفي سبيل مجابهة التطورات الاقتصادية والتجارية التي أفرزتها الحياة العملية، بدت الحاجة واضحة إلى أعمال كل من المنهج الفكري والمنهج العقلي من طرف القضاء قصد استنباط القواعد القانونية لسد ذلك النقص أو القصور الذي يطال قانون التجارة الدولية. فبالرغم من الاعتراف بدور القضاء كمصدر تفسيري من مصادر القاعدة القانونية، إلا أنّ دوره في مجال الحياة التجارية الدولية لا يستهان به، فهو يلعب دوراً حيوياً في تطويع الحلول القانونية بما يتناسب ومتطلبات الحياة التجارية المتجددة، مستنيراً في ذلك بمجموعة من القواعد المختصة محاولاً التوفيق فيما بينها. وإن كان الناتج هو إقرار قاعدة قانونية تصلح للانطباق على الخصومة القائمة، فإنّ ذلك لا يمنع من إعمالها بصفة عامة بوصفها قاعدة مناسبة لطبيعة ومقتضيات التجارة الدولية³.

من خلال تأملنا في الحقب السابقة، يكمن أن نقر بأنّ القانون التجاري الدولي ليس بالحديث النشأة، بل تمتد جذوره إلى مئات السنين؛ غير أنّ نجمه بعد أن أفل عاد للبروز في حلتته الجديدة، استجابة منه لمتطلبات الساحة الدولية في مجالها التجاري الخاص. ونستند في موقفنا هذا على الحجية التي تقضي بأنّ معظم الآليات الحديثة في مجال التجارة الدولية تجد آثارها في الحضارات القديمة، على غرار الحضارة الرومانية، وحضارة قرقاميش Karkemish في القرن السابع قبل الميلاد⁴؛ حيث نشأ القانون التجاري الدولي نتيجة الحاجة والممارسة، فوّلع التجار باستكشاف آفاق التجارة الدولية والاعتراف من مكاسبها

¹ حمزة حداد، المرجع السابق، ص 37.

² إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 44.

³ محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007، ص 100 وما بعدها.

⁴ إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 41.

وضعهم أمام حتمية إيجاد الإطار القانوني الذي يتم من خلاله إدراك الحقوق والواجبات في المعاملات القائمة فيما بينهم.

الفرع الثاني: إسهام العولمة الاقتصادية في هجر القواعد الوطنية

إنّ خلصنا في تحليلنا للجانب التاريخي للقواعد المادية إلى ذلك التجانس الذي يطفو على سطح المعاملات التجارية والقائم على اعتبارات عملية تسليما منّا لمراعات الفاعلين في النشاط التجاري الدولي للمتغيرات الاقتصادية؛ فإنّ المساعي قد تتضاعف والجهود قد تتكاثف في ظلّ تنامي المؤشرات التجارية التي طغت عليها العولمة بصورة غير مسبوقه انعكست بشكل واضح وجليّ على المصطلحات القانونية والميكانيزمات التجارية؛ إذ تمخّض عن هذه المتغيرات قواعد مادية أقلّ ما يقال عنها أنّها وجدت خصيصا لصون المعاملات والروابط الدولية، تسليما منها بمحدودية القواعد الوطنية.

أولا- ترسيخ معالم التجارة الإلكترونية:

عرفت السنوات الأخيرة هبة غير مسبوقه للمعاملات التجارية، جاءت في حلة جديدة بدت متأثرة من خلالها ببعض مظاهر العولمة وتكنولوجيا الاتصال ونقل المعلومات، ولعلّ أهمّ وسيلة عرفت رواجاً في هذا المجال هي " الأنترنت " ¹، حيث أضحت هذه الخدمة عامل أساسي لادخار الوقت والجهد، فجعلت العالم يبدو في صورة سوق جوارية يقتني منها الفرد ما يشاء دون أن يتكبد بالمقابل أيّ عناء.

وكانت الجزائر قد عرفت هذه الخدمة لأول مرّة سنة 1993 عن طريق مركز البحث للمعلومات العلمية والتقنية CERIST، وهو مركز للأبحاث تابع للدولة ²؛ في حين نظمها المشرع الجزائري كنشاط تجاري مقنّن بموجب المرسوم التنفيذي 257/98 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات اقامة خدمات الأنترنت واستغلالها، المعدّل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000.

¹ قد يعبر عن الأنترنت بمصطلحات أخرى على غرار : الشبكة العنكبوتية، أو الشبكة العالمية، أو شبكة طرق المواصلات الحديثة، أو المجتمع الافتراضي، أو الفضاء الافتراضي؛ إلّا أنّ المتعارف عليه بين مختلف شعوب العالم هو لفظ " الأنترنت " .

² معلومة متاحة عبر الموقع الإلكتروني : الأنترنت_في_الجزائر/ [https://ar.wikipedia.org/wiki/الأنترنت_في_الجزائر/](https://ar.wikipedia.org/wiki/الأنترنت_في_الجزائر)

زيارة بتاريخ 2017/02/27 في حدود الساعة 17:20.

ويعرّف الأنترنت على أنّه مجموعة كبيرة من شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها البعض باستخدام وسائل ربط متنوّعة كالأسلاك أو الكوابل النحاسية، أو أبراج الاتصال اللاسلكية التي تعمل من خلال تبادل الموجات الكهرومغناطيسية، أو الأقمار الصناعية، أو بالجمع بينها عبر مختلف أنحاء العالم¹.

هذا ما جعل العقد التجاري الدولي يتميز في صورته الإلكترونية بسمات تختلف عن العقود التجارية التقليدية، حيث يستأثر بعدم اعترافه بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية التي لا تجيد التعامل مع لغة الأرقام. ولعلّ مثل هذه النكسات المعلوماتية تدفعنا إلى التساؤل عن جدوى التمسك بالمفاهيم التقليدية للقانون الدولي الخاص في ظل الأنترنت الذي تسببت طبيعته العابرة للدول في إرباك القانون الاتفاقي (Conventional Law) بين أقاليم الدول وحدودها الوطنية. كما أن المفاهيم التقليدية للاختصاص لم تعد متكيّفة في عالم لا ينقسم إلى أمم أو دول أو أقاليم، ولكن بالأحرى إلى شبكات أو مجالات ومضيفات².

كما تتجلى صعوبة التركيز أو التوطين المكاني من خلال تواتر الممارسات عبر مختلف المواقع الإلكترونية التي لا تعطي في الحقيقة دلالات واضحة عن العنوان الحقيقي، ضف إلى ذلك أنّ مواقع الويب في حركة دائمة، ولم تُصمّم أصلاً وفق منظور جغرافي؛ فالقول بوجود موطن إلكتروني هو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص.

لعلّ هذا الغموض كان سبباً في تغيير نظرة المجتمع الدولي للمعاملات التجارية والروابط التعاقدية، حيث بدأ التفكير يتوجه صوب بحث آليات قانونية وتنظيمية حديثة تكون مستقلة عن القوانين الوطنية. أين أكّد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية أنّ الحلّ البديل قد يتوفر دون أدنى شك في القواعد التي سنّها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية، حيث ارتضوها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، على أن يكفلوا

¹ بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، سنة 2006، ص 21.

² أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 64.

من خلالها تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية¹.

ثانياً- محدودية القواعد الوطنية في صون تطلعات الأطراف:

يعد عنصر التوقع الذي يحقق مبدأ الأمان القانوني في المعاملات التجارية، بمثابة الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها الأطراف من أجل تحقيق مساعيهم بطريقة قانونية وسلسة؛ غير أنّ اتصال العمليات التجارية الدولية بأكثر من نظام قانوني قد يهدد المجتمع الدولي في هذا المجال، الأمر الذي دفع بالعديد من الدول والمنظمات الدولية إلى السعي لخلق قواعد مادية دولية موحدة تضمن انسياب التجارة الدولية في مناخ آمن.

فالفهم الهادئ للحاجة المشروعة للقواعد المادية الدولية لتنظيم التجارة الدولية قد يتحقق من استيعاب الحقيقة الواضحة من أنّ هذه القواعد تتوافر لها حيوية غير مسبوقه، كونها خلاصة للفكر القانوني الدولي، وتعبّر عن الحاجات العملية لأطراف المعاملات التجارية، وهو ما ينعكس لا محالة على جميع اقتصاديات الدول المتعاونة، وذلك لما يخلفه من آثار بعيدة المدى تمتد جذورها لتمس المجالات الاجتماعية والسياسية².

ولعلّ تكاثف المساعي الدولية في مجال توحيد القواعد المادية للمعاملات التجارية الدولية، لم يكن سوى حتمية فرضتها التغيرات والاستحداثيات التي طرأت على هذا النوع من التجارة خصيصاً، لا سيما في ظلّ الثورة الرقمية والتكنولوجية التي كشفت عن عيوب وثغرات القواعد الوطنية، التي أضحت عاجزة في العديد من المناسبات عن إيجاد الحلول القانونية للمنازعات التجارية الدولية، ممّا أثر سلباً على تلك الثقة المتبادلة التي تكسي الروابط العقدية في مجالها العابر للحدود.

وفضلاً عن سعي القواعد المادية للتجارة الدولية إلى تدارك نقائص نظيرتها الوطنية، فإنها بالموازاة مع ذلك تحاول تحقيق ما يعرف بالتوازن العقدي، الذي قد يتخلف في ظل أعمال القواعد الوطنية على

¹ حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقيقة، العدد 31، كلية الحقوق جامعة أحمد دراية - أدرار، سنة 2015، ص 170.

² إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 385.

المعاملات التجارية الدولية. وبالعموم فإنّ ترجيح كفة القواعد المادية على حساب نظيرتها الوطنية، أو ما يعرف في الوسط القانوني بهجر القواعد الوطنية، يتجسد من خلال الارتكاز على حججيات مختلفة.

01 - الهجر القائم على حجية القصور:

من البديهي أن تفتقر القواعد الوطنية للصفة الدولية وإن كانت في الحقيقة تشكل جزءا من قانون التجارة الدولية؛ وهو ما يفسر عجزها في تولي مسؤولية الفصل في النزاعات التجارية التي تنور في المجال الدولي، نظرا لما تنطوي عليه هذه الأخيرة من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي قد يبرر هجرها لقواعد أخرى هي في الأصل وضعت لحكم هذه المسائل.

وقد أثبتت الممارسات التجارية في المجال الدولي، محدودية القواعد الوطنية في إعطاء حلول قطعية للمسائل التي تنور في هذا الشأن؛ حيث سلّم القضاء الفرنسي بعدم مسيرتها لمتطلبات العقود الدولية، إذ طال التسليم القواعد الآمرة على وجه التحديد؛ كما أبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملاءمة القواعد الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية، باعتبار أنّ هذا القانون يجرم الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يبرمها مهنيين من تخصصات مختلفة، غير أنّ هذا المنع أو الحظر لا يتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولية، كونه لا يأخذ في الاعتبار بما فيه الكفاية ما تتميز به تلك العقود من ذاتية وما تلعبه تلك الشروط من دور فاعل في تحقيق التوازن بين التزامات الأطراف في غالبية الأحوال¹.

02 - الهجر القائم على حجية التعارض:

فضلا عن مسألة القصور، غالبا ما تتعارض القواعد الوطنية مع القواعد المادية التي أفرزتها الاتفاقيات الدولية، وهو الأمر الذي يفسح المجال لاستبعاد القواعد الوطنية؛ حيث أقرت الاتفاقيات الدولية بأنّ هذا التعارض ما هو سوى تعبير عن منح بعض الأولوية للقواعد الدولية الاتفاقية، وهو ما كرسته اتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم الدولي من خلال نص المادة الثانية التي أقرت بأولوية القواعد المادية الاتفاقية في التطبيق باعترافها بحق الدولة والأشخاص العامة في اللجوء للتحكيم حتى في الأحوال التي تحرم فيها القواعد الوطنية مثل هذا اللجوء.

¹ مزيد من التفاصيل بالعودة إلى: محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

كما تبرز ذات الأولوية من خلال نص المادة 09 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث أفرت أنّ عادات وأعراف التجارة الدولية يجب تفضيلها وإعطائها الأولوية في التطبيق على القواعد الأخرى، سواء أكانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى إحدى قواعد التنازع¹.

03 - المهجر القائم على الإخلال بالتوازن العقدي:

يعد التوازن العقدي غاية الأطراف ومبتغاهم في مجال العقود التجارية الدولية²، غير أنّ تشعب المعاملات التجارية واختلاف أصنافها وكيفيات تنفيذها جعل من القواعد الوطنية تقف عاجزة عن تحقيقه. وهو ما جعل الناشطين في مجال التجارة الدولية ينادون بجمامية تجاوز مثل هذه القواعد، من خلال فسح المجال أمام القواعد المادية خاصة منها الاتفاقية.

تماشياً مع نفس الطرح، عمدت الاتفاقيات الدولية التي تعنى بتنظيم المسائل التجارية بإعطاء أهمية لفكرة التوازن العقدي، حيث حاولت من خلال قواعدها المادية إلى إيجاد نوع من التوازن بين الالتزامات المفروضة على عاتق الأطراف، مراعية بذلك التوفيق في النزعة الفردية التي يتبناها الأطراف عند إدراج شروط التعاقد، بخلاف القواعد الوطنية التي تتبنى النزعة الجماعية، باعتبارها تعطي حلولاً تتوافق والمصلحة الجماعية، مركزة في ذلك على المجتمع الوطني، مغفلة بالمقابل تغير الإحداثيات في المعاملات الخاصة الدولية³.

¹ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 82.

² إنّ المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتقدير تحقق التوازن العقدي من عدمه يكمن في الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من جهة، وفي صفة الأطراف من جهة أخرى؛ فإبرام مفاوضات بطريقة حرة وعادلة، ينتج عنه مناقشة كل بند من بنود العقد على نحو دقيق، ما يسمح بالقول بأن هناك تعادل في الحقوق والالتزامات بين الأطراف.

كما أنّ وجود الأطراف في نفس المرتبة من القوة يعد قرينة على تحقيق التوازن العقدي، وهو ما لا يتحقق في حال اتضح جلياً تباين المراكز بين أطراف العقد التجاري، كأن يكون أحدهم يشكل الطرف الضعيف في المعادلة التعاقدية، بحكم أنه لا يتوافر على الامكانيات والقدرات لإجراء المفاوضات، كما أنّ إقدامه على التعاقد قد يكون بداعي الحاجة الماسة فقط.

محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 94.

³ محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 91.

الفرع الثالث: التدخل المتزايد للدولة في النشاط الاقتصادي

لا يختلف اثنين حول فرضية أنّ دور الدولة في أي اقتصاد يكون مرهون بالنظام الذي تتبناه في التسيير، فاهوة بينها وبين الاقتصاد تتسع في حال تبنيتها النظام الرأسمالي، بينما تضيق في حال أخذها بالنظام الاشتراكي. وبين هذا وذاك، نجد أنّ السوق العالمية أوجدت ما يعرف بالنظام المختلط؛ هذا الأخير كرسّ حلاً وسطياً بموجبه الدولة والسوق يعملان جنباً إلى جنب¹، حيث أضحت الدولة تحتكر ميادين التجارة الدولية والاستثمار والتأمين والعمل وغيرها؛ ليتغيّر بذلك المفهوم التقليدي للدولة الحارسة إلى مفهوم الدولة المتدخلة، والتي تظهر بصورة الشخص العادي، بائعة ومشتريّة، مقرضة أو مقترضة، دائنة ومدينة؛ ليصبح لزاماً عليها أن تسعى لتنظيم المسائل المتعلقة بالشق التجاري على نحو غير تقليدي، يُحتم عليها قبول واحترام القواعد التي يفرضها واقع التجارة الدولية². وقد أشارت محكمة استئناف باريس من خلال قضية Myrton Steamship إلى هذا الطرح، حيث أكدت من خلال حكمها الصادر في 10 أبريل 1957 على أنّ الدولة مثل الخواص يمكنها إبرام عقود تخضع فيها للقوانين الأجنبية³.

وعلى الرغم من كون التنظيم التلقائي للمجتمع التجاري الدولي قد تمّ بعيداً عن سلطان الدولة، إلاّ أنّه نشأ وتطوّر بتسامح ورضا الدول ذاتها، التي ما لبثت أن أدركت أهميته في صون مصالح مواطنيها من التجار ورجال الأعمال. فباشرت رسم إطار قانوني عمدت من خلاله إلى إصدار قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، كقوانين مراقبة الأسعار والرقابة على النقد والائتمان وعمليات البنوك والصراف، والقوانين الخاصة بحماية المستهلك، وغيرها من القوانين التي حاولت من خلالها أن تكفل إلى أبعد الحدود حقوق وواجبات المتعاملين فيها؛ وما كانت هذه القوانين لتجد ضالتها لولا لمسة المشرع التي أضفت عليها صفة الإلزام وحصّنتها بأفكار جديدة باسم النظام العام الاقتصادي أو النظام العام الاجتماعي⁴.

¹ حامد عبد الحين الجبوري، مقال بعنوان " الأسس العلمية لتدخل الدولة في الاقتصاد ". متوفر عبر الموقع الإلكتروني: <http://fcds.com/economical/1096> زيارة بتاريخ 20/09/2020 على الساعة 22:36.

² درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2018، ص 183.

³ GOLDMAN Berthold, Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international. In: Travaux du Comité français de droit international privé, 27-30^{ème} année, 1966-1969. 1970, p 131.

⁴ درية أمين، المرجع السابق، ص 184.

وتدرجيا ومع مرور الوقت أصبحت الدولة تطّلع بمهام شتى وتتدخل في تسيير دواليب العمليات الاقتصادية، لتغدوا بذلك الروابط القانونية رهينة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية التي يفرزها التدخّل المتزايد للدولة في العلاقات التعاقدية؛ وفي هذا السياق يقول الأستاذ الفرنسي Louis josserrand : " أنّ العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقا منعقدا في ظلّ الحرية التعاقدية ومنجّرًا بفعل الإرادة المتساوية الحرة؛ فأصبح موجّها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى"¹.

أولا- الاعتبارات الاجتماعية:

إنّ الطابع الخاص للمعاملات التجارية بشكل عام، سواء الداخلية منها أو الدولية هو انعكاس واضح للفكر الاجتماعي القائم بحسب الحالة، هذا الأخير يسهل تبيانها في العلاقات التجارية الداخلية نظرا لانحصار المعاملات في مجال ضيق نسبيا؛ غير أنّ هذا لا يعني أنّ الاستدلال عليه يكون مستحيلا في مجال المعاملات التجارية الدولية لأنّ الفاعلين فيها فرضوا مكانتهم كمجتمع متكامل ومتناسق. ولعلّ هذه النكسة أخذت على عاتقها مراعاة الظواهر الاجتماعية ذات الأثر الفاعل في حياة الأفراد.

في هذا الصدد يؤكّد الفقيه الألماني Zweigert من خلال مناقشته للنظريات الأمريكية في مبرراتها الانتقادية على قواعد التنازع، إلى أنّ هذه الأخيرة لا تحقق العدالة الموضوعية، وأنّ مستقبل علم تنازع القوانين سيعتمد إلى حدّ كبير على الاعتداد بالأبعاد الاجتماعية للعلاقات أكثر ممّا هو متّبع وفقا للقواعد التقليدية؛ ويرى بأنّ الأسلوب الأمثل لحلّ مشاكل تنازع القوانين يكون باتباع أفضل قاعدة بما يحقّق أفضل حماية للشخص². كما أشار Loussouarn في ذات الإطار بضرورة الأخذ في الاعتبار المعطيات الاجتماعية في قانون التجارة الدولية وأسباب تنازع القوانين، على أمل إحلال القانون المادّي بوسط المجتمع الدولي للبايعين والمشتريين محلّ البحث عن القانون الواجب التطبيق بواسطة منهج التنازع³.

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2016، ص 52.

² بلاق محمد، المرجع نفسه، ص 54.

³ LOUSSOUARN Yvon, Droit international privé, éd 1993, p 54.

مشار إليه في: بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54.

فاستيعاب الظواهر الاجتماعية على هذا النحو سيكون له انعكاس ايجابي على مستقبل العلاقات القانونية الدولية لا سيما التجارية منها، خاصة وأنّ المجتمع التجاري يصبو لتحقيق الأمن والاستقرار في هذا المجال، وهما بمثابة عاملان لهما تأثير مباشر على نفسية الأطراف المتعاقدة. فالجانب البسيكولوجي يشكل محور دوران عجلة الاستمرارية في المعاملات التجارية بشتى صورها خاصة الإلكترونية منها؛ على أنّ بلوغ هذه الغاية لن يتحقق وفق الفكر السائد إلاّ من خلال تكريس منهج القواعد المادية.

ثانيا- الاعتبارات الاقتصادية:

إن كان للطابع الاجتماعي أثره في انخياز الدولة لقواعد القانون التجاري، فإن ارتباط هذا الأخير بأهداف ومصالح الدولة في حد ذاتها خصوصا الاقتصادية منها لن يكون أقلّ شئنا، بل قد يؤثر على نمو قواعده وتطويرها، وهذا يُفسّر بالنظر لاختلاف التوجهات الاقتصادية التي تعكس مصالح الدولة، حيث يترتب على هذا الارتباط بين القانون والاقتصاد تقارب المجتمع الدولي نتيجة اضمحلال الحدود الوطنية، وتكاثف الجهود الدولية في ايجاد القواعد الملائمة بما يسهم في تلاشي الحواجز القانونية والسياسية ويعزز التنمية في المجال التجاري الدولي؛ وهو ما يتأتى من خلال إنشاء معاهد لتوحيد القوانين، ولجان تشريعية تسهر على متابعة التوحيد، وهيئات دورية تضم فقهاء القانون تتولى إعداد القوانين الموحدة؛ وهو النهج الذي سلكته الدول الإسكندنافية منذ سنة 1862¹.

هذا وكشف الوسط الاقتصادي عن الارتباط الوثيق بين القانون وأهداف الدولة الاقتصادية، مؤكّدا على أنّ هذا الارتباط هو ما يفسّر تباين القوانين على هذا النطاق من دولة لأخرى؛ إذ أنّ القانون هو بمثابة انعكاس لسياسة الدولة الاقتصادية، فالقانون والاقتصاد وجهان لعملة واحدة وهي " الدولة "؛ هذه الأخيرة لها كافة الصلاحيات في ضبط تشريعاتها بما يتوافق وتطلعاتها الاقتصادية، فإن هي أرادت من خلال نهجها إطلاق العنان لحرية الأطراف في ممارسة حقوقهم التجارية كان لها ذلك، وإن رأت أنّ هذه الحرية قد

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 131.

تعيق تطلعاتها الاقتصادية كبحتها¹. ولعلّ هذا الارتباط بين القانون والاقتصاد سواء على المستوى المحلي أو الدولي تترتب عليه نتيجتان مهمتان:

نتيجة أولى: تتمثل في اضمحلال الحدود الوطنية وتقارب المجتمع الدولي، باعتبار أنّ القوانين تسعى لحماية المعاملات التجارية في كافة أنحاء المعمورة؛ كيف لا والتجارة تساهم في نقل الحضارات والثقافات بين مختلف المجتمعات.

نتيجة ثانية: تتجسد من خلال إيجاد تغيير في صلب النظم القانونية والقضائية بما يُلائم الروابط الاقتصادية الدولية في كلّ أنواع الحالات التجارية الدولية، حتى يتسنى لنا القول أنّ العالم اليوم أصبح عالماً تجارياً بكلّ ما تحمله الكلمة معنى.

وفي ذات السياق يشير الأستاذ Diez de Valsco في خضمّ تحليله للواقع الاقتصادي، ولا سيما المتغيرات التي طرأت على المعاملات الاقتصادية والتي أكدت على ضرورة الأخذ بالقواعد المادية، إلى أنّ " الآليات الموضوعية للحماية في مجملها تستجيب لمساعي البلدان المتقدمة (أي البلدان المصدرة وفق تقديره)، وهي تكاد تأخذ بالحسبان مساعي البلدان النامية"²؛ حيث لمّح بموقفه هذا إلى المفارقات التي شابت العالم الاقتصادي بعد أن بسطت العولمة هيمنتها، داعياً في نفس الوقت الدول النامية لضرورة مسايرة هذه النكسة الاقتصادية الغير مسبوقه.

¹ وهو النهج الذي أخذت به الجزائر من خلال تقييد نشاط الاستيراد بحلول سنة 2015 وهذا بغرض تقليص فاتورة الاستيراد، حيث عمدت إلى سنّ نصوص قانونية في هذا المجال، اعتبرت بمثابة قيود للمتعاملين الاقتصاديين الفاعلين في مجال التجارة الدولية، ولعلّ من بين أهم هذه النصوص نجد:

- القانون رقم 15-15 المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق لـ 15 جويلية سنة 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 2015.

- المرسوم التنفيذي رقم 17-202 المؤرخ في 27 رمضان 1438 الموافق لـ 22 جوان 2017 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 24 صفر 1437، الموافق 06 ديسمبر 2015 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، الجريدة الرسمية العدد 38 لسنة 2017 .

- مرسوم تنفيذي رقم 18-02 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1439 الموافق 07 يناير سنة 2018، يتضمن تعيين البضائع موضوع التقييد عند الاستيراد، الجريدة الرسمية العدد الأول لسنة 2018 .

² MAHIOU Ahmed, Les implications du nouvel ordre économique et le droit international, droit international et développement, organisme national de la recherche scientifique, actes du colloque international tenu à Alger du 11 au 14 octobre 1976, - o.p.u- , Alger, 1978 , p 343.

ثالثاً- الاعتبارات السياسية:

من بين أهمّ المسائل المسلّم بها في فقه القانون التجاري الدولي أنّ العوامل والمؤثرات السياسية تعدّ كأحد أهمّ الأسباب الكامنة وراء وجود قواعد مادية موحدة؛ ويعبر جانب آخر عن هذه العوامل من خلال التنظير القانوني للعولمة الاقتصادية القائمة على توفير الأساس القانوني - بوساطة القواعد المادية - للشركات المتعددة الجنسيات الممثلة لمصالح الدول الرأسمالية، على حساب القوانين الداخلية للدول النامية التي تجد أساسها من خلال أعمال المنهج التنازعي. وفي خضمّ عدم الاستقرار السياسي الذي ساد العالم خلال القرن التاسع عشر "19"، خاصّة في ظلّ حالة الفوضى التي خلفتها المستعمرات، وعلى الرغم من سلباتها، إلاّ أنّها وحسب الأستاذ Ahmed MAHIOU أحدثت نكسة عالمية على مراحل ثلاث:

- المرحلة الأولى، امتدت من 1960 إلى غاية 1970 عُرفت بعشرية الاستقلال السياسي.
- المرحلة الثانية، وامتدت من 1970 إلى غاية 1980 عُرفت بعشرية الاستقلال الاقتصادي.
- المرحلة الثالثة، وامتدت من سنة 1980 إلى غاية 1990 عُرفت بعشرية الاستقلال الثقافي والتكنولوجي¹.

ولعلّ انتهاء الحرب الباردة، التي وضعت حدّاً للصراع القائم بين دول الشمال والجنوب، فتحت بدورها مجالاً لثقافة الاندماج العالمي التي تنبع من خلال تنامي الشركات المتعددة الجنسيات، التي انشرت في شتى أنحاء المعمورة بشكل غير مسبوق.

¹ MAHIOU Ahmed, op, cit, p 311.

المطلب الثاني: مساهمة أزمة قاعدة التنازع ودور الفقه في تفعيل منهج قواعد المادية

قد لا يكون منهج قواعد التنازع والذي حمل في مرحلة سابقة فوائد معينة على الساحة القانونية والدولية ملائما بأدواته ولا كافيا بتقنياته ومفاهيمه لحكم المجتمع الدولي ومتطلباته الراهنة، إذ أنّ الضغوط المرتبطة بحاجات التجارة الدولية وعلاقتها من حيث السرعة والمرونة قد لا تتوافق وتقنية قواعد الإسناد وتعقيدها؛ لا سيما وأنّ المجتمع التجاري أضحى يظهر للعيان ككتلة واحدة وطّدت معاملاتها في دولة واحدة نتيجة توحيد المصالح بالرغم من اختلاف الجنسيات والحدود؛ وهذا لا يعني في نظرنا المساس بالاستقلالية في السياسة التشريعية التي تُعبّر عن سيادة كل دولة في سنّ القوانين التي تلائم توجهاتها.

الفرع الأول: القواعد المادية نتيجة أفرزتها محدودية قواعد التنازع

بالرغم من كونها أحد أهم المقومات التي يتم الاعتماد عليها قصد فض الخلاف المتعلق بمسألة تنازع القوانين، إلا أنّ قواعد التنازع قد أثبتت محدوديتها أمام تغير معطيات الحياة الاقتصادية بشكل عام والتجارية على وجه الخصوص.

فالأمان القانوني الذي كان يتطلع إليه أطراف العقد الدولي من خلال إقرار إرادتهم في تحديد قانون العقد بات في فترة ليست بالبعيدة محل جدل وتشكيك من طرف رجال القانون الدولي الخاص؛ فتعدّدت مبرراتهم وتشعبت حججهم بشأن محدودية منهج قواعد الإسناد في حسم مسألة التنازع في القوانين، لتلوح معها في الأفق ما يعرف باصطلاح " أزمة قواعد التنازع " ¹.

وجدير بنا أن نشير إلى أنّ الممارسات في ظل قواعد التنازع أثبتت في العديد من الفرضيات اصطدام هذه الأخيرة بجملة من المعوقات، بل أنّ بعض الآليات والأدوات التي استخدمت من قبل في ترسيخها هي التي تساهم اليوم في استبعادها، وهذا نتيجة تطور الفكر القانوني بخصوص الدور الفئ المنوط بهذه الأدوات على وجه التحديد؛ بحيث يمكن الوقوف عليها في العديد من النقاط.

¹ KEGEL gerhard, The Crisis of Conflict of Laws, recueil des cours, T 2, vol 112, 1964, p 95 et s.

أولاً - حياد قواعد التنازع وتعقيدها :

إن المتأمل في قاعدة التنازع، يمكنه أن يلمس وبكل بساطة خاصية الحياد فيها أو ما يعرف باللغة الفرنسية بمصطلح " La neutralité " والتي تتجلى من عدة نواحي.

فالحياد في علاقة قاعدة التنازع بكافة القوانين التي تتزاحم من أجل حكم العلاقة القانونية محل النزاع المطروح، يكمن في اختيار أحد تلك القوانين والذي يعتبر أكثر ملاءمة، وهذا دون النظر إلى المضمون الموضوعي لأحكامه، بحيث يتم تقدير تلك الملاءمة بالنظر إلى العناصر الخارجية فقط، وتحديدًا عن طريق وزن أوجه الصلة بين العلاقة والقوانين المتنازعة، بحيث يكون الاختصاص للقانون الذي يحقق أكثر الروابط وثاقًا وجدية. كما نجد الحياد في علاقة قاعدة التنازع بنظام قانوني في مجموعه، باعتبارها تعطي الاختصاص التشريعي للنظام القانوني لدولة معينة، دون أن تحدّد في ذلك قاعدة معينة لذات النظام؛ فكأن الحياد في قاعدة التنازع مقتضاه اعتماد فكرة الإسناد الإجمالي لنظام قانوني واجب التطبيق¹.

الحياد بهذا المفهوم يقود إلى نتيجة مؤداها، أنّ القانون الذي سيحكم النزاع هو قانون وُضع أصلاً لحكم العلاقات الداخلية؛ وهو بهذا الطرح قد لا يتناسب مع تلك العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي؛ وفي هذا المعنى يقول الفقيه Batiffol أنّ " منهج تنازع القوانين قد أضحي زائفاً، لأنه يقود إلى تطبيق قواعد موضوعية أساساً لأوضاع داخلية، وأنّ هذه القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية؛ وبالتالي فالأمر هنا يتعلق بانعدام القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدولية"².

فقواعد التنازع بالوصف الذي أخذ به الفقيه الفرنسي Batiffol تتجاهل الخصوصية التي تعرفها العلاقات الدولية، فهي تقوم بمجرد إسقاط للعلاقة الداخلية على نظيرتها الدولية، وهذا بالرغم من اختلاف سمات ومقتضيات كل علاقة والتي تميزها عن غيرها من العلاقات.

وعليه وفي ظل هذه المسلّمات، يمكن القول بأن منهج قواعد التنازع يعد بمثابة منهج فريد من نوعه وغريب من حيث تنظيمه للروابط الدولية، لأنه يفتقد أصلاً للصفة الدولية، كون أن تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل القواعد القانونية التي تحكمها.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 291-292.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 294.

ثانيا- غموض قواعد التنازع:

إن المتعاقد في مجال التجارة الدولية وإن كان يلجأ لقواعد التنازع قصد إرساء بيئة آمنة لصفقاته، إلا أنّ ذلك لا يكون بمثابة شهادة ضمان لتطلّعاته¹؛ فغالبا ما يجد نفسه أمام غياب الحلول خاصة في ظل تضارب وجهات النظر والمواقف الفقهية بخصوص العديد من المسائل، على غرار مسألة الأخذ بقانون الإرادة بمفهومه الشخصي أو الموضوعي، ومسألة قابلية تجزئة الرابطة العقدية وإمكانية إخضاع كل جزء منها لقانون معين، وهو ما قد يصعب على الأطراف الطابع الغامض؛ فهي تعد مسائل معقّدة أثبتت الممارسات أنّها ترتب مسؤولية على كاهل القاضي، ناهيك عن الأطراف في ظل جهلهم لمثل هذه الجزئيات.

ثالثا- قواعد فارغة المضمون:

من سمات قواعد التنازع أنّها إرشادية، تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة. وبالتالي يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الخاصة ذات الطابع الدولي، وهذا دون أن تتولى تقديم الحل المباشر للنزاع لعدم احتوائها على حلول موضوعية؛ فهي بهذا الشكل تبحث عن القانون المختص دون تقصي مضمونه وأحكامه، وهو ما يفسر الوصف الذي طالها باعتبارها قواعد فارغة المضمون²، بل أنّ جانبا من الشراح عمد في ذات التفسير إلى وصفها بالقواعد العمياء التي تتولى بحث القانون الأقرب دون مراعاة منها لمحتواه³.

رابعا- قواعد آلية تحقق العدالة الشكلية:

إن كانت الغاية من خلال اللجوء لقواعد التنازع هي الوصول إلى حلول عادلة تكون في مستوى تطلّعات أطراف العقد الدولي، فإن العدالة بهذا الطرح ليست بالعدالة المادية، مادام الواقع يشهد بأنّ قاعدة الإسناد تكتفي بالاختيار العادل والمناسب للقانون الواجب التطبيق مراعية في ذلك طبيعة المسألة المطروحة، ودرجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونية؛ هذا ما يفيد أنّها تؤدي وظيفتها بطريقة آلية، وبصرف النظر عن

¹ LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre , Droit international privé, 6^{ème} éd, Dalloz, 1999, p 50 .

مشار إليه أيضا في: بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 65.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، المرجع السابق، ص 35.

³ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بغداد، سنة

2011، ص 393 .

مضمون القانون الواجب التطبيق وعن الآثار التي قد يخلفها إعماله، مكثفية في ذلك بتحقيق العدالة الشكلية التي يقود إليها الأعمال الآلي لقواعد التنازع التي تتولى مهمة إسناد العلاقة القانونية لنظام معين حدده المشرع بصفة مسبقة.

وذهب جانب من الشراح في سياق تحليلهم للعدالة الشكلية إلى حدّ وصف قاعدة التنازع بالقاعدة الميكانيكية " *règle mécanique* " على اعتبار أنّ إعمالها يكون بطريقة آلية متى توفرت الصفة الدولية في العلاقة التعاقدية محل النزاع، بغض النظر عن القانون الذي سوف يتم إعماله، وأيا كان جوهره ومضمون أحكامه¹.

خامسا- عدم تحقيق الوظيفة الوقائية وهجر القواعد الآمرة:

إذا كانت القواعد القانونية تهدف إلى الحيلولة دون وقوع النزاعات، فإنّ قواعد التنازع لا تحقق ذات المسعى؛ فهي قاعدة لا تظهر فعاليتها إلاّ أمام القضاء، وبموجب النظر في النزاع، وهذا كفيلا بإظهار عجزها، حيث أنها لا تحقق الوظيفة الوقائية وهذا عيب يثير القلق بخصوص إعمالها ويحفز بالمقابل لهجرها إلى غيرها، بحكم أنها لا تتفق ومقتضيات الأمان القانوني، والتبصر الذي تتطلبه على الأقل معاملات التجارة الدولية.

وباعتبارها قواعد مزدوجة الجانب، فإنّ قواعد التنازع وعند تحديدها لقانون أجنبي لحكم علاقة دولية، قد تغفل في العديد من الأحيان الطبيعة الآمرة والمطلقة للقواعد القانونية للقانون الوطني الواجب التطبيق مباشرة على العلاقات القانونية كافة أيّا كانت طبيعتها سواء وطنية بحثة أو ذات عنصر أجنبي.

¹ في هذا الصدد يقول الفقيه الأمريكي Currie منتقدا قواعد التنازع: " لقد أنشأنا مآكنة لحل تلك المشاكل، مفترضين بأنّ وحدة النتائج سوف تسمو على كل الاعتبارات الأخرى، ولأجل هذه الغاية فإننا قد أعددنا المآكنة لكي يكون قانون دولة واحدة فقط واجب التطبيق، من قبل كل الدول الأخرى في شأن حالة مفترضة. ولا يفترض بالمحكمة أن تلم أو تعلم سبب أو سياسة أو تاريخ القوانين المعينة لأن تطبيقها على الوقائع المنظورة أمامها يكون لغرض تحقيق العدالة على وفق القانون، وأن دور المحكمة هو تغذية المآكنة بالبيانات باستخدام إجراءات قياسية معينة؛ ومن ثم تثبيت النتائج دون التساؤل عن حكمة أو عدالة النتيجة، ولا يجب التفكير أو حتى الكلام عن تعابير أو مفردات السياسات المتنافسة ".
كما اعتبر أن القاضي لا يقوى أمام هذه الآلة الصماء على مناقشة أهداف القوانين المتنازعة والسياسات الاجتماعية والاقتصادية التي تهدف هذه القوانين إلى إدراكها، وهو ما كان يجب على العكس أن يأخذه في اعتباره حتى يتوصل إلى حلول مقبولة.
أنظر في ذلك:

سادسا- عدم تكريس الأمن القانوني:

في ظل الانتقادات والعيوب السالفة التي صاحبت أعمال قواعد التنازع كمنهج لتحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، فإنه يصعب على أطراف الرابطة العقدية معرفة القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد، وهذا في ظل تباين الحلول المقررة من قبل المشرعين والمحاكم الوطنية. ولما كان القضاء في بعض البلدان هو مصدر قواعد التنازع، أضحت هذه القواعد مجرد وسيلة تحكُّمية بيد القضاء تعبر عن التصور الشخصي للقاضي عن العدالة.

ولعلّ هذه الانتقادات جعلت الأنظار تتجه صوب ضرورة توحيد قواعد تنازع القوانين بين التشريعات الوطنية جمعاء؛ فالأساس لا يكمن في وضع قواعد مادية أو موضوعية قائمة بذاتها للفصل في النزاعات المتعلقة بالروابط التجارية الدولية، وإنما في وضع قواعد موحدة لتنازع القوانين ترشد المحكمة إلى القانون الموضوعي الواجب التطبيق¹. والتوحيد من هذا النوع برأيهم لا يمكن أن يتمّ إلا من بوابة الاتفاقيات الدولية التي ترسم المبادئ الكفيلة بتعيين القانون الواجب التطبيق؛ فعبارات مثل " محلّ الإقامة المعتاد"، " العقود ذات الصلة"، " العلاقة الأكثر أهمية" تثير معضلات بحثية قانونية وقضائية عند التطبيق مهما اختلف النظام القانوني؛ وعلى المحاكم الوطنية أن تعود في فرض التوحيد إلى الاتفاقية من أجل معرفة القواعد التي ترشدها للقانون الواجب التطبيق².

غير أننا لا نرجح كفة الفرضية، وإن كانت في ظاهرها توحى بالبساطة واليسير، بحكم أنّ توحيد قواعد التنازع لا يعني توحيد التكييفات والتطبيقات؛ علاوة على أنه لا يقاوم العيوب التقليدية لقواعد التنازع كمسألة تقدير العنصر الأجنبي، والرقابة، ومسألة التفسير الذي يختلف باختلاف التوجهات السياسية والثقافات القانونية للدول، كالمغالاة التي تكرسها النظم الأنجلوسكسونية في مسألة القانون الإرادي، مقابل التضييق الذي يمنحه القانون اللاتيني.

¹ إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2008، ص 399.

² إيهاب السنباطي، المرجع نفسه، ص 400.

فمسألة التوحيد إذن تبدو آفاقها جدّ مستعصية وغير واضحة الملامح، فثغرات المنهج التنازعي قد تظلّ قائمة، وكلّ ما في الأمر أنّ التوحيد بهذا الشكل يكون قد ارتقى بها من المستوى المحلي إلى المستوى الدولي.

وفي سياق الحديث عن الأزمة والمحدودية، لا بأس من إعادة التنويه إلى ذلك العجز الذي صاحب قواعد التنازع في تنظيمها وضبطها لعقود التجارة الالكترونية ذات الصبغة الدولية، والتي تتم عبر شبكة الأنترنت؛ ولعلّ مردّ ذلك يكمن بدرجة أولى في طبيعة هذه الأخيرة، والعالم الافتراضي ككل، طالما لا يمكن حصره في إقليم دولة معينة ولا منطقة جغرافية واحدة، مما أدى إلى صعوبة تركيز العلاقات العقدية، والجزم فيما إذا كانت قد تمت داخل أو خارج الإقليم الواحد.

وفي ظلّ التسليم بدور الأنترنت كأحد الوسائل التي تعكس صورة العمولة الاقتصادية التي تعتمد على تجاوز الحدود، بات لزاما عمولة القواعد القانونية التي تحسم النزاعات الناجمة عن العلاقات الاقتصادية والتي يجب أن تكون مرنة وذات طبيعة دولية وتقدم حلول مباشرة للنزاع؛ وهو ما يمكن أن يتجسّد من خلال إعمال منهج القواعد المادية.

الفرع الثاني: دور المساعي الفقهية في ترسيخ القواعد المادية

إنّ التطور الذي طرأ على التجارة الحديثة، والذي أضحت بموجبه القوانين الوطنية غير قادرة على حكم العقود، كان له انعكاس مباشر على موقف الدول اتجاه المعاملات التجارية الدولية، لا سيما في ظل تنامي مجتمع دولي محادي لمجتمع الدولة قوامه التجار ورجال المال والأعمال، والذي فرض سلطته الذاتية من خلال تنظيم وضبط سلوكيات أفرادها؛ بل أكثر من ذلك عمد إلى إنشاء مؤسساته القضائية الخاصة التي تصون حقوقهم على غرار مراكز التحكيم المنتشرة عبر مختلف دول العالم، هذا ما جعل الدول تقف أمام حتمية قبول واحترام النظام القانوني الذاتي للتجارة الدولية؛ كما حظت بالمقابل المساعي الفقهية بنصيب لها في ترسيخ القواعد المادية.

أولاً - مساعي الفقه الأمريكي:

من الأسباب التي أدت إلى هجر الفكر القائم على اعتماد منهج قاعدة الإسناد لحل مسألة التنازع بين القوانين على اعتبار أنه لم يعد مؤهلاً لذلك في خضم عولمة التجارة الدولية، هو تبني الولايات المتحدة الأمريكية أو الفقه الأمريكي على وجه التحديد ما يسمى بالمنهج الواقعي الأمريكي، أو القانون الذاتي، أو الملائم، وهو ما يعبر عنه باللغة الإنجليزية بمصطلح " Proper law theory "؛ وهي التسمية التي عرفت لأول مرة على يد الأستاذ Morris في مقاله المعنون بـ " The proper law of the tort " الصادر بمجلة Harvard law سنة 1951¹. حيث يقوم هذا المنهج على خلفية استنكار تلك الصفة الآلية التي تمتاز بها قواعد الإسناد، والتي يعمد من خلالها القاضي إلى تطبيق القوانين الواجبة دون أن يتسنى له الفرصة في بحث ما إذا كانت هذه القوانين فعلاً مناسبة لظروف النزاع القائم، وهو ما حدى بالفقه لصياغة عدة نظريات لتنازع القوانين عصفت بقواعد الإسناد في ظل ما سمي بالثورة الأمريكية Révolution Américaine منذ منتصف القرن العشرين²؛ فبدأت المساعي منذ الوهلة الأولى واضحة وصریحة، وهذا من خلال تفعيل دور القاضي لبحث القانون الملائم لكل حالة من الحالات المعروضة عليه.

01 - نظرية تجميع نقاط الارتباط:

أسس الأستاذ Morris متزعم هذه النظرية طرحه حول بحث القانون الواجب التطبيق من منطلق تحليل عناصر العقد. فمكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه، وعملة الدفع ولغة العقد وغيرها، هي عبارة عن عناصر معينة لتحديد مركز ثقل العلاقة وهذا من خلال جمع نقاط الارتباط؛ إذ يقترح الأستاذ Morris في سبيل ذلك وسيلتين فئيتين نوعيتين هما: الطريقة العددية أو الكمية، والطريقة النوعية. فأما الأولى تقوم على أساس إحصاء لعناصر الارتباط، بحيث يتم تعداد هذه العناصر ليُطبَّق في النهاية القانون الذي يرتبط به أكبر عدد من العناصر؛ في حين تقوم الطريقة الثانية، أي " النوعية " بدور مكمل لسابقتها؛ فبعد عملية الإحصاء والتعداد، يتم البحث عن النقاط الأكثر بروزاً والتي يتمحور حولها النزاع³.

¹ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2009، ص 176.

² AUDIT Bernard, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Académie de Droit International, Recueil des cours, T 3, 1984, p 242.

³ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 177-178.

إلا أنه وعلى الرغم من البساطة التي تتسم بها هذه الطرق، إلا أنه لا مناص من الإقرار بأنها تقوم على تصوّر خاطئ، فالقول بتطبيق قانون الدولة الذي يرتبط به أكبر عدد من العناصر أو النقاط، يفترض معه أنّ جميع هذه العناصر تكون متساوية من حيث القيمة القانونية، وهذا منطوق مستبعد؛ وحتى إن سلّمنا بسلامة الفرضية، تبقى هذه الطريقة عديمة الجدوى في الحالة التي تتعادل فيها نقاط الارتباط بحيث لا يتفوّق أي عنصر عددياً. علاوة على هذا فإنّ مسألة بحث النقاط الأكثر بروزاً هي عملية تتطلب قدراً عالياً من الدقة والتمعّن من قبل القاضي.

02 - نظرية مبدأ التفضيل:

يتزعم النظرية الأستاذ CAVERS، حيث قام سنة 1933 بموجب مقاله المنشور في المجلة القانونية بجامعة Harvard بعنوان " نقد مسألة اختيار القانون " بإرساء دعائم نظريته الجديدة، قبل أن يقوم بتطويرها لاحقاً سنة 1965 من خلال مقال آخر بعنوان " محاكمة مسألة اختيار القانون - The choice of law process ¹ ". حيث جعل الأستاذ نقطة بداية نظريته من خلال توجيه سهام النقد لقواعد الإسناد التي اعتبرها بمثابة قواعد ميكانيكية عمياء تشير إلى قانون معين بطريقة آلية دون أن تعبر أي اعتبار لمضمونه، مما يؤدي في الغالب من الفرضيات إلى عدم ملاءمة هذه القواعد مع النزاع المطروح. لذلك فهو يرى أنّ السبيل الوحيد لتخطي هذه العقبة يكمن في اتجاه المحاكم إلى إعمال النهج المرن من خلال إجراء مواءمة بين مختلف النتائج التي قد تترتب جراء تطبيق مختلف القوانين لكل حالة على حدى، والبحث عن تلك النتيجة الأكثر تحقيقاً للعدالة.

وفقاً لهذا التصوّر يقوم القاضي بإجراء دراسة دقيقة لوقائع النزاع، ثم التعرف على القوانين التي تتنازعها ليرى دراسة أحكامها الموضوعية من أجل استخلاص النتائج التي قد تترتب على تطبيق كل قانون من هذه القوانين، حتى إذا خلص إلى جملة من النتائج المادية لكلّ قانون على حدى، راح يقيّمها ويقارن بينها ليستخلص على ضوءها القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة من أجل تطبيقه ².

¹ بن عصمان جمال، الأمن القانوني في إطار تنازع القوانين، دراسة في مجال المسؤولية التصريحية، مجلة دراسات قانونية، العدد 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، سنة 2017، ص 44.
أنظر أيضاً: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 506.

² AUDIT Bernard, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, op, cit, p 243.

وعلى الرغم من قيامها على أسس سليمة، إلا أنّ هذه النظرية لم تكن بمعزل عن الانتقادات التي طالتها بحكم إفراطها في منح السلطة التقديرية للقاضي بغرض تفصي أفضل الحلول من جهة، وفي الصعوبة العملية التي قد تعترضه من جهة ثانية نتيجة البحث المعمق في مختلف النظم القانونية، خاصة وأنّ CAVERS راح يضع بعض المبادئ ليسترشد بها القاضي أثناء مقارنته للقوانين المختلفة، مغفلاً أنّ مثل هذا التقيد يؤدي به بالضرورة إلى ترجيح كفة قانون معيّن على حساب بقية القوانين الأخرى¹.

03 - نظرية الاعتبارات المؤثرة على تحديد الاختيار:

أسّس الأستاذ Robert Leflar متزعم هذه النظرية طرحه من منطلق أنّ النزاعات الخاصة الدولية تقوم على مجموعة من الاعتبارات يتوجّب على القضاة أخذها بعين الاعتبار، حيث حصرها في خمس نقاط وهي: توقعات الأفراد، تنوع العلاقات الدولية، تسهيل مهمة القاضي، تغليب مصالح دولة القاضي، تطبيق القاعدة الأفضل في القوانين المتنازعة. وما دام أنّ قيمة هذه الاعتبارات تختلف بحسب الحالة المعروضة عليه، فإنّه يقوم بإعمال القاعدة القانونية الأفضل من خلال بحث الاعتبارات الأكثر تأثيراً، وإقصاء تلك التي لا تعبّر عن أيّ دور².

غير أنّ الاعتبارات التي جاء بها Robert قد تنطوي على بعض التعارض، بحكم أنّ توقعات الأفراد هو في أساسه غاية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، في حين أنّ القاضي من خلال سعيه إلى تغليب كفة مصالح دولته، فهو يعمل على إهدار هذه الغاية.

¹ L'article 06 du Restatement Second résume cette approche :

Un tribunal, sous réserve des restrictions constitutionnelles, doit suivre la règle de conflit de son propre état. Lorsqu'il n'existe pas de règle pour le guider, les facteurs se rapportant au choix de la loi applicable comprennent :

- Les besoins des systèmes interétatiques et internationaux.
- Les politiques législatives du fort.
- Les politiques législatives pertinentes des autres états intéressés ainsi que les intérêts relatifs de ces états quant à la solution du problème particulier soumis au tribunal.
- La protection des espérances justifiées.
- Les politiques législatives fondamentales se rapportant à ce domaine du droit.
- La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions.
- La facilité dans la détermination et l'application de la loi pertinente.

Article professeur JEAN Gabriel Castel, Université York, Toronto, Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales.

Information disponible sur le site web : v1.ahjucaf.org . visite du 13/10/2019 à 21h14.

² بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 182.

04 - نظرية المصالح الحكومية:

وهي النظرية التي قادها الفقيه CURRIE BRAINARD¹، حيث أنّ هذا الأخير بخلاف سابقه لم يشيّد طرحه على أساس علاج قواعد الإسناد، بل صاغه من خلال مؤلفه " محاولات في تنازع القوانين - Selected essays on conflicts of law " المنشور سنة 1963 وفقا لفكرة مؤداها أنّ كل تنازع للقوانين هو عبارة عن تنازع لمصالح وسيادات الدول. وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة الذي يكون له مصلحة أكبر في حكم النزاع؛ والوصول إليه يقتضي في البداية الفصل بين التنازع الحقيقي والتنازع الوهمي، حيث يتم استبعاد هذا الأخير بحجة أنه يكون بين قوانين لها نفس المحتوى، فهي بالضرورة تفضي إلى نفس النتائج؛ بخلاف نظيره الحقيقي الذي يكون بين قوانين مختلفة المحتوى ولكلّ منها مصلحة في حكم النزاع؛ على أنّ الفصل في أحقية أحدها بحكم النزاع يستوجب من القاضي الوقوف على كل منها بتمعن، فإن هو خلص إلى أنّ دولة واحدة فقط لها مصلحة في تطبيق قانونها، وجب عليه الأخذ به سواء أكان قانونه الوطني أم قانون أجنبي، وهو ما يشكل تجسيدا لمبدأ المنطق وفقا لهذه النظرية.

غير أنّ التعقيد قد يكمن في حال وصول القاضي إلى نتيجة مؤداها وجود أكثر من دولة لها مصلحة في تطبيق قانونها، فيكون أمام حتمية الذهاب إلى أبعد من ذلك، وهذا من خلال إجراء فحص دقيق لكل هذه القوانين بالخوض في تحليل المصالح الحكومية، وبحث السياسات والتوجهات التي يرمي إليها كل مشروع من خلال صياغته لتلك القوانين؛ ليخلص القاضي في الأخير إلى تقصي قانون الدولة ذات المصلحة. والغريب أنّ الفقيه Currie قد انتهى في هذا الفرض إلى تطبيق قانون القاضي على الأقل ما لم يأتي أحد - على حدّ قوله - بجلّ أفضل...² وكأته لم يتصور تطبيق القاضي لقانون دولة أجنبية إلاّ فيما لو كانت هذه الدولة وحدها دون سواها هي صاحبة المصلحة في تطبيق قانونها على المسألة المطروحة.

¹ وهو الفقيه الذي شرّن حملة شرسة ضد قواعد التنازع السافينية وصفت بالثورة، لدرجة جعلت بعض الشراح في هذا المجال ينعون به " الشاب الغاضب".

أنظر في ذلك: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 507.

² هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 509.

ويبلغ التعقيد ذروته في حال كان قانون القاضي من بين هذه القوانين، إذ قد يعتمد القاضي في هذه الفرضية إلى تفضيل قانونه الوطني، باعتبار أنّ القاضي لا يمكن أن يضحى بمصلحة دولته في مقابل مصالح الدول الأخرى¹، وهو طرح جدّ وارد في ظلّ التوجهات التي ساقها الفقيه.

هذا ولم تسلم النظرية من بعض الانتقادات التي طالتها؛ فالقول بوجود أن يقوم القاضي بالبحث والتدقيق في مختلف القوانين التي تتنازع العلاقة والبحث في سياسة التشريع لكل قانون، وإن كان يبدو للوهلة الأولى يسيرا من الناحية النظرية، فإنّ جانبه العملي تعترضه الكثير من العقبات؛ فعلى غرار صعوبة التوصل إلى مضمون مختلف القوانين، وصعوبة فهمها وتفسيرها، فإنه من العسير إدراك أهداف مختلف الدول في إصدار قوانينها.

ضف إلى ذلك، يعاب على هذه النظرية إمكانية تحويلها إلى وسيلة تحكيمية بيد القاضي، إذ يعتمد من خلالها إلى تطبيق أي قانون متستراً خلف حجّة القانون صاحب المصلحة الأكبر في حكم النزاع. وعلاوة على ذلك فالنظرية وبطرحها فكرة المصالح الحكومية والبحث عن الهدف من التشريع تكون قد أخذت بعين الاعتبار عناصر تدرج ضمن القانون العام، متجاهلة بذلك الطابع الخاص لتنازع القوانين الذي يبقى تنازعا منوطا بالعلاقات الخاصة².

وفي ظلّ هذه الانتقادات يمكن القول أنّ الأخذ بالنظرية هو تعبير عن الإخلال بوحدة العقد من جهة، وبالأمان القانوني وحماية التوقعات من جهة أخرى؛ وهو ما يناهض الاستقرار المتطلب في العلاقات التجارية الدولية.

05 - نظرية قانون القاضي:

على نفس نهج سابقه، أسس الفقيه EHRENZWEIG أحد أنصار المدرسة الأمريكية المعاصرة نظريته من خلال هدم قواعد الإسناد التي تعد في نظره قواعد جامدة لا تضمن العدالة القانونية للمواطنين الأمريكيين بمجرد عبورهم إلى دولة أجنبية. ولذلك يجد هذا الفقيه الحلول في إعمال قانون القاضي كأصل عام لتجنب الغوص في إثبات القانون الأجنبي وموانع تطبيقه، في حين تعد قواعد الإسناد مجرد استثناء عن

¹ بن عصمان جمال، الأمن القانوني في إطار تنازع القوانين، دراسة في مجال المسؤولية التصريية، المرجع السابق، ص 43.

² بن عصمان جمال، المرجع نفسه، ص 43.

القاعدة العامة. وهي النظرية التي تفتقر بهذا الوصف للتأصيل الفقهي، ولا تقوم على اعتبارات سياسية وتشريعية طالما أنه يتم ترجيح قانون القاضي في غالب الحالات، وهو ما يتناقض ومنطق الواقع الذي يحوط العلاقات القانونية في المجال الدولي الخاص¹.

06 - نظرية القانون الأوثق صلة:

لم يكن موقف الفقيه RESSE صاحب نظرية القانون الأوثق صلة مخالفاً لسابقه، حيث عمد هو الآخر إلى وصف قواعد التنازع بالجامدة والسيئة، حيث نادى بضرورة ترك مجال واسع للقاضي لتمكينه من تقصي أفضل الحلول للفصل في النزاعات، كما اقترح مجموعة من الأهداف والاعتبارات التي من شأنها أن تُسهّل مأموريته، يمكن تلخيصها في:

- * ضرورة تقيّد المحكمة بما يمليه عليها مشرعها، حتى يعتبر الحكم صحيحاً.
- * ضرورة أن تعمل قواعد التنازع لتحقيق حسن أداء النظام الدولي عبر الدول وكذلك عبر الولايات، وهذا إعمالاً لمبدأ الثقة الكاملة المقرر في الدستور الأمريكي.
- * حرص المحكمة على تطبيق قانونها طالما لا توجد مبررات قوية لتطبيق قانون أجنبي آخر.
- * يجب أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار الهدف في قواعد قانونها.
- * يجب أن تهدف قواعد اختيار القانون إلى تحقيق توافق في الحلول، بحيث تكون القاعدة متفقة مع ما تطبقه الدول والولايات الأخرى.
- * يجب أن تسعى المحكمة لتحقيق التوقعات المشروعة للأطراف.
- * يجب أن تسعى المحكمة إلى تطبيق قانون الدولة ذات المصلحة الغالبة.
- * يجب أن تكون قواعد اختيار القانون بسيطة وسهلة التطبيق.
- * يجب أن تسعى المحكمة لتطبيق قانون الدولة التي تحقق الهدف الرئيسي في تنظيم المسألة.

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 162.

* يجب أن تسعى المحكمة إلى تحقيق العدالة في كل قضية على حدى، وتطبيق القانون الذي يحقق أفضل نتيجة¹.

وبهذه الصورة يكون RESSE قد أخذ ببعض أفكار سابقه، بالرغم من الانتقادات التي طالتها، حيث بدى متأثراً بكلٍ من فقه المصالح الحكومية، وفقه قانون القاضي. غير أنّ ما يعاب عليه هو غموض هذه الاعتبارات وتعددتها، بحيث يمكن الجزم باستحالة مراعاتها برمتها في القضية الواحدة، ناهيك عن التعارض الذي قد يطال بعضها.

ثانياً- مساعي الفقه الأوربي:

على عكس النهج الأمريكي الذي بدى متشدداً إلى حدّ بعيد في حملته ضدّ قواعد التنازع، جاءت المساعي الأوربية جدّ متحفظة في هذا الشأن، بل بدت في العديد من المواقف مدافعة عن المنهج التنازعي، وفق حجية مفادها أنّ قاعدة التنازع التي طالتها سهام النقد الأمريكية هي في الحقيقة تختلف عن القواعد الحديثة التي يكرسها المنهج السافيني، على اعتبار أنّ هذه الأخيرة لا تمدّ بصلّة لتلك الانتقادات الأمريكية القائمة على حُجيات مسبقة في شأن قاعدة التنازع²؛ بحكم أنّ سافيني أسس نظريته وفق منطق بحث عناصر التركيز الموضوعي التي تضمن بحسب تصوره اليقين في الحلول.

وبالرغم من محاولاته في الدفاع عن قواعد التنازع، إلا أنّ الفقه الأوربي رسخ بعض الدلالات التي توحى باستقباله للأفكار الأمريكية من خلال إضفاء نوع من المرونة على قواعد الإسناد التقليديّة، حيث تجسّدت محاولات القضاء الإنجليزي من خلال قضيت *Chaplin و Boys* المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والتي فصلت فيها غرفة اللوردات بتاريخ 1969/09/25³ أين ذهب رئيس الغرفة اللورد Denning إلى تعليل حكمه من منطلق فكرة القانون الملائم بالقول أنّ: " بعد تفحص السوابق يجب أن نطبّق القانون الملائم، أي قانون البلد الذي تربطه علاقة أكثر أهمية مع الأطراف والوقائع"، كما ذهب اللورد Hodson

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 162 ، 163.

² AUDIT Bernard, flux et reflux de la crise des conflits de lois, droit international privé, travaux de comité français de droit international privé, paris, 1985, p 66.

³ Willis L.M. Reese, Choice of Law in Tort Cases. *Chaplin v. Boys* (England: Court of Appeal and House of Lords), *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, N° 1, 1970, p 189.

في تسببه إلى القول " ... غير أنه إذا كان هناك بلد تربطه مع الوقائع والأطراف علاقة أكثر أهمية فإنّ قانون هذا البلد هو الذي يُطبّق"¹.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، على اعتبار أنّ جانب من الفقه الأوربي وفي مقدمتهم الفقيه Maridakis استشعر بضرورة تأصيل وسيلة فنية تقوّم الإسناد في أحوال استثنائية، حيث باشر بتقديم اقتراح إلى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أمستردام سنة 1957م يقوم على إيجاد حلول بديلة لمسألة الإحالة من خلال المناداة بفكرة استثناءات تقويم الإسناد على مسائل الحالة والأهلية كحلول بديلة للإحالة. فبحسب وجهة نظره فإنه من الملائم أن تقترن قاعدة الإسناد الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم والتي تعقد الاختصاص لقانون الجنسية أو الموطن باستثناء على تطبيق القانون، إذا تبين أنّ هناك ظروف خاصة تقتضي تطبيق قانون دولة أخرى بوصفه القانون الملائم لحكم النزاع².

وإن كان هذا الطرح لم يلق ترحيباً كبيراً من جانب الفقه آنذاك، إلاّ أنّه أيضاً لم يكن محلّ إجماع، فسرعان ما عمد الفقه والقضاء السويسري إلى تكريسه في أحكامه، علاوة على تقنينه في نص المادة 15 فقرة 01 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987م، ليطل فيما بعد الأخذ به من جانب القضاء الهولندي والنمساوي والفرنسي وغيرها من التشريعات الأوربية الحديثة، ولعلّ هذا الرواج الذي لاقتته فكرة تقويم الإسناد في القارة الأوربية جعل منها ظاهرة تفرض نفسها على النظرية العامة لتنازع القوانين³.

هذا ويجدر بنا التأكيد على أنّ فكرة استثناءات تقويم الإسناد تختص بتقويم قواعد التنازع التي تتبنى ضابط جامد للإسناد، إذ تنتفي بالمقابل أهميتها بالنسبة لأنظمة القانون الدولي الخاص في دول الـ Common Law التي تقوم على أساس تطبيق قانون القاضي كأصل عام، أو تلك التي تعتمد على تطبيق قانون القاضي كقاعدة عامة.

¹ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

² صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 82.

مشار إليه في: بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 91.

³ بلاق محمد، المرجع نفسه، ص 91.

وحتى يتسنى لهذه الاستثناءات أن تؤدي الدور المنوط بها على أحسن وجه، وبغية تفادي استعمالها على وجه خاطئ عمد واضعوها إلى تخصيصها ببعض الشروط والضوابط لإعمالها، أهمها أن يكون القاضي قد قام بالتطبيق الفعلي لقاعدة تنازع تبني ضابطا جامدا للإسناد، لا يشترط فيها أن تعبر بالضرورة عن مركز الثقل في العلاقة القانونية محل النزاع، بل قد يكون هناك قانون آخر يرتبط بالنزاع بصلة أقوى؛ فتدخل في هذه اللحظة الاستثناءات لتسمح للقاضي بممارسة سلطته التقويمية بشأن قاعدة التنازع؛ وهو ما يفيد بأن اختيار الأطراف لقانون العقد اختيارا صريحا يعدّ قرينة على استبعاد هذه الاستثناءات، والتسليم بخلاف ذلك إنما يعمل على إهدار التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية¹.

هذا ويتربّب على إعمال فكرة استثناءات تقويم الإسناد أثرين رئيسيين، أحدهما مباشر والآخر غير مباشر. فأما الأثر المباشر فهو الذي تشترك فيه استثناءات تقويم الإسناد مع بقية الوسائل التقويمية الأخرى المستعملة في منهج التنازع، وفيه يستبعد القاضي القانون الذي تعيّن قاعدة التنازع المختصة بالنظر لضعف ارتباطه بالعلاقة أو بالمركز القانوني محل النزاع، ويحل محله القانون الذي تحتفظ معه العلاقة بالرابطة الأكثر وثوقا، وبذلك تتحقق عدالة الإسناد. في حين يتجسد الأثر الغير المباشر من خلال تحقيق الموازنة بين قواعد التنازع الجامدة لدولة القاضي والتطور العام للقانون الدولي الخاص الساعي دوما لتحقيق المرونة في الإسناد؛ حيث يؤدي تواتر العمل بهذه الاستثناءات إلى تعديل في نظام الاعتماد على قواعد التنازع مستقبلا في الدول التي تأخذ بهكذا استثناءات².

ويبقى لنا أن نشير بأنه وعلى الرغم من الضمانات التي سيقّت في سبيل تكريس فعالية فكرة استثناءات تقويم الإسناد، إلّا أنّ أنصارها حدّروا في نفس الوقت من مخافة أن تتحوّل مثل هذه الاستثناءات إلى وسيلة لمحابة قانون القاضي، تسمح بتوسيع نطاق تطبيقه على حساب القوانين الأجنبية المختصة.

وكخلاصة يمكن أن نقول بأنّ النقد الأمريكي الجارح الذي وُجّه إلى نظرية التنازع ذات الأصل السافيني قد أسهم مع ذلك في تطوير هذه النظرية على نحو أدّى إلى التخفيف من حدة توجهاتها الأولى ذات الصبغة التجريدية من خلال الاتجاهات الأوروبية المعاصرة نحو تجرئة الإسناد واعتناق حلول تفصيلية للتنازع لمواجهة الفروض العملية المتنوعة إدراكا للعدالة على نحو أفضل، ممّا أفضى في النهاية إلى تقارب كلّ

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 92.

² نقلا عن: بلاق محمد، المرجع نفسه، ص 93.

من الفكر الأمريكي والفكر الأوربي في الحلول النهائية للتنازع رغم اختلافها المبدئي حول المنهج الواجب الاتباع للوصول إليها، إذ تبقى الفروق الجوهرية واضحة المعالم بين النظامين طالما أنّ النظام الأوربي يقوم على أساس مجرد يتخذ من قواعد الإسناد التقليدية والمحدّدة بصفة مسبقة وسيلة أساسية لحلّ تنازع القوانين مع إفساح مجال مرونة الحلول، في حين أنّ النظام الأمريكي يبقى وفيما لطابعه القضائي القائم على حرية القاضي في تقدير ظروف النزاع في كل حالة على حدى¹، وإن كان في حقيقة الأمر أنّ المسألة في حد ذاتها لا تخلو من بعض التطابق في الشق المتعلق بدراسة نقاط الاتصال أو الارتباط في العلاقات القانونية.

المبحث الثالث: القواعد المادية تحت غطاء توحيد قانون التجارة الدولية

لقد استشعرت الدول أنّ التباين بين القواعد الواردة في تشريعاتها قد يتسبّب لها بضرر بشكل أو بآخر، وأنّ دفع هذا الأخير وكسر هذا التباين لن يتأتّى سوى من خلال مسايرة المناخ الدولي ورسم سياستها على هذا الأساس، سعياً وراء مصلحتها من جهة ومواكبة للعمولة الاقتصادية من جهة أخرى.

ولما كان قانون التجارة الدولية يمتاز بقواعده المادية الخاصة به، والمستقلة عن القوانين والتشريعات الوطنية، وفي سبيل توحيد هذه القواعد كرسّت الدول والهيئات الدولية ميكانيزمات وآليات قصد إنجاح العملية.

ومن البديهي أن تكون بعض العوامل عنصراً مساعداً على التوحيد، فقد يتحقق ذلك بمجرد الجوار كما هو الشأن بالنسبة للمجموعة الاقتصادية الأوربية التي تشارك المصالح الاقتصادية والسياسية.

كما أنّ إحداث التعديلات على التشريعات الوطنية من قبل الدول لجعلها تتماشى ومتطلبات التجارة الدولية، والمبادرة بوضع الاتفاقيات الدولية حيز التنفيذ في ظرف وجيز تعد هي الأخرى من العوامل المساعدة على التوحيد².

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 525.

² طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 63.

المطلب الأول: تأصيل فكرة التوحيد من منطلق بحث المصادر

بُغية تحقيق الأمن القانوني في مجال المعاملات التجارية الدولية، وحرصاً منها على إيجاد الحلول الكفيلة لفضّ مسألة تنازع القوانين خارج منهج التنازع، تكاثفت الجهود الدولية لإرساء معالم واضحة وأسس متينة عن طريق إعمال القواعد المادية. حيث سارعت بعض التشريعات لوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية يتضمن بعض القواعد المادية التي تستجيب لطبيعة هذه العقود، كما استحدثت القضاء من ناحية أخرى بعض هذه القواعد المادية لتحكم العقود الدولية مباشرة دون النظر لما يشير به القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد. هذا ووقوفاً عند متطلبات التجارة الدولية عمدت مختلف الدول إلى إبرام معاهدات تتضمن في طياتها قواعد مادية موحدة واجبة التطبيق مباشرة على بعض عقود التجارة الدولية.

كما ظهرت أيضاً اتجاهات فقهية نادت بضرورة اعتناق المنهج المادّي بما يسمح بإخضاع العقود الدولية لبعض القواعد الخاصة الغير وطنية¹، والتي وُضعت خصيصاً لتنظيم مثل هذه العقود، وذلك بُغية سدّ عجز القوانين الداخلية في مواجهة متطلبات الروابط العقدية ذات الطبيعة الدولية.

الفرع الأول: القواعد المادية ذات المصدر الداخلي

تتجه بعض التشريعات إلى تنظيم عقود التجارة الدولية من خلال سنّ بعض القواعد المادية الخاصة، التي تتماشى وطبيعة هذه العقود، بحيث تتضمن هذه التشريعات تنظيماً مادياً يخص عقود التجارة الدولية يختلف عن التنظيم القانوني الذي يحكم عقود المعاملات الداخلية. وبالتالي فإن هذه القواعد المادية ينحصر مجال تطبيقها على الروابط العقدية الدولية ما لم ينص مشرعها على خلاف ذلك، كما تستغني في إعمالها عن الحاجة لمنهج التنازع طالما أنّها تنتمي لقانون القاضي؛ بمعنى أنّ إعمالها يكون بصرف النظر عن القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد². وإن كانت هذه الفرضية الأخيرة غير قطعية، ومحل تضارب للآراء بين مؤيد ومعارض، حيث فتحت أبواب الجدل على مصراعيها بين أنصار التوجه المناادي بتطبيق القواعد

¹ سبق الإشارة إلى مختلف هذه المساعي في معرض هذه الدراسة، ولعلّ أهمها مساعي الفقه الأمريكي والأوروبي.

عودة في ذلك إلى الصفحة 203 وما يليها من هذه الدراسة.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المرجع السابق، ص 297.

المادية للقانون الدولي الخاص وفقا للمنهج المباشر وبمعزل عن قواعد الإسناد، والتوجه النقيض الذي يقضي بتطبيق ذات القواعد شريطة أن تشير قواعد التنازع باختصاص قانون القاضي الذي ينظمها.

هذا ولم يتوانى القضاء عن وضع بصمته وتسخير جهوده في هذا المجال، من خلال السعي إلى استحداث بعض القواعد المادية التي تتلاءم وطبيعة عقود التجارة الدولية.

أولاً- القواعد المادية ذات الطابع التشريعي

بالرغم من أنّ مسألة وضع تنظيم شامل لعقود التجارة الدولية من قبل المشرع الوطني هي مسألة نادرة الوقوع بحكم أنّ التوجه التشريعي غالباً ما يصب في الكفة التي تعنى بتنظيم العلاقات الداخلية؛ بل وحتى في الحالات التي يتجه فيها المشرع لتنظيم مثل هذه العلاقات الخاصة الدولية، فهو يسعى لبلوغ مبتغاه من خلال نهج مسلك الاتفاقيات الدولية. إلا أنّه وبالرغم من ذلك فإنّ بعض النظم القانونية حسمت موقفها في شأن وضع تنظيم مادّي شامل للعلاقات الخاصة بالتجارة الدولية، لا سيما البند المتعلق بالروابط العقدية في هذا الإطار سواء بشكل كامل أو جزئي؛ فنجد في ذلك صورة لتقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر في 1963/12/04 والذي دخل حيز التنفيذ في 1964/04/01 والمتضمن 726 مادة عاجلت علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية؛ كما نجد في ذات السياق التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابقاً بتاريخ 1967/02/05¹؛ وهي التشريعات التي وُضعت خصيصاً لحكم العلاقات الخاصة بمجال التجارة الدولية، ليسري على العقود الداخلية قواعد القانون المدني والتجاري التي يتضمنها كل من التشريعين.

إنّ النهج الذي سلكه كل من القانونين التشيكي والألماني يُحتم علينا البحث حول ما إذا كان تطبيق القواعد المادية يكون بأثر مباشر متى توافرت الصفة الدولية في العلاقة التجارية، أم أنّ الأمر يتعدى ذلك بأن يكون كل من القانونين السالفين مختصاً بمقتضى قواعد التنازع؟!

¹ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المرجع السابق، ص 298.

الإجابة حول هذا الطرح جاءت صريحة من خلال نص المادة 03 من التقنين التشيكي التي أكدت أنّ القواعد المادية التي يتضمنها التقنين لا تنطبق إلا إذا كان القانون التشيكي هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وبصفة خاصة فيما لو كان المتعاقدان قد اتفقا على اختيار هذا القانون لحكم الرابطة العقدية؛ وهو ما يفيد اختصاص القانون المذكور بوصفه قانون الإرادة. كما أن الموقف لا يختلف بالنسبة للتقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية والذي اشترط هو الآخر أن تشير قواعد الإسناد باختصاص القانون الألماني من أجل تفعيل نصوصه.

ووفقا لهذا التحليل يمكن القول أنّ القواعد المادية في كل من التقنينين التشيكي والألماني لا يتم تطبيقها بشكل مباشر على العقود التجارية الدولية؛ وهو ما دفع أهل الاختصاص للتشكيك في سلامة اعتبار النصوص القانونية في هذا المجال من قبيل القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، ليصنّفوها ضمن خانة قواعد القانون الداخلي التي تتميز بخاصية الانطباق على العلاقات الدولية الخاصة.

في حين يرفض الأستاذ " Loussouarn " وجهة النظر هاته كونها تتضمن قدرا من المغالاة، معلّلا موقفه على أنّ القواعد التي يتضمنها كل من التشريعين التشيكي والألماني تُعدّ من قبيل قواعد القانون الدولي الخاص المادي، بالرغم من وطنية مصدرها، لأنها شرعت أساسا للاستجابة للاعتبارات الدولية. وبالتالي فلا ينقص من قيمتها أن يكون إعمالها متوقفا على منهج قواعد الإسناد.

وعلى العكس من ذلك يميل جانب آخر من شراح القانون الدولي الخاص للتأكيد على أنّ الهدف الذي تسعى إلى إدراكه القواعد المادية يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في نطاق سريانها، مادامت تنتمي للنظام القانوني الذي يتبعه القاضي وبصرف النظر عن اختصاص هذا النظام بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه¹.

ومن بين الأمثلة أيضا على القواعد المادية ذات الأصل التشريعي الداخلي، نجد قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 في مجال نقل التكنولوجيا الذي أوضع قواعد مادية تنطبق مباشرة على هذا العقد. إذ أورد المشرع المصري في القانون التجاري المصري الجديد تنظيمًا موضوعيًا مباشرًا لعقد

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 558 وما بعدها.

نقل التكنولوجيا تضمنته المواد من 74 إلى 86 من القانون التجاري، إذ ينطبق حسب رأي جانب من الفقه على موضوع النزاع دون ثمة حاجة إلى الالتجاء لقواعد الإسناد¹.

ثانيا- القواعد المادية ذات الأصل القضائي

إن كانت بعض الدول عمدت في سبيل التصدي لمسألة تنازع القوانين إلى استحداث قواعد مادية ذات أصل تشريعي، فإنّ البعض الآخر وجد في القضاء ركيزة لتنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، على غرار القضاء الفرنسي والذي اتجه منذ الثلث الأول من القرن الماضي إلى بلورت بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص. ومن بين أهم القواعد التي تم إقرارها في هذا الشأن نجد على سبيل المثال لا الحصر تلك التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، وتلك التي تقر بحرية الأطراف في اختيار عملة العقد في المعاملات الدولية بالرغم من حظر المسألة في التنظيم الداخلي.

وإن كان القضاء في البداية قد حاول أن يتسّرّ خلف منهج التنازع لتبرير إرساء القواعد المادية المتعلقة بالتجارة الدولية، إلا أنّ اضطراد الأحكام المتواترة على هذه القواعد منحها مع مرور الوقت طابع العموم والتجريد الذي لا يخلو من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي في شأنها²، وهو ما دفع القضاء

¹ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، المرجع السابق، ص 223. أنظر أيضا: خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 286.

² لقد عمدت محكمة النقض الفرنسية لمنهج التنازع قصد تبرير ما أقرته من قواعد مادية، فنجدها في قرارها الصادر في 14/04/1964 أكدت على أحقية الدولة الفرنسية في الخضوع للتحكيم عملا بأحكام القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد، على أساس أنّ الحظر المقرر في القانون الفرنسي على حق الدولة في هذا الشأن يتعلق بالعقود الداخلية. وبالتالي استندت المحكمة في رجوعها في شأن أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلى قاعدة التنازع التي تشير باختصاص القانون الأجنبي؛ إلا أنّ ما دفع المحكمة لتبني هذا الحل ولجوتها إلى منهج التنازع هو أنّها قد وجدت أنّ مضمون القانون الأجنبي المختص يتفق مع القاعدة المادية التي قررتها.

ليتجه بعد ذلك القضاء إلى تطبيق بعض القواعد المادية التي تصدى لوضعها في خصوص عقود التجارة الدولية تطبيقا مباشرا دون الحاجة للتستر خلف منهج قواعد التنازع، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 02/05/1966 إلى أنّ منع الدولة من الخضوع للتحكيم المقرر في القانون الفرنسي في شأن العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الدولية. لتكون المحكمة بذلك قد ضربت عرض الحائط المنهج التنازعي، وأغفلت البحث عن مضمون القانون المختص فيما لو كان يحظر على الدولة حق الالتجاء للتحكيم، وتصدت لوضع قاعدة مادية ذات تطبيق مباشر تبيح للدولة الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية على خلاف ما هو مقرر في القانون الداخلي.

لتتوارى بعد ذلك الأحكام على هذا المنوال ليعلم القضاء صراحة وبوضوح عن استقلال القواعد المادية التي قام بوضعها وهذا استجابة لظروف التجارة الدولية، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية من خلال القرار الصادر في 04/07/1972 حين أقرت بوجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهي قاعدة واجبة التطبيق على العقود الدولية بصرف النظر عما يقضي به القانون المختص.

أنظر في ذلك: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 564 وما بعدها.

في النهاية إلى عدم التردد في إعلان استقلالها بوصفها نمط من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي، والتي يتم إعمالها بشكل مباشر¹.

وعلى الرغم من أحقيتها في حكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي إلا أنّ القواعد المادية ذات الأصل الداخلي سواء تشريعية أو قضائية كانت، لم تسلم من سهام النقد، بحكم أنّ مباشرة كل دولة لوضع قواعدها المادية الخاصة في هذا المجال قد يكون سببا في تعميق الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الاتباع على العلاقات التجارية الدولية؛ كما أنّ التطبيق المباشر للقواعد المادية دون حاجة لمنهج التنازع يفتح المجال واسعا أمام التشريعات الوطنية لوضع قواعد مادية عابرة للحدود تحت ستار الملاءمة الدولية؛ علاوة على ذلك يزعج بالقضاة إلى العمل بمعتقداتهم الشخصية، وهو ما يخل بالانسجام الدولي، ويهدد توقعات الأفراد.

الفرع الثاني: القواعد المادية ذات المصدر الدولي

أمام الانتقادات التي طالت القواعد المادية ذات الأصل الداخلي سواء تشريعية كانت أم قضائية، ورغم حرص أهل الاختصاص على الأخذ بها شريطة أن تشير لذلك قواعد الإسناد وقوفا عند تحقيق الأمن القانوني في العلاقات الدولية الخاصة، يمكن القول أنّ السبيل الذي يكفل وحدة الحلول لا يمكنه أن يتأني إلا من خلال القواعد المادية التي تكون ثمرة المعاهدات الدولية، أو تلك التي تترسخ من خلال الأعراف العابرة للحدود.

أولا- الاتفاقيات الدولية

في سبيل إيجاد ميكانيزمات ناجعة لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة من خلال إقرار حلول مباشرة على النزاعات التي تثور بشأن العقود الدولية، سارعت بعض الدول إلى إبرام اتفاقيات أو معاهدات في سبيل ترسيخ قواعد مادية تكون قاصرة على العلاقات الدولية الخاصة، في حين تبقى العلاقات الداخلية رهينة التشريعات الوطنية لهذه الدول؛ وهو الأمر الذي حدا بالفقه في هذا المجال إلى اعتبار هذا النوع من الاتفاقيات مصدرا للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص بدون منازع.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 561.

ولعلّ من أهم الاتفاقيات في هذا المجال، اتفاقية الأمم المتحدة في شأن البيوع الدولية للبضائع المبرمة في فيينا بتاريخ 11/04/1980، والتي كرّست قواعد مادية موحدة تعنى خصيصاً بتنظيم هذا النوع من البيوع الدولية، حيث يكون بإمكان قضاء الدول المتعاهدة تطبيق هذه القواعد بصفة آلية ومباشرة. ويؤكد هذا الطرح ما عمدت إليه مختلف الدول التي حرصت من خلال دساتيرها على التأكيد بسمو أحكام المعاهدات الدولية على القانون الداخلي¹.

وبوجه عام فإنّ النظم القانونية التابعة للفكر القانوني الأنجلوسكسوني لا تعتبر نصوص الاتفاقيات الدولية الموقعة من طرف الدول قانوناً صالحاً للتطبيق الفوري، وإنما تستلزم صدور قانون أو لائحة لتفعيله؛ في حين أنّ النظم القانونية المبنية على الفكر اللاتيني تميل في الأغلب إلى اعتبار نصوص الاتفاقية نصوصاً قانونية ملزمة بمجرد إتمام الإجراءات الدستورية اللازمة للتصديق عليها².

وكنتيجة لذلك لن يتأتى بطبيعة الحال أن تجد القواعد الموحدة التي تحويها مثل هذه المعاهدات التي تتصدى لوضع تنظيم مباشر لبعض العقود الدولية صدى لتطبيقها ما لم يكن النزاع مطروحاً أمام قضاء إحدى الدول المتعاهدة؛ ففي هذا الفرض وحده يتم تطبيق القواعد المادية التي أقرتها المعاهدة تطبيقاً مباشراً وذلك باعتبارها جزءاً من قانون القاضي، بل إنّ الرجوع لمنهج التنازع في هذه الحالة هو بمثابة إنكار لأهداف المعاهدة التي تسعى إلى توحيد الأحكام المادية التي تسري على الروابط العقدية التي تتناولها هذه المعاهدات بالتنظيم.

ويمكن أن نشير بأنه في الحالة التي يعرض فيها النزاع على قضاء دولة غير متعاهدة، فالقاضي يجد نفسه أمام حتمية استبعاد الأخذ بهذه القواعد كونها لا تشكل جزءاً من نظامه القانوني، فيلجأ في الطرح

¹ تنص المادة 150 من دستور الجزائر 2016 " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون ".

كما نصت المادة 101 من الدستور الدائم المصري الصادر سنة 1972 على أن " رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. على أنّ معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمّل خزنة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة تجب موافقة مجلس الشعب عليها".

إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 393.

² إيهاب السنباطي، المرجع نفسه، ص 392.

الغالب إلى إعمال قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون المختص والتي يمكن أن تحيله إلى قانون دولة طرف في المعاهدة؛ ما يعني أنّ القواعد المادية في المعاهدة يمكن أن تسري أمام قضاء دولة غير متعاهدة بمقتضى قواعد التنازع، وإن كان بوسع القاضي الأجنبي¹ إعمال القواعد المادية من خلال منهج قواعد التنازع فيما لو انصرفت إرادة الأطراف إلى اختيارها بوصفها قانونا للعقد.

بالرغم من ذلك نجد أنّ بعض المعاهدات تعمّد واضعوها التوسع في نطاق سريانها ليمتد إلى العلاقات العقدية التي لا ترتبط بالدول المتعاهدة سعياً إلى منحها طابعاً عالمياً بحيث لا تقتصر آثار تطبيقها على الإطار الضيق لمجموعة الدول المنضمة إليها. ولعلّ اتفاقية لاهاي لسنة 1964 في شأن القانون الموحد للبيوع الدولية للمنقولات المادية هي التعبير الصادق عن هذا المسلك الاستثنائي في تشريع المعاهدات؛ فقد تعمد واضعوها هذه الاتفاقية ألاّ يشترطوا لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أن يتّسم عقد بيع المنقولات المادية بالطابع الدولي وفقاً للمعيار الذي اعتنقته الفقرة الأولى من المادة الأولى².

وبخصوص تقييم دور الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية في توحيد القواعد المادية للتجارة الدولية، تتعين الإشارة أنه بالرغم من الدور الفعال، وبالرغم من الأهمية البالغة التي تحظى بها في هذا المجال نتيجة للمزايا العديدة، إلاّ أنه من المتعذر الاعتماد على هذا المصدر بصفة أساسية في إرساء القواعد المادية التي تحكم التجارة الدولية، ومردّ ذلك إلى الصعوبات التي قد تعترضه لا سيما في ظلّ تشبث كل دولة بسيادتها واستقلالها، ما ينجر عنه بالضرورة اختلاف في النظم القانونية من دولة لأخرى. ضف إلى ذلك فإنّ نجاح عملية التوحيد التشريعي للقواعد المادية تفترض أن تكون الدول المعنية متساوية من حيث درجة الوعي الحضاري، وخاصة من حيث درجة القوة الاقتصادية، والتي تُعدّ مؤشراً غاية في الأهمية، إن لم نقل ركيزة أساسية للوصول إلى توحيد حقيقي للقواعد المادية بناءً على مساهمة متوازنة من الدول الأعضاء³، وهو ما قد يفسر قصور الاتفاقيات الدولية على الإلمام بشتى جوانب التجارة الدولية، حيث تبقى مساهمة الدول في

¹ يقصد بالقاضي الأجنبي في هذه الحالة، القاضي الذي ينتمي لدولة ليست بطرف في معاهدة أو اتفاقية تعنى بتوحيد القواعد المادية في مجال من مجالات العقود الدولية.

² «...ولو لم تكن هناك رابطة بين العقد وأي من الدول المنظمة للاتفاقية».

³ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 42.

هذا المجال منوطة بمدى استشعار المصلحة التي تعود عليها من تطبيق الاتفاقيات، الشيء الذي ينجر عليه عدول العديد من الدول عن الانضمام للاتفاقية.

وبالرغم من هذا لا بدّ من التسليم، بضرورة توحيد الدول لرؤاها وتنسيق سياساتها، واتخاذ مواقف إيجابية وبناءة في نضالها بغية تحقيق الوضوح واليقين القانوني الذي تتطلّع إليه العلاقات الخاصة الدولية.

كما تجدر الإشارة أنه وعلى صعيد آخر، فإنّ إقدام الدول على إبرام اتفاقية دولية بشأن مسألة معينة من مسائل التجارة الدولية لا يعني أنّ الاتفاقية أنشأت نظاما علويا فوق الدول بشأن تلك المسائل وإنما يعني أنّ الدول الأطراف قد ارتضت " التدويل القانوني " للقواعد التي تخضع لها المسألة، باعتبار أنّ فكرة العلوية تقتضي وجود سلطة تشريعية عالمية فوق الدول تملك صلاحية إملاء إرادتها على حكومات الدول وسلطاتها التشريعية والقضائية، وهو أمر مستبعد على هذا النطاق.

ثانيا- العادات والأعراف الدولية:

تُعدّ الأعراف والعادات الدولية أحد أهمّ ركائز القانون التجاري الدولي، التي استقر العمل بها في مجتمع التجار حيث حكمت علاقاتهم التجارية العابرة للحدود، لُصنّف بذلك كمصدر هام من مصادر القواعد المادية التي وضعت خصيصا لتوائم متطلبات التجارة الدولية الحديثة وإدراك أهدافها.

واستقرت المساعي والتوجهات في المجال الدولي الخاص على فكرة مؤداها أنّ التنازع لا يثور أصلا إلاّ بين القوانين الداخلية للدول المختلفة. فعلى هذا الاساس لا يُنصّر أعمال هذه الأعراف على منازعات التجارة الدولية التي تُطرح على القضاء الداخلي من خلال منهج التنازع؛ كما يصعب أيضا تطبيقها تطبيقا مباشرا أمام هذا القضاء باعتبارها لا تشكل في الأصل جزءا من نظامه القانوني.

وحتى في الحالة التي يختار فيها المتعاقدون هذه العادات والأعراف الدولية، فإن هذا الاختيار لا يعدو أن يكون مجرد اختيار مادي، تنزل بمقتضاه مثل تلك الأعراف والعادات منزلة الشروط العقدية بما يترتب عنه أن يظل العقد خاضعا للقواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في دولة القاضي.

وإن كانت قد سبقت الإشارة إلى أنّ القواعد المادية ذات الأصل التشريعي أو القضائي يجري إعمالها مباشرة أمام القضاء الداخلي دون الحاجة لمنهج التنازع ما دامت تشكل جزءا من النظام القانوني لدولة القاضي المطروح عليه النزاع، وأنّ القواعد المادية التي تتضمنها المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي استهدفت توحيد القواعد الخاصة بالروابط العقدية الدولية يصير تطبيقها تطبيقا مباشرا هي الأخرى أمام هذا القضاء طالما كان العقد مطروحا على قضاء دولة من الدول المتعاهدة؛ فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للأعراف والعادات التجارية السائدة في الأسواق الدولية، حيث لا يتصور في ظل الحقائق الوضعية الراهنة أن تلقى هذه الأعراف والعادات تطبيقاتها المختلفة سوى أمام قضاء التحكيم¹.

01 - أهمية العرف في إرساء القواعد المادية:

إن كان مدلول العرف يُراد به تلك العادات التي جرى العمل الدولي بها في مجتمع التجار، فمن البديهي أن تصنّف كمصدر أساسي للقواعد المادية، فمادام الوسط التجاري مؤهّل لإنشاء قواعد تلقائية تعنى بتنظيم شؤونه وشؤون الأطراف الناشطة في مجاله حازت صفة الثبات والاستقرار والعمومية، فمن الطبيعي أن تتولّى هذه القواعد حكم الروابط التعاقدية باعتبارها الأقرب للمجتمع التجاري، ما يعكس اتساع دائرة الاطمئنان في المعاملات التجارية.

ونظرا لأهمية العرف في الحياة التجارية، فقد حظي بنصيب في اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث رسّخت هذه الأخيرة العرف كوسيلة لحكم المعاملات التجارية من خلال نص المادة 09 التي جاء فيها أنه: " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها، وبالعادات التي استقرّ عليها التعامل بينهما، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك؛ يفترض أنّ الطرفان قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به، أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع، ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة"².

¹ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المرجع السابق، ص 310-311.

² خلفي سمير، المرجع السابق، ص 182.

02 - تنامي دور الأعراف في ظل تأثير التطور التكنولوجي:

إنّ الارتباط الوثيق بين الأعراف والأوساط التجارية أفرز نوعاً من التلازم فيما بينهما ظلّ مسيراً للتطورات التي عرفتتها المعاملات التجارية على الصعيد الدولي تحديداً، أين أثبتت الأعراف كفاءتها لمواكبة التطور السريع والمتواتر في مجال العقود التجارية الإلكترونية؛ حيث بدت ملائمة للطبيعة الفنية التي يمتاز بها العالم الافتراضي؛ ما جعل الفقه المؤيد في هذا المجال يرى فيها الوسيلة الأنسب لتطور نطاق التجارة على المستوى العالمي، وهذا بغض النظر عن تكوينها التلقائي من خلال ممتهي التجارة الدولية؛ حيث عبّر عنها بمصطلح Netiquette للدلالة عن قواعد السلوك الجيد النابعة من مختلف الأنظمة والتي تملك في مجملها قوة التطبيق داخل جماعة الأنترنت؛ لذلك فهي تتمتع بمرونة كبيرة تسمح لها باحتواء كافة المتطلبات التي تفرضها المعاملات الرقمية، ناهيك على أنّ تكوّنها التدريجي على المستوى العالمي يجعلها تلعب دوراً مرجعياً يتجاوز الحدود¹.

ثالثاً- المبادئ القانونية المشتركة كمصدر:

في ظل الاعتراف الدولي بالدور الذي تلعبه العادات والأعراف التجارية في مجال التجارة الدولية؛ نجحت المبادئ القانونية المشتركة في كسب مكانة لها ضمن مصادر القواعد المادية أو الموضوعية، حيث أبانت الممارسات عن ضرورة تطبيقها تطبيقاً مباشراً في شأن المسائل التي غفلت عن تنظيمها الأعراف والعادات التجارية؛ ولعلّ قضاء التحكيم كان سبّاقاً في استخلاص بعض المبادئ التي تتناسب والعلاقات الاقتصادية الدولية على غرار مبدأي تنفيذ العقد بحسن نية، وتفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف². غير أنّ انتماء هذه المبادئ لتشريعات وطنية متعددة قد يكون عاملاً لاستثنائها من بين مكونات القانون التجاري الدولي باعتبارها لا تتمتع بتلك الخصوصية التي تجعلها مستقلة عن هذه التشريعات، ضف إلى ذلك فهي قواعد غير محدّدة المضمون يشوبها الغموض، والأخذ بها لا يكون سوى تعبير عن إرادة القاضي أو المحكم وفقاً لتصوره الشخصي. هذا ولا بأس من الإشارة إلى أنّ التطور الذي عرفته التجارة في العصر الحديث خاصة مع تضاعف حجم الدول، أصبح من خلاله تقصي المبادئ القانونية المشتركة مسألة صعبة

¹ خليف سمير، المرجع السابق، ص 184.

² تفاصيل أكثر بالعودة إلى: خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 194 وما بعدها.

إن لم نقل مستحيلة. وفي ذات السياق قد يأخذ هذا التحليل أبعاداً أخرى بافتراض أن المبادئ القانونية المشتركة تعدّ بمثابة قناع يتستر خلفه القضاء لاستلهم الحلول المناسبة لمجتمع التجار عن طريق تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

رابعاً- النظام العام المطلق كمصدر:

إن كان مدلول النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية يرمي في عامته إلى مجموع القواعد الآمرة المقررة في دولة القاضي لتنظيم بعض المراكز القانونية والتي لا تتسامح هذه الدولة على الإطلاق في الخروج عن أحكامها²، وإن كانت هذه القواعد محلّ استئثار للاختصاص التشريعي للقاضي الوطني الذي يجد فيها وسيلة فنية للحدّ من نطاق قاعدة التنازع؛ فإنّها في تقدير أنصار القواعد ذات الطابع الأمر تشكل إحدى صور النهج المادي أو الموضوعي، فرضت مكانتها من خلال تطبيقاتها المتنوعة أمام القضاء والتحكيم على حد سواء، طالما اعترف قضاء التحكيم بوجود قواعد أمرة في القانون التجاري الدولي يحظر على الأطراف مخالفتها حفاظاً على النظام العام الدولي الرامي لحماية المصالح العليا لمجتمع التجار، وتحصين الأخلاق الانسانية المشتركة، وأخلاقيات العقود³.

خامساً- فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد (Droit prétorien):

في سبيل سد النقص في القواعد المادية، وتجنب التناقض في تفسير المعاهدات والاتفاقات؛ قد تتجسد الحلول من خلال إعمال قانون بريتوري يسري على العلاقات التجارية الدولية، ويكون مكملاً للمصادر القانونية الأخرى التي تستمد منها هذه التجارة قواعدها.

وقد برزت معالم القانون البريتوري من خلال تجسيد فكرة إنشاء محكمة دولية تختص بالنظر في منازعات التجارة الدولية، حيث لاقت هذه الأخيرة قبولا على المستويين الدولي والإقليمي؛ وقد أشار الأستاذ Hans wehberg سنة 1911 إلى ضرورة إنشاء محكمة دولية لمسائل القانون الدولي الخاص، تكون بمثابة محكمة استئنافية للمطالبات الخاصة التي تستند إلى المعاهدات الدولية التي تتضمن قوانين

¹ محمود محمد باقوت، نحو مفهوم حديث لعقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2012، ص 60 وما بعدها.

² محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 382.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 384.

موحدة، حيث أثير الموضوع عام 1920 بمناسبة إعداد نظام المحكمة الدائمة للعدالة الدولية التي سبقت محكمة العدل الدولية؛ حيث اقترح الاتحاد البرلماني الدولي منح تلك المحكمة السلطة القضائية التي تحوّلها ولاية الفصل في منازعات الخواص بشأن تفسير المعاهدات الخاصة بالقانون الدولي الخاص، والمنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية والأدبية فضلا على المسائل ذات الصلة بالقانون التجاري والقانون البحري الدوليين، غير أنه وإن تم الاعتراف بالاختصاص القضائي للمحكمة بموجب بروتوكول 1931 لمؤتمر لاهاي في دورته السادسة، إلا أنّ الأمر اقتصر على المنازعات الناشئة بين الدول الأطراف فقط¹.

وعلى المستوى الإقليمي وتحديدًا الأوربي، تم إنشاء محكمة العدل الأوروبية بموجب اتفاقية روما لعام 1957 المنشأة للسوق الأوروبية، حيث أخذت على عاتقها تفسير أحكام هذه الاتفاقية وسد ثغراتها والفصل في الدعاوى التي تقيمها أمامها الدول الأعضاء في السوق مما يسهم في إنشاء قانون أوربي موحد للتجارة الأوروبية. ويعود تبني مثل هذه المحاكم في الإطار الإقليمي أساسًا إلى بعض المقومات يمكن ربطها بتقارب الأنظمة القانونية، ووحدة اللغة والدين ناهيك عن التوجهات الاقتصادية².

ومن بين النتائج التي يمكن أن تترتب عن توحيد الجهة القضائية أو التحكيمية المنوط بها توحيد تفسير الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تتضمن القواعد المادية المطبقة على علاقات التجارة الدولية وسد ثغراتها، هو ظهور معالم القانون البريتوري نتيجة اضطراد الأحكام التفسيرية في هذا المجال ليمتثل بدوره مصدرًا احتياطيًا أو مكملًا لمصادر قانون التجارة الدولية؛ وإن كان إعماله وفقًا لهذا التصور قد يتم بصفة عرضية، إلا أنّ هذا لا ينفي تأثيره المتواتر والمستمر على المحكمين باعتباره حلقة من حلقات مصادر قانون التجارة الدولية³.

¹ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص 448.

² حسني المصري، المرجع نفسه، ص 450.

³ حسني المصري، المرجع نفسه، ص 452.

المطلب الثاني: تكريس الجهود الدولية في مجال التوحيد

يسعى المجتمع الدولي إلى توحيد الحلول في مجال تنازع القوانين، وهي الغاية التي قد تكفل الكثير من التيسير على الخائضين في العلاقات الدولية، طالما أنّ التوحيد يجعلهم في مقام واحد، ويضمن لهم المعرفة المسبقة للحلول؛ وهو ما يعطي صورة حقيقية عن التكتاف والتلاحم الدولي في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تتوحد من خلالها الرؤى في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية، وهو ما يتجسد من خلال الدور المنوط ببعض الهيئات، دولية كانت أم إقليمية، والتي تسعى جاهدة لتحقيق الغاية المنشودة.

الفرع الأول: الهيئات الفاعلة في مجال التوحيد

إنّ إرساء القواعد المادية أو الموضوعية لم يكن من العدم، بل ثمرة جهود العديد من الهيئات والمنظمات سواء كانت عالمية أو إقليمية، وعلى اختلاف تركيباتها ومجالاتها، ساهمت وبشكل فعال في تنامي الفكر المادي في مجال المبادلات التجارية؛ حيث جعلت من هذه الأخيرة مجالاً للدراسة في سبيل النهوض بالوحدة العالمية، والتعاون المتبادل في الوسط التجاري؛ ولعلّ من بين أهم هذه الهيئات نجد:

أولاً- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT):

يطلق على هذا المعهد اسم " المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص " والمصطلح الدارج للدلالة عليه هو " اليونيدروا "؛ وقد تم إنشائه في روما عام 1926، ولهذا يطلق عليه أيضاً إسم " معهد روما " لتوحيد القانون الخاص تحت رعاية منظمة عصبة الأمم. وبعد سقوط هذه المنظمة باشتعال نيران الحرب العالمية الثانية، ظل هذا المعهد قائماً وتم إعادة تأسيسه عام 1940 بمقتضى اتفاقية متعددة الأطراف، وأصبح له تواجد مستقل، وهو يضم 63 دولة من شتى أنحاء المعمورة على اختلاف أنظمتها القانونية ومستوياتها الاقتصادية¹.

ويعمل المعهد مستمراً في العنصر البشري الذي يضمّ خبرات من مختلف الأنظمة القانونية على إعداد مشاريع قوانين موحدة للمسائل التي يجدها ذات أهمية في العلاقات التجارية الدولية؛ حيث يتولى اقتراح الحلول وهذا بقصد استبعاد تلك الانشقاقات والاختلافات القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية.

¹ معلومة متاحة عبر الموقع <https://www.unidroit.org> زيارة بتاريخ 2019/10/18 في حدود الساعة 15:20.

كما يتولى المعهد وضع بعض المبادئ العامة التي تتضمن أصول علمية موحدة لأهم المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، مع إحاطتها بتعليقات يتم نشرها في كتب خاصة، لتكون في متناول المهتمين.

من بين أهم أعمال المعهد، مشروع قانون التحكيم الموحد لسنة 1954، الذي قُدّم إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، وتمخّض عنه في عام 1958 صدور اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي ساهمت إلى حد بعيد في بعث الروح بين المتعاقدين في المجال الدولي بتبني القواعد المادية¹.

ويمكن القول أنّ هذه المشاريع ساهمت إلى أبعد الحدود في تنظيم العلاقات التعاقدية، حيث أوضحت قانوناً للعقد، كما كان لها دور فاعل في إحداث إصلاحات تشريعية تتلاءم والتطورات الراهنة.

ثانياً- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL):

تُعدّ بمثابة هيئة حكومية، تهدف هي الأخرى إلى إيجاد تنظيم فعال لتوحيد قانون التجارة الدولية؛ حيث نادى أهم عضو في اللجنة وهو الأستاذ Clive Schmitthoff المتخصص في التجارة الدولية إلى ضرورة توحيد قواعد هذه الأخيرة على المستوى الدولي وذلك في الندوة التي نظمتها الجمعية الدولية للعلوم القانونية سنة 1962 في لندن بتشجيع وتدعيم مالي من منظمة اليونسكو، والتي عرفت مشاركة ترسانة من الأساتذة المختصين؛ حيث خلصت إلى جملة من الأعمال تم إصدارها في كتاب تحت عنوان " مصادر قانون التجارة الدولية " سنة 1964².

هذا واجتمعت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 17 ديسمبر 1966، أين أصدرت قراراً بإنشاء لجنة اليونسيترال وهي تسمية مقتبسة من الحروف الأولى للتسمية باللغة الإنجليزية United Nations Commission on International Trade Law، حيث ضمت اللجنة عند تكوينها 29 دولة عضو، منها سبعة دول إفريقية، وخمس دول آسيوية، وأربع دول من أوروبا الشرقية، وخمس دول من أمريكا اللاتينية، وثمان دول من غرب أوروبا ومن دول أخرى منها الولايات المتحدة الأمريكية. حيث تعمل اللجنة على تنمية التعاون فيما بينها بهدف زيادة إقبال الدول على الانضمام، بالإضافة إلى البحث عن أفضل الوسائل

¹ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 65-66.

² محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 7.

والميكانيزمات لضمان وحدة التفسير، وتطبيق الاتفاقيات الدولية؛ إلى جانب جمع المعلومات عن مختلف التشريعات التجارية الوطنية ونشرها بغرض استظهار الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في مجال قانون التجارة الدولي¹. وكانت اللجنة قد جسدت أولى اجتماعاتها سنة 1968 في نيويورك، أين عاجلت عدة موضوعات تتلخص في : البيع التجاري الدولي، التحكيم، النقل، التأمين والوفاء بالديون الدولية عن طريق الأوراق التجارية والاعتمادات المصرفية، الملكية الذهنية، تحريم التفرقة بين الدول في القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، التمثيل التجاري، التصديق على الوثائق في مجال التجارة الدولية، طرق الوفاء بالديون الدولية²؛ كما كرست اللجنة العديد من الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية³.

وتماشيا مع العصرية اهتمت اللجنة بالمسائل المتعلقة بالتجارة الدولية الإلكترونية، حيث أعدت قانونا نموذجيا في سنة 1996 ينطبق على كل نوع من المعلومات، يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية دولية⁴.

ثالثا- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED):

هو بمثابة هيئة أممية تعنى بقضايا التنمية والتجارة الدولية، أنشأ في الثلاثين من شهر ديسمبر سنة 1964، مقره جنيف، ويضم 194 دولة عضو؛ وهو يعمل على مساعدة الدول النامية للاندماج في الاقتصاد العالمي عن طريق تهيئة المناخ للاستثمار وتحسين القدرة التنافسية، بالإضافة إلى تشجيع التحاور

¹ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 66.

² محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 07-08.

³ يمكن أن نلخص أهمها في :

* اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع، نيويورك سنة 1974، والبروتوكول المعدل، فيينا سنة 1980.

* اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978 في هامبورغ والمعروفة بقواعد هامبورغ.

* اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

* النظر في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والتي لم تنبع عن عمل اللجنة.

* القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في جوان 1985.

* اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفائح (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية التي أقرتها اللجنة في اجتماعها المنعقد في فيينا بتاريخ 14 أوت 1987.

* الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشبيد المنشآت الصناعية حسبما أقرته مجموعة العمل التي انعقدت في نيويورك شهر أبريل 1987، والتي أقرتها اللجنة في 14 أوت 1987 بفيينا.

أنظر في ذلك : محمود سمير الشرفاوي، المرجع نفسه، ص 09.

⁴ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 68.

بين مختلف الأطراف المعنية؛ حيث أنه في سنة 2016 قام بتنفيذ قرابة 30 برنامج، يضم 232 مشروع في 145 دولة من بين الدول الأقل نمواً¹.

رابعاً- اللجنة البحرية الدولية (CMI):

هي بمثابة منظمة دولية غير حكومية، مقرها Anvers البلجيكية، تأسست سنة 1897، بعدما كانت مجرد جمعية في سنة 1896؛ وهي تعمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي، وإعداد مشاريع القوانين والاتفاقيات في مجال التجارة الدولية. حيث أنه وفي مؤتمر اللجنة المنعقد في أنفارس Anvers سنة 1947، اقترح السيد James Paul Govare إنشاء محاكم دولية تسهر على ضمان التطبيق والتفسير الموحد للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالشؤون البحرية من طرف الدول².

خامساً- غرفة التجارة الدولية (CCI):

يعود تاريخ إنشاء هذه الغرفة إلى المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بمدينة Atlantic City بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1919؛ حيث أقر هذا المؤتمر اقتراحاً بوجوب إنشاء منظمة دائمة تهتم بشؤون التجارة الدولية بعد وضع نظام لها في مؤتمر تأسسها الذي عقد في باريس في شهر جويلية من سنة 1920³.

هذا وتعتبر الغرفة أداة فعالة للتعاون بين أعضاء الجماعة الاقتصادية الدولية، حيث تعمل على إيجاد حلول للمشكلات التي تنشأ في هذا المجال والتي تدخل ضمن عمل الحكومات. فالغرفة بهذا المعنى تعبر عن مصالح المشروعات الخاصة على الصعيد الدولي؛ ومن هنا نجدتها تهتم أساساً بتسيير حركة المبادلات التجارية ومحاولة التغلب على كافة العقبات الفنية التي تعرقل حرية تداول السلع والخدمات.

ومن بين أهم الأعمال التي جسدها الغرفة هو تقنينها للعادات والأعراف السائدة في البيوع البحرية ضمن مدونة المصطلحات التجارية الدولية Incoterms، وذلك عندما أدركت وجود اختلاف في المفاهيم التي أوجدتها الأعراف التجارية؛ حيث انتهت في سنة 1935 إلى إقرار مدونة تضم تفسيراً لأحد عشرة

¹ أنظر الموقع الإلكتروني: <https://unctad.org> زيارة بتاريخ 2019/10/18 على الساعة 21h30.

² WAROT Jean, comité maritime international, revue internationale de droit comparé, vol 1, N°4 octobre-decembre 1949, p 444.

³ تفاصيل أكثر بالعودة إلى الموقع الرسمي للغرفة: <https://iccwbo.org> زيارة بتاريخ 2019/08/12 في حدود الساعة 23:12.

(11) تعبيرا تجاريا، والتي عرفت تعديلات ومراجعات متعددة تماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال الأعمال، كما نجحت الغرفة في وضع قواعد موحدة بشأن الاعتمادات المستندية، والتي عرفت تطبيق شبه عالمي في إطار العلاقات المصرفية¹.

سادسا- الاتحاد الأوروبي للفرانشيز:

هو بدوره عبارة عن منظمة دولية غير حكومية، تعمل على تشجيع نظام الفرانشيز وانتشاره وتطويره على النحو الذي يساهم في تنمية الاقتصاد الأوروبي، تأسست بمدينة بروكسل سنة 1972. من المهام الأساسية التي يسعى إلى تحقيقها هو محاولة التنسيق بين الاتحادات الإقليمية الأوروبية للفرانشيز؛ هذا وشارك في إعداد التقنين الأوروبي جميع الاتحادات والجمعيات الوطنية الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، سواء من ناحية تبادل الآراء المبدئية أو من ناحية الصياغة النهائية، أو من حيث وضع قواعد متعلقة بالتفسير وكيفية إدماج أحكامه في القوانين الداخلية للدول الأعضاء².

من خلال جسّ نبض المساعي الأوروبية في مجال التوحيد، لا بدّ من الإشارة إلى أنّ تطور الوحدة الأوروبية ونشوء السوق الأوروبية المشتركة دفع بالهيئة الأوروبية لقانون العقود (وهي هيئة غير حكومية من رجال القانون المعينين من قبل معاهد حكومية دون التزامهم بتعليمات من حكوماتهم أو أية هيئة أوروبية) إلى إعداد قواعد خاصة تتعلق بتنفيذ أو عدم تنفيذ العقود، بالإضافة إلى معالجة صحتها وتفسيرها ومضمونها وهذا منذ عام 1992؛ لتظهر أولى ثمار هذه المبادئ من خلال القسم الأول الذي تمّ نشره سنة 1995. لتليها بعد ذلك في الفترة الممتدة من سنة 1997- 2000 جهود أخرى للهيئة من خلال سنّ قواعد خاصة بشأن تعدّد الدائنين والمدينين، وحالة الدين وتحويل العقد، والمقاصة، والتقادم غير المشروع. كما أنشئت مجموعة دراسية لإعداد تقنين مدني أوروبي تحت قيادة البروفيسور " Christian von bar " من جامعة أوسنابروك (Osnabruck University) في ألمانيا، يعتمد على الدراسات المقارنة وعلى القوانين المنفذة في مراكز بحثية في ألمانيا، والنمسا وهولندا. كما أنشئت مراكز جديدة في بلدان الاتحاد

¹ تفاصيل أكثر حول مختلف صيغ Incoterms من خلال تصفح الموقع الإلكتروني: <https://www.sendcloud.fr/incoterms>

زيارة بتاريخ 2020/04/25 في حدود الساعة 19:40.

² عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2011، ص 55.

لبحث مسائل محددة في العقود كالبيع والخدمات، والفعل الضار، والاثراء غير المشروع، ونقل ملكية الاموال المنقولة؛ والتي تسعى لإدماجها ضمن التقنين المدني الأوربي¹.

وفي النطاق ذاته، وبالتعريب على المساعي العربية في مجال التوحيد نجد أنّ مجلس جامعة الدول العربية قرر بتاريخ 1974/04/13 تشكيل لجنة من خبراء يتولون إعداد قانون مدني عربي سُمّي لاحقاً بقانون المعاملات المالية الموحد. وقد تم انجازه على مرحلتين، المرحلة الاولى تمت في القاهرة من 1974 حتى 1978، والمرحلة الثانية في تونس بعد نقل الجامعة العربية إلى تونس؛ وكانت في الفترة ما بين ديسمبر 1980 و ديسمبر 1988 حيث خلصت بإنجاز المشروع.

غير أنّنا لا نجد تفسيراً لعزوف قضاء التحكيم بصفة خاصة إلى الأخذ بقواعد مشروع المعاملات المالية الموحد بعدّه يمثل مبادئ عامة للقانون عند تعذر الوصول الى نص موضوعي يحسم النزاع في القوانين المدنية العربية، ورغم أن مثل هذه الخطوات قد وجدت دعماً قوياً جعل من دول أوربية متناثرة اتحاداً أوربياً؛ إلا أنّها في بلادنا العربية تبقى مجرد مشروعات رغم قيمتها العلمية والفقهية الكبيرة².

الفرع الثاني: طرق وأساليب التوحيد

تعددت طرق وأساليب وضع القواعد المادية لعقود التجارة الدولية، فمنها ما كان عن طريق وضع شروط عامة، ومنها ما كان عن طريق إعداد قوانين نموذجية، ومنها ما كان عن طريق جمع العادات والأعراف التجارية، ومنها ما تم في ظل تكريس الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

أولاً- وضع شروط عامة:

يقصد بالشروط العامة تلك الشروط التي يتفق عليها مجتمع التجار بخصوص سلعة معينة، وفي حيّز جغرافي معين، حيث تعدّ هذه الشروط بمثابة قواعد مادية تعمل على تنظيم الأنشطة والعقود التجارية كبديل عن القواعد الوطنية؛ وهي تستمد طبيعتها الإلزامية من اتفاق الأطراف على الأخذ بها.

¹ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 66.

² أحمد مهدي صالح، المرجع نفسه، ص 66-67.

هذا ويجوز لأصحاب الشأن في هذا المجال إدخال ما يروونه مناسباً على هذه الشروط، بما يتلاءم وطبيعة العقد التجاري الدولي، شريطة ألا يكون من شأن هذه التعديلات أن تحدث تغييراً في مضمون هذه الشروط¹. ونتيجة لاطراد الأفراد على الأخذ بهذه الأخيرة، أضحيت بمثابة عادات دولية أسهمت بدورها في تكوين قواعد عرفية يُستعان بها في حكم المعاملات التجارية الدولية.

ثانياً- إعداد القوانين النموذجية:

تتولى الهيئات الدولية إعداد مشاريع القوانين التي تخصّ مسائل التجارة الدولية، وهذا حتى يتسنى للدول خاصة تلك النامية منها الأخذ بها عند تشريع قوانينها الداخلية المتعلقة بالجانب التجاري. وتعدّ هذه الطريقة من أهم وسائل توحيد القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية، كون أنّ إعدادها لا يستغرق وقتاً طويلاً، كما أنّها غير مرهونة بانضمام عدد معين من الدول، ضف إلى ذلك ميزتها المرنة، بحكم مراعاتها مصالح مختلف الأطراف؛ لعلّ هذا ما يجعلها تحوز في بعض الفروض مرتبة أسمى من الاتفاقيات الدولية، باعتبار أنّ هذه الأخيرة يستغرق صياغتها وقتاً طويلاً، كما يتوقف نفاذها في الدولة إلى ما بعد التصديق عليها.

وما يعاب على هذا الأسلوب هو ما تضمّنه من شروط مجحفة بحق بعض الأطراف، كون الدول المتقدمة غالباً ما تستقل بوضعها لتختار ما يخدمها من شروط على حساب الأطراف. ولعلّ من بين أهم القوانين النموذجية تلك التي وضعتها لجنة الأونستيرال بشأن التحكيم التجاري الدولي عام 1985، والتجارة الإلكترونية عام 1996، والتوقيع الإلكتروني لسنة 2001.

ثالثاً- جمع العادات والأعراف التجارية:

تُعدّ العادات والأعراف التجارية عاملاً مساعداً للمتعاملين الناشطين في مجال التجارة العابرة للحدود، حيث تتولى الهيئات الدولية الغير حكومية مهمة جمعها. فنجد في هذا السياق أنّ غرفة التجارة الدولية بباريس تولت مبادرة جمع الأعراف بشأن البيوع البحرية تحت عنوان "قواعد الأنكوترمز" والتي سبقت الإشارة إليها؛ حيث أخذت بها غالبية الدول وقننتها كقواعد قانونية في تشريعاتها الداخلية.

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، المرجع السابق، ص 31.

رابعاً- التوحيد الاتفاقي الاقليمي:

قد تعتمد في العديد من الحالات بعض الدول إلى توحيد القواعد المادية في مجال المعاملات الخاصة الدولية، وهذا بحكم الروابط السياسية والاقتصادية والتاريخية التي تجمع فيما بينها، وهو ما يطلق عليه أهل الاختصاص أحيانا بالتوحيد الإقليمي. وبالتعريب على بعض صوره نجد:

01 - اتحاد الدول الإسكندنافية:

ويعرف أيضا تحت اسم الاتحاد الشمالي، والذي يشمل كل من دول الدنمارك وفنلندا، وإسكلندا، والنرويج والسويد¹. وإن كانت هذه الدول تظهر ككتلة واحدة، فإن ذلك يعود بالتحديد للروابط الجغرافية والاجتماعية التي تجمعها، بل في بعض الحالات حتى من خلال الروابط التاريخية التي تركت بصمتها وهذا منذ عهد الفايكينغ " Viking " ²؛ وهو ما أسهم في ترسيخ قيم التعاون في مجال توحيد القوانين بالرغم من اختلاف التوجهات القانونية، على اعتبار أنّ القانونين النرويجي والدانماركي بدأ متأثرين بالمنهج القانوني الإنجليزي، في حين أنّ القانون السويدي يرتبط ارتباطا وثيقا بالمنهج الأوربي خاصة الألماني، شأنه في ذلك شأن القانون الفنلندي. ولقد تجسدت مساعي التوحيد في المجال التجاري منذ سنة 1880، أين عمدت الدول إلى توحيد نظام الأوراق التجارية، لتتوالى الجهود فيما بعد من خلال توحيد نظام السجل التجاري، والمحلّ التجاري، والوكالة التجارية وعقد التأمين، وأحكام العقود³.

¹ في حين أنّ مصطلح " الدول الإسكندنافية " يقتصر على ثلاث دول وهي: الدنمارك والنرويج، والسويد.

أنظر في ذلك:

SIMOULIN Vincent, L'union européenne au regard des pays nordiques, les études du - CERT-, N° 66, juin 2000, p 02.

متوفر عبر الموقع: <https://www.sciencespo.fr/ceci/sites/sciencespo.fr/ceci/files/etude66.pdf> زيارة بتاريخ 2020/11/27

في حدود الساعة 17:42.

² SIMOULIN Vincent, op cit, p 02.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 326.

02 – إتّحاد دول البينيلوكس " Benelux " :

وهو الإتحاد الذي يضم كل من دول هولندا، بلجيكا، ولوكسمبورج؛ ترسخت معالمه بتاريخ 05 سبتمبر 1944¹، حيث ساعد التماثل الذي يميز القوانين المدنية لهذه الدول والمتأثر إلى أبعد الحدود بالقانون الفرنسي إلى توحيد العديد من أحكام البيع، وهذا برعاية لجنة البينيلوكس التي تتولى إعداد مشاريع القوانين وعرضها على برلمانات دول الإتحاد، وهذا بعد أخذ رأي المجلس الاستشاري البرلماني المشترك².

03 – مؤتمر هافانا ودول الإتحاد الأمريكي:

وهو المؤتمر الذي انعقد سنة 1928 بين دول الإتحاد الأمريكي عدا الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نجح في توحيد الكثير من الحلول في مجال تنازع القوانين، علاوة على بعض المسائل الأخرى المتعلقة بالجنسية المكتسبة، وتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية³.

خامسا- الاتفاقيات الدولية:

تعد الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الاطراف من بين السبل التي تهدف لترسيخ القواعد المادية أو الموضوعية، حيث تتولى هذه الاتفاقيات معالجة العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل في نطاقها فحسب، دون أن يمتد ذلك للعلاقات التجارية الداخلية؛ لتسمح بذلك للدول بالاحتفاظ بتشريعاتها الداخلية على العلاقات التي لا تخضع للاتفاقية.

غير أن هذه الاتفاقيات بالمقابل قد تتضمن في بعض الحالات بُنداً يلزم الدول المصادقة عليها بإدخالها في قانونها الوطني، لتصبح جزءاً من نظامها القانوني؛ فتخضع حينها العلاقات في هذا المجال لقانون موحد بصرف النظر عن كونها وطنية أم دولية⁴، كما تكتسي طابع الإلزام مالم تبدي الدول تحفظاً معيناً بخصوص بعض الأحكام.

¹ مزيد من التفاصيل بالعودة إلى الموقع: <https://gouvernement.lu/fr/dossiers/2018/benelux.html>

زيارة بتاريخ 2020/10/23 في حدود الساعة 11:25.

² محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 327.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 327.

⁴ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، المرجع السابق، ص 33.

وإن كان للاتفاقيات ذلك الأثر الإيجابي في توحيد قواعد التجارة الدولية لحكم المنازعات التي تثار بصددها، فإن الحاجة لتفسير نصوص الاتفاقية في العديد من الحالات يُعدّ الشغل الشاغل لأطراف العقد الدولي كونه قد يخون توقعاتهم وأهدافهم¹.

فاتفاق مجموعة من الدول على قواعد مادية في اتفاقية معينة، لا يعني بالضرورة توحيد تطبيق نصوص هذه الاتفاقية على نحو كامل بين جميع الدول الأعضاء؛ حيث قد تختلف هذه الدول في تفسير العديد من النصوص القانونية لهذه الاتفاقية، الأمر الذي قد يترتب عنه اختلاف تطبيق هذه النصوص بين الدول الأطراف. وفي سياق التحليل نجد أنّ الواقع العملي أثبت في العديد من المناسبات تأثر القاضي الوطني بنظامه القانوني عند إعمال نصوص الاتفاقية²، فإذا اختلفت الأنظمة القانونية المنظمة للنص محل الخلاف، سيؤدي ذلك حتماً إلى اختلاف نتيجة تطبيقه بين الدول الأعضاء، وبالتالي التأثير سلباً على توحيد العمل بهذه النصوص³.

¹ فتوحيد القواعد القانونية لا يكفي، ما لم يرتبط به توحيد تفسير نصوصه، وهو الهدف الذي أوشكت على تحقيقه غرفة التجارة الدولية عند صياغتها لقواعد الأنكوتيرمز سنة 1980، وهي المصطلحات التي يتم مراجعتها من حين لآخر بشكل يضمن لها الواقعية، والشمول للمعاني؛ حيث يلحظ المتأمل فيها أنها عبارة عن قواعد مادية رضائية، فهي غير ملزمة للأطراف ما لم يتفقوا على خلاف ذلك. وبالتالي فمصدر الالتزام بها هو إرادة الأطراف لا القواعد ذاتها.

فوجد أنّ بعض التشريعات الوطنية أشارت إلى ذلك؛ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 88 من قانون التجارة المصري على أنه: " تسري على البيوع التجارية الدولية أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن هذه البيوع والنافذة في مصر وكذلك الأعراف السائدة في التجارة الدولية والتفسيرات التي أعدتها المنظمات الدولية للمصطلحات المستعملة في تلك التجارة إذا أحال إليها العقد "

أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 61.

² محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2012، ص 38.

³ نسوق مثالا في ذلك، التوجيهات التي تضمنتها اتفاقية الاتحاد الأوروبي والتي تقضي بضرورة أن يتعامل التاجر مع المستهلك على نحو لا يتعارض مع ما تقتضيه متطلبات حسن النية، دون أن تشير هذه التوجيهات إلى معايير ومرجعية تطبيق هذا المبدأ؛ وأحالت إلى المحاكم الوطنية لدول الاتحاد الأوروبي سلطة تطبيق هذا المبدأ على العقد محل النزاع. غير أنه لدى البحث في تنظيم القانون المقارن لمبدأ حسن النية نجد الاختلاف واضحاً في معايير وأسس تطبيقه بين دول الاتحاد الأوروبي، حيث توسع النظام القانوني الألماني كثيراً في تطبيقه لهذا المبدأ معتبراً إياه يشمل المرحلة السابقة للتوقيع على العقد، والتي يلتزم فيها البائع بإعلام المستهلك بكافة البيانات والشروط التي تنظم العلاقة التعاقدية، مع توضيح الآثار القانونية الناتجة عن هذه الشروط إن كان لها تأثير على رضا المستهلك. في المقابل، لم يأخذ النظام القانوني الإنجليزي بهذا التوجه، حيث اكتفى بمراقبة التوازن العقدي الناتج بين أطراف العقد في مرحلة تنفيذه، من خلال التأكد من معقولية البنود التعاقدية ككل. وهو ما يؤدي في الأخير إلى التباين في الحلول بين الدول الأطراف في الاتحاد.

أنظر في ذلك: محمود فياض، المرجع نفسه، ص 39.

فتوحيد الأحكام الموضوعية وإن كان يرمي إلى فض ظاهرة التنازع في مهدها إلا أنه لم يحل دون قيامه في فرضية التفسير، وهو التنازع الذي يقتضي تجاوزه الرجوع مرة أخرى لقواعد الإسناد في دولة القاضي¹.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه إلى اعتبار الاتفاقيات الدولية من قبيل أعمال السيادة، بحيث لا يجوز للقضاء بالغوص في تفسيرها. حيث أشار أنه في حال اتضح للمحكمة المعنية أنّ النص الذي تريد إعماله على واقعة ماثلة أمامها يشوبه الغموض على نحو لا يتيسر معه تطبيقه على هذه الأخيرة، فيستوجب عليها إخطار وزارة الداخلية الفرنسية، باعتبارها الجهة المنوطة بإبرام الاتفاقيات الدولية، وبالتالي فهي تعدّ بمثابة المرجع للمسائل المتعلقة بها. ولعلّ الغاية من ذلك تكمن في أنّ إطلاق العنان لسلطة القاضي في التفسير قد يؤدي في الغالب من الفروض إلى الخروج عن القصد المشترك للدول المتعاهدة²، وهو ما قد يبرر ذلك التوجه في مجال التحكيم التجاري الدولي المنادي بتشكيل محكمة استئناف عالمية تتولى مهمة التدقيق في أحكام التحكيم الدولية³.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 255.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدول الخاص العربي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 333.

³ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 66.

الفصل الثاني

البعد القانوني لإعمال المنهج المادي ومدى نجاعته في فض مسألة التنازع

إنّ المقدمات التي سيقّت في شأن القواعد المادية من خلال الوقوف على طبيعتها، ومصادرها ودوافع تبنّيها لا تعدو أن تكون محطة من محطات البحث التي يعنى بها المنهج المادي الذي يستأثر بقدر من الخصوصية، على اعتبار أنّه وليد الوسط التجاري. في حين أنّ الوقوف على كيفية إعمال هذا المنهج، وآفاق تجسيده حتمية لا مفرّ منها، سيما أنّها تجسّد البعد القانوني والعملي للدراسة على حدّ سواء. فتشعب المواقف وتباعد الرؤى الدولية في شأن القواعد المادية وإن كان يحمل في طياته من الدلالات ما يوحي بالسّلاسة في التطبيق، إلاّ أنّ تأكيد الفرضية لا يتأتى بتخلّف البحث في الدور المنوط بالهيئات القضائية على النطاق الدولي في شأن تفعيل القواعد المادية، والبحث في مدى استقلالية هذه الأخيرة في فكّ عقدة التنازع في القوانين.

المبحث الأول: أهمية القضاء الدولي في إرساء القواعد المادية

تعمل القواعد المادية على إرساء حلول واقعية وتوافقية في شأن النزاعات التي تطال عقود التجارة الدولية، وإن كان القضاء يستأثر بإعمال قواعد الإسناد، كونها القواعد التي يتضمّن نظامه القانوني، والتي يضيف من خلالها بعض المرونة على الروابط التجارية من خلال احترامه لحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ فإنّ تعامله مع القواعد المادية لا يرقى لنفس درجة الاستثثار، غير أنّه حتمية تستوجب مراعاتها واحترامها ووقفا عند مقتضيات الحياة التجارية، وتكريسا لمبدأ التعاون الدولي. وعليه فإنّ الدور المنوط بالهيئات القضائية الدولية، وتحديدًا بالقاضي أو المحكّم يُعدّ عنصرا محددًا في إرساء معالم الأمن القانوني في مجال الروابط التجارية الدولية؛ ما يستوجب منّا الوقوف على جهود القضاء في إرساء القواعد المادية، علاوة على بحث أهمّ المعوقات التي تعترض مسار الإعمال هذا.

المطلب الأول: إسهام آلية التحكيم في تكريس المنهج المادي

قبل الخوض في أبعاد العلاقة التي تجمع بين التحكيم ومنهج القواعد المادية، لا بدّ من الإشارة إلى ما يعبر عنه بمصطلح قابلية التحكيم أو جوازية التحكيم؛ على اعتبار أنّ مسألة اللجوء للتحكيم من عدمه تخضع للمعايير التي يرسمها القانون¹.

في هذا الإطار نصت المادة 1006 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنّه: " يمكن لكلّ شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم "

من هذا المنطلق، يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الواسع، المفضي بإمكانية إخضاع النزاعات المرتبطة بالمسائل المالية للتحكيم، مستثنياً بذلك المسائل الكلاسيكية في صورة حالة الأشخاص وأهليتهم، في حين تبقى مسألة النظام العام في خانة التأويلات في ظلّ تناثر مدلوله.

الفرع الأول: تنامي دور التحكيم في مجال الروابط التجارية الدولية

ليس التحكيم بالظاهرة القانونية الحديثة، وإنما هو نظام قديم يضرب بجذوره في بطون التاريخ، إذ اكتسب طابعاً تجارياً في العصر الوسيط، ليفقده في القرنين السادس عشر والسابع عشر تحت طائلة الحروب التي استعرت بين كبار الدول في تلك الفترة، لكن سرعان ما استعاد هيئته مع مطلع القرن العشرين، وما بات يتطور كوسيلة قانونية لفض النزاعات الدولية حتى سمي " بالتحكيم التجاري الدولي "².

ودون الخوض في المدلول اللغوي للتحكيم الذي قد يحمل في طياته عدّة معاني، فإنّ التحكيم في شقه العملي يراد به ذلك النظام القضائي الخاص الذي يختار فيه الأطراف وإرادتهم قضاتهم، فيخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية، أو غير العقدية وفقاً لمبادئ وأحكام القانون والعدالة، بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع³.

¹ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 27.

² حسني المصري، المرجع السابق، ص 02.

³ لهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، سنة

2012، ص 16.

هذا ولا يزال موضوع التحكيم في القانون الدولي الخاص حتى اليوم يُطرح على طاولة المفاوضات والاتفاقيات وعلى جدول أعمال المنظمات الدولية؛ فقد أقدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (إنسترا) على وضع قواعد للتحكيم أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 ديسمبر من عام 1976؛ ثم وضعت اللجنة نفسها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 21 جوان 1985، وأوصت الدول الأعضاء أن تتبني هذا النظام في تشريعاتها الوطنية بهدف تحقيق وحدة التشريع على النطاق الدولي¹.

ولقد كان لتعاظم شأن التحكيم في القانون الدولي الخاص، وللجهود الدولية المبذولة في تطوير قواعد التحكيم التجاري أثرًا هامًا وواضحًا في تعديل التشريعات الوطنية للعديد من الدول.

أولا - طبيعة التحكيم والعلاقات التجارية الدولية

من خلال التمعّن في مفهوم التحكيم، يمكن أن نلاحظ تلك الميزات التي تكشف عن الطبيعة الإنشائية للتحكيم المستمدة من طابعه العقدي، باعتبار التحكيم وليد اتفاق الأطراف؛ علاوة على الطبيعة القضائية التي يُجسدها حكم التحكيم²؛ وهو ما يجتّم علينا الوقوف على مختلف الآراء التي حيكت بهذا الخصوص.

= نجد أيضا تعريف آخر في نفس السياق:

« L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ».

JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, p 372.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 261.

² غير أنه وبالرغم من ذلك يبقى أن نشير إلى أنّ هذا التعريف لا يحيط بحقيقة التحكيم كاملة، فالتحكيم قد لا يتولّد من اتفاق التحكيم، بل قد يجد أساسه في نص قانوني يوجب على الأطراف حسم النزاع الذي ينشأ بينهم بطريق التحكيم، وهو ما يطلق عليه بمصطلح " التحكيم الإجباري "؛ كما هو الشأن بالنسبة لبعض نزاعات القطاع العام. كما أنّه وعلى صعيد آخر إن كان يستشف من خلال التعريف أنّ الأصل في التحكيم هو اختيار المحكمين من طرف الأطراف عن حرية وقناعة، فالفرضية ليست بالقطعية، إذ قد يضطر أحد الأطراف اللجوء للقضاء بُغية تعيين محكم عن الطرف الذي تخلف عن الاختيار. ومن جهة أخرى فإنّ حرية الخصوم في اختيار المحكمين والتي تعدّ من المسائل المألوفة في الحالات الخاصة، قد تتقلّص متى تعلّق الأمر بمراكز التحكيم، حيث تتولى هذه الأخيرة وضع قوائم المحكمين. هذا وتجدر الإشارة أنّ حرية الأطراف في مجال التحكيم تبقى رهينة النطاق الذي يبيح لهم ذلك؛ ومن ثمّ لا يجوز لهم اللجوء للتحكيم فيما جاوز هذا النطاق من المسائل التي تثور بشأنها المنازعات.

حسني المصري، المرجع السابق، ص 04.

01 - الطبيعة الاتفاقية للتحكيم (النظرية العقدية):

يرتكز هذا التوجه على مبدأ سلطان الإرادة، إذ يُكَيّف التحكيم كظاهرة تعاقدية، يستمد المحكم فيها ولايته من إرادة الخصوم؛ وهو ما يعدّ خروجاً عن الأصل في هذه الحالة؛ ما قد ينقاد بنا إلى حدّ التسليم بأنّ القوة التنفيذية لحكم التحكيم ما هي سوى انعكاس لهذه الإرادة، فالحكم والاتفاق كلّ لا يتجزأ¹.

وكانت محكمة النقض الفرنسية مساهمة لهذا التوجه في قرارها الصادر في شهر جويلية من سنة 1973، والذي أشارت من خلاله بأنّ: " قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكوّن وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية"²؛ وهو ما يعدّ انعكاس حقيقي لجوهر النظرية، فاتفاق التحكيم يُخرج النزاع من ولاية القضاء ليسنده للمحكم، ناهيك على أنّ ذات الاتفاق كفيل بتعيين المحكم وتحديد ولايته والاجراءات المتبعة أمامه. غير أنّ النظرية بوجهها هذا تكون قد أهملت الوظيفة القضائية للمحكم والتي تعدّ عنصراً فعّالاً.

02 - الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية):

لم تتجاهل هذه النظرية سابقتها، بل سايرتها في اعتبار اتفاق التحكيم نواة التحكيم وأساس وجوده، إلاّ أنّها حرصت في ذات الوقت على عدم إهمال الغرض والهدف الذي وجد من أجله هذا الاتفاق، والمتمثل في الحصول على الحماية القضائية وحسم النزاع القائم بين الأطراف؛ ليجسّد بالتالي نفس الأهداف التي يتطلع إليها قضاء الدولة، وهي إرساء حكم عادل مستوفي لشروطه الاجرائية والشكلية والموضوعية³. وبهذا الشكل يكون ذات التوجه قد صبّ تركيزه على مسألة إلزامية القضاء للخصوم متى انبثق عن اتفاقهم؛ ليشكل بذلك صورة من صور العدالة التي تمارسها الدولة، من خلال الترخيص للأطراف باللجوء للتحكيم لتوافره على مقومات العمل القضائي.

¹ لهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2010، ص 18.

² لهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص 18.

³ لهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص 20.

03 - الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية الثنائية المختلطة):

حاولت هذه النظرية صياغة توجه أكثر واقعية وأكثر اعتدال وهذا من خلال التوفيق بين النظريتين السابقتين، فهي تقوم على أساس التوازن بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم. إذ نجد بأنّ للتحكيم طبيعة مركبة ذات وجهين، تعاقدية يجد أساسه في اتفاق التحكيم الذي يُنشئه، وقضائية يُستمدّ من حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع¹؛ وهو ما يكرس التفرقة القائمة بين العلاقات التعاقدية البحتة، والعلاقات القانونية والإجرائية والقضائية.

ويمكن القول بأنّ نظرية الطبيعة المركبة وجدت ضالتها من خلال الانتقادات التي أعقبت النظريات السابقة، فجعلت التحكيم يأخذ موقفا وسطا، إذ يبدأ تعاقديا من خلال اتفاق الأطراف، وينتهي قضائيا بصدور الحكم.

04 - الطبيعة الاستقلالية للتحكيم:

من خلال استطلاع النظريات السابقة، نجدها حاولت الربط بين الاعتبارات التعاقدية والاعتبارات القضائية لتبرير طبيعة التحكيم؛ فالمقاربات التي حاكتها هذه النظريات من خلال الاستناد على القضاء الداخلي والمغلاة في سلطان الإرادة جعلتها تغفل عن مميزات التحكيم كوسيلة قانونية مستقلة؛ وهو ما تمّ السعي لتداركه في هذا المجال من خلال المناداة باستقلالية التحكيم، وهذا لاعتبارات عديدة في طبيعتها التسليم بأنّ العقد ليس بجوهر التحكيم، فهو لا يعدو أن يكون مجرد أداة ترمي لتحقيق العدالة التي يتطلع إليها الخصوم؛ ضف إلى ذلك أنّ التحكيم هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وبنائه عن القضاء وإن كان يمشي موازيا له².

ثانيا - مزايا التحكيم وانعكاساتها على التجارة الدولية:

في خضم ازدياد حجم المبادلات التجارية وتوسيع دائرة العلاقات التجارية، ظهرت الحاجة للتحكيم لا سيما في ظل افتقار الساحة الدولية لقضاء دولي مختص في المنازعات الناشئة على المعاملات التجارية؛ فرجحان كفته عن القضاء العادي ليس انتقاصاً من قيمة هذا الأخير الذي يبقى محتفظاً بهيبته كأحد

¹ لهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 21.

² لهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص 23.

سلطات الدولة الحديثة، وإنما ضرورة فرضتها حاجات المجتمع الدولي، وهذا من خلال إرساء حلول تتجاوب وخصوصية مشاكل التجارة الدولية. فمزايا التحكيم وخصائصه لا تعدو أن تكون مجرد عوامل تساهم بشكل أو بآخر في انسياق الفاعلين في المجال التجاري الدولي نحو اعتناق هذه الآلية؛ ولعل من أهم هذه الميزات نجد:

01 - تسريع وتيرة فض المنازعات:

يساهم التحكيم في توفير الوقت خاصة وأن الأطراف يمكنهم الاتفاق على ميعاد قصير للتحكيم، وهذا بخلاف الإجراءات المعمول بها في المسالك القضائية الوطنية والتي غالباً ما يكون البطء سيمتها الأساسية. ولعلّ بعض لوائح هيئات التحكيم تلزم المحكم بميعاد محدد من أجل الفصل في النزاع، وهو ما تُجسده اللائحة الموحدة لهيئة الإيكان ICANN والتي تعنى بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تسجيل المواقع الإلكترونية؛ بحيث تلزم المحكم بإصدار حكم خلال مدة زمنية لا تتجاوز الستون 60 يوماً من تاريخ تقديم طلب التحكيم¹. كما نص كل من قانون التحكيم الأردني الجديد في مادته (37/أ) وقانون التحكيم المصري في مادته (1/45) على ضرورة مراعاة هيئة التحكيم في إصدارها للحكم المنهي للخصومة في الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حال تخلف مثال هذا الاتفاق وجب على الهيئة أن تصدر الحكم خلال مدة أقصاها اثني عشر شهراً (12) من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. غير أنه يجوز لهيئة التحكيم تمديد الميعاد بـ (12 شهر بالنسبة للتشريع الأردني)²، و (06 أشهر بحسب المادة " 45 ")، هذا ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد عن ذلك³.

02 - توفير الكفاءة لدى المحكمين:

يتمتع أطراف العلاقة في مجال التحكيم بإمكانية انتقاء وبمحض إرادتهم أحسن المحكمين ممن يجوزون خبرة قانونية، أو خبرة في مجال تجاري معيّن أو صنف معيّن من البيوع؛ بحيث لا يكون لأحدهما أفضلية

¹ إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009، ص 40.

² أنظر في ذلك المادة 37/أ من قانون التحكيم الأردني المتوفرة عبر الموقع:

<http://www.adaleh.info/Art.aspx?Typ=2&Id=1184>

³ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة - مصر، سنة 2006، ص 181.

على الآخر، بل بعكس ذلك يتم الانتقاء على أساس المساواة. وكان قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كرس الطابع الاتفاقي لتعيين المحكمين وتحديد عددهم¹.

وقد تواتر القضاء الفرنسي على تأكيد هذه الطبيعة الاتفاقية، ولعلّ من بين أهمّ القرارات في هذا الشأن نجد القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية) في 13 أبريل 1972 بخصوص قضية Galeries Lafayette².

هذا ولم تكن التشريعات العربية ببعيدة عن نهج سابقها، فنجد أنّ المشرع الجزائري أكد من خلال نص المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ على إمكانية التعيين الإرادي للمحكمين³؛ كما حرص المشرع المصري من خلال نص المادة 15 من قانون التحكيم المصري على حرية الأطراف في اختيار المحكمين شريطة أن يكون عددهم وترا. في حين أن قانون التحكيم الفلسطيني في مادته الثامنة وإن لم يشر لمسألة التعداد الوتري للمحكمين إلا أنه أشار إلى مراعاة إرادة الأطراف في مسألة الاختيار⁴.

والملاحظ من خلال استقراء هذه المواد أنّ غالبية التشريعات المقارنة حدت إلى التسليم بحرية الأطراف المتعاقدة أو المتنازعة في اختيار هيئة التحكيم أو المحكم، على أن يكفل هذا الاختيار مقدارا من الدقة والتمنّن والتريث بغية الوصول إلى انتقاء أنسب وأكفأ المحكمين.

¹ أنظر في ذلك المواد 11 و 10 من قانون اليونسترال المتاح عبر الموقع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf>

كما أنّ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي أشارت من خلال نص المادة 15 إلى أنّ: " تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد ".

أنظر في ذلك: إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، سنة 2009، ص 19.

² قرار متوفر عبر الموقع: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006986725>

زيارة بتاريخ 2019/09/16 في حدود الساعة 11:08 .

³ المادة 1041: " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم أو شروط عزلهم أو استبدالهم ".

⁴ إلهام عزام وحيد الخراز، المرجع السابق، ص 18.

03 - التحكيم يكفل المساواة بين الخصوم:

علاوة على المساواة التي خلصنا إليها في النقطة الأخيرة والتي تتجسد من خلال تفعيل إرادة الأطراف في اختيار المحكم، نجد أنّ التحكيم التجاري يمكن أطرافه من إبداء وجهات نظرهم بصورة متكافئة؛ وهو ما لا يمكن أن يتجسد إلا من خلال تفعيل مبدأ الجاهية. ويفهم ذلك من نص المادة 1056 من ق.إ.م.إ الجزائر التي جعلت من عدم مراعاة مبدأ الجاهية سببا من أسباب الطعن في القرار التحكيمي¹؛ بحيث لا تجسد هذه المساواة سوى المعالم التي رسمتها إرادة الأطراف، والمبادئ الأساسية للخصومة التحكيمية.

ولعلّ تكريس المساواة هو منطق يفرضه طابع الحياد الذي يتّسم به التحكيم، حيث يتجرد من خلاله من أي دوافع أو مصالح شخصية تكون سببا في إعاقة مسار التحكيم، وإهدار حقوق الأطراف².

04 - ضمان السرية:

بخلاف القضاء الذي يأخذ مسار العلنية، فإنّ الأطراف في سياق التحكيم يتعدون عن ما يعرف بكشف الأسرار أمام القضاء، إذ يعمل التحكيم على تحصين الأسرار المهنية بمختلف أوصافها، تقنية كانت أو اقتصادية أو غيرها³؛ بل أكثر من ذلك قد يتكتم التحكيم حتى على وجود النزاع في حدّ ذاته لا سيما في عقود الاستثمار، ليكرس بالتالي وجها من أوجه الحماية التي تتطلّع إليها العلاقات التجارية الدولية.

وكان قانون الأسرار التجارية الأمريكي الموحد قد عرّف " الأسرار " على أنّها: " المعلومات السرية بما تشمله من تركيبات ونماذج وبرامج وآلات وأسابيل وتقنيات ووسائل تكون لها قيمة اقتصادية حالية أو

¹ المادة 1056: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: إذا لم يراع مبدأ الجاهية ... "

² نجد أنّ محكمة باريس أشارت في حكمها الصادر في 1989/06/02 بضرورة توافر استقلال المحكم وتوافر الحيادية عند نظره للنزاع. كما سطرت كل من جمعية التحكيم الأمريكية، وجمعية المحامين الدولية أحكاما وقواعد خاصة بالسلوك الأخلاقي للمحكم والتي من شأنها أن تضبط حياده واستقلالته.

أنظر في ذلك: مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2013، ص 158.

³ مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المرجع نفسه، ص 166.

راجع أيضا بخصوص دور المحكم في الالتزام بالسرية:

LOQUIN Eric, Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Rev.arb, 2006, p 324.

ممكنة¹. كما تضمن قانون المنافسة غير المشروعة الأمريكي لسنة 1995 مفهوما للأسرار التجارية في المادة 39 من المدونة 03 والتي جاءت كما يلي: " أي معلومات يمكن استخدامها في العملية التجارية، وتكون ذات قيمة كافية، وأن يوفر السر ميزة اقتصادية فعلية أو محتملة لصاحبها في مواجهة غيره²."

هذا وتطال السرية جميع مراحل التحكيم، سواء ما تعلّق منها بسير إجراءات التقاضي، أو تلاوة الأحكام. وبالوقوف على هذه الأخيرة فلا بدّ من التنويه إلى أنّ الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية لا يجوز نشره إلاّ بعد موافقة أطرافه³، وهذا ما يعني إقصاء الغير من الاطلاع على تفاصيل النزاع وما يشمله من مرافعات ومذكرات كتابية ووثائق وغيرها.

علاوة عن كلّ هذه الميزات نجد أنّ التحكيم التجاري الإلكتروني يساهم بدوره إلى حدّ كبير في التقليل من النفقات مقارنة بالمصاريف التي يتكبّدها الأطراف في حال لجوئهم للقضاء العادي، من خلال تحمّل أعباء المحامين، ومصاريف الخبراء، والرسوم القضائية، بالإضافة إلى مصاريف التنقل ومشقاته بغرض حضور الجلسات وتقديم المستندات؛ فكلّ هذه العوامل من شأنها أن تؤثر على حرية الأطراف في استبعاد المسالك القضائية لصالح نظيرتها التحكيمية. ولعلّ هذا الاهتمام هو ما عجلّ في إنشاء هيئات ومراكز متخصصة بالتحكيم⁴، علاوة على أنّ المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بقواعد القانون التجاري الدولي ساهمت في إيجاد قواعد خاصة بالتحكيم التجاري تعني بكل ما يتعلّق بالتحكيم من إجراءات وأحكام.

¹ منقور قويدر، بنور أسماء، رهانات التحكيم التجاري الدولي بين ضمانات السرية ومتطلبات الشفافية، مجلة القانون، العدد 01، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان - الجزائر، سنة 2018، ص 12.

² منقور قويدر، بنور أسماء، المرجع نفسه، ص 12.

³ وقد نص نظام التحكيم التابع للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في نسخته المنقحة لسنة 2010 وتحديدا من خلال البند الخامس من المادة 34 على أنّه: " يجوز نشر قرار التحكيم علنا بموافقة كلّ الأطراف، أو متى كان أحد الأطراف ملزما قانونا بأن يفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حقّ قانوني أو المطالبة به، أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى."

قانون متوفر عبر الرابط:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf>

⁴ وباستطلاع لأهم هيئات التحكيم الفاعلة في المجال الدولي نجد:

* الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA): والتي تعدّ من قبيل الجمعيات العريقة التي نشأت في بدايات القرن العشرين، فهي تتكفل بما يقارب ستة آلاف حالة سنويا.

* مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس: وهو المركز التي تأسس عام 1923، وبالرغم من دوره الفاعل في مجال التكفل بالقضايا التحكيمية، إلاّ أن تكاليفه تعدّ باهضة مقارنة بغيره من المراكز (تصل إلى 6 بالمئة من قيمة النزاع).

ولم تبقى الجزائر في معزل عن باقي الدول بخصوص مسألة التحكيم، إذ كان للتحويلات الاقتصادية والسياسية التي شهدتها الساحة الدولية مع نهاية حقبة الثمانينات الانعكاس البالغ على الساحة الوطنية، حيث أصبحت سياسة اقتصاد السوق هدف تسعى إليه الهيئات العليا في البلاد إيماناً منها بمحدودية سياسة الاقتصاد الموجه القائمة آنذاك والتي أفرزت سلبياتها على مختلف النواحي الاقتصادية والاجتماعية؛ ما دفع بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة إعادة النظر في آليات حلّ المنازعات الدولية وعلى رأسها التحكيم التجاري الدولي¹. ولعلّ البوادر الأولى لتبني التحكيم التجاري جاءت من خلال التوقيع على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة في 10 جوان 1958، حيث رسّمت انضمامها بتحفظ وهذا بموجب المرسوم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988²؛ لتتجسد بعد ذلك المساعي من خلال الدساتير المتعاقبة، انطلاقاً من دستور 1989 المنادي بهجر رموز الاشتراكية والذي تضمن العديد من النصوص التي مهّدت وساعدت على التحويلات الجذرية التي طغت على المشهد السياسي والاقتصادي، حيث سارت بخطى ثابتة نحو النهج الليبرالي الذي تجسد فعلاً بموجب دستور 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002³، ثم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008⁴، ثم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016⁵، وصولاً إلى آخر محطة والتي جسدها المادة 61 من دستور 2020⁶ بنصّها صراحة على أنّ: " حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون ".

= علاوة على بعض المراكز العربية في صورة المركز العربي للتحكيم التجاري، والمركز الإسلامي للتحكيم التجاري (جامعة الأزهر - القاهرة) 1990، مكتب التحكيم بوزارة العدل المصرية 1995، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، محكمة التحكيم الدائمة في هولندا، مركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي الذي باشر مهامه في 19 مارس 1995. لمزيد من التفاصيل حول تشكيل هذه الهيئات ودورها راجع: محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربياً وعالمياً، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2009، ص 45 وما بعدها

¹ عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، سنة 2016، ص 312.

² ج.ر عدد 48 لسنة 1988.

³ القانون 03-02 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر عدد 25 بتاريخ 14 أبريل 2002.

⁴ القانون 19-08 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 63 بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

⁵ القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر عدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016.

⁶ ج.ر عدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

الفرع الثاني: تقدير موقف المحكم اتجاه الأخذ بالقواعد المادية

إنّ المسلم به في مجال المعاملات التجارية الدولية أنّ تراجع القوانين الوطنية في تنظيم هذه الأخيرة تساير مع تراجع دور القضاء الوطني في فض وتسوية النزاعات القائمة بشأنها؛ حيث أدرك القائمون على تنظيم هذا النوع من المعاملات أنّ قضاء الدولة أصبح مثقلا بالقضايا، غير ملائم من حيث الحلول ومعقد في طابعه الإجرائي، ومكلفا من حيث النفقات؛ وهو ما جعل الفكر القانوني يتجه نحو البحث عن تقنية متخصصة للفصل في منازعات التجارة الدولية، ما يُعزّز ما خلصنا إليه في تحليلنا من خلال تبني قضاء التحكيم كقضاء أصيل يتجاوب وغاية هذه المعاملات¹.

وبحكم التسليم بمزاياه المتعدّدة، أضحت التحكيم بمثابة المنهج العادي لحلّ إشكالية التنازع في الروابط التجارية الدولية، وهذا بقدر حمل أهل الاختصاص في مجال العلاقات الخاصة الدولية على التعليق بأنّه: " من الصعب تصور قيام حياة اقتصادية دولية من دون التحكيم"²؛ فالتجارة الدولية في نظرهم تُشكل مادة التحكيم وتعطيه خصوصيته، فالحاجات التجارية الدولية دفعت بأطراف العلاقات التعاقدية إلى تكريس مسلك التحكيم وهجر القضاء الوطني الذي لم يلبي تماما حاجات التجارة الدولية. غير أنّ تحقيق الغاية المنشودة والتي تكمن تحديدا في ضمان فعالية التحكيم الدولي والمحافظة على أمن العلاقات التعاقدية لن يتأتى إلاّ من خلال تكاتف وتضافر الجهود الدولية.

هذا وبزّ الاتجاه المساند لفكرة التطبيق المباشر للقواعد المادية للتجارة الدولية، بلجوء الأطراف إلى التحكيم، حيث يجد هذا الجانب أنّ طبيعة التحكيم التجاري الدولي تفرض على المحكم الأخذ بالقواعد المادية التي تفصل في النزاع من ناحية وتخدم المصالح الدولية للتجارة الدولية من ناحية أخرى، وهذا بغض النظر عن النظام القانوني الذي يمكن أن يستمد منه تلك القواعد؛ إذ يستأثر بحرية التقدير في حل النزاع بما

¹ نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، المغرب، سنة 2008، ص 84.

² على غرار الأستاذ فؤاد ديب. أنظر في ذلك :

فؤاد ديب، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد 02، سنة 2008، ص 38.

يخدم مصلحة الخصوم، بدرجة عبّر عنها أصحاب الشأن بأنّ " القضاء العادي يبحث عن العدالة لصالح القانون، بينما يبحث عنها قضاة التحكيم لصالح الخصوم"¹.

في هذا الصدد يرى الأستاذ " Fouchard " أن العادات تكون بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم على غرار القانون الوطني بالنسبة للقاضي، ولما كانت القواعد المادية للتجارة الدولية تعتبر قانون القاضي بالنسبة للمحكم، فإن تطبيقها يكون دائما مفترضا بمجرد الالتجاء إلى هيئة التحكيم؛ حيث يُفترض في رأي البعض أن يحكم القانون التجاري المشترك بين الشعوب كل عقد دولي يتضمن اتفاق التحكيم، هذا ما لم يثبت العكس². وعليه فإن القواعد المادية للتجارة الدولية تُعدّ نظيرة قانون القاضي؛ فإذا كان هذا الأخير لا يحتاج إلى قواعد التنازع لتطبيق القواعد فورية التطبيق الموجودة في قانونه، فإنّ المحكم هو الآخر لا يحتاج لقاعدة الإسناد لتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، على اعتبار أنّ المحكمين أسهموا في إرساء القواعد المادية للقانون التجاري الدولي؛ فهي على هذا النحو قانون اختصاصهم وفقا للمفهوم المحدد لهذه الفكرة في مجال تنازع القوانين؛ وبالتالي يتم تطبيقها تطبيقا مباشرا.

غير أنّ هذا التوجه لم يسلم من الانتقادات، فاعتبار اللجوء للتحكيم بمثابة قرينة على اختيار القواعد المادية، يجعل تطبيق هذه القواعد متوقفا على اختيار الأطراف بين التحكيم والقضاء الوطني للفصل في منازعات العقود الدولية؛ وهو ما يرجح فرضية إقصاء الأخذ بالتطبيق المباشر للقواعد المادية من طرف القضاء الوطني، وهو أمر مستبعد وسبقت الإشارة إليه. كما أنّ الزعم بتطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية من طرف المحكم الدولي يكون بشكل مباشر بمجرد انعقاد الاختصاص له هو أمر مجاني للواقع، وفيه تناسي لحقيقة قانونية وهي أنّ المحكم نفسه لم يتلقى اختصاصه إلاّ باتفاق الأطراف، فكأنّ إرادة الأطراف لا تزال قائمة في خصوص كل تصرف، أو عمل قضائي أو غيره يقوم به المحكم؛ فهي بالتالي تشكل الأساس الخفي لتطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية³.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 259.

² فيلاي فؤاد، فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية من طرف المحكم الدولي وأسسها، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية القاضي عياض، مراكش، العدد الرابع، سنة 2013، ص 151.

³ يقصد بفكرة الأساس الخفي في هذه الحالة، تلك الإرادة الضمنية التي يقف عليها المحكم للاهتمام إلى القواعد المادية، وبالتالي فالإرادة الضمنية هي الأساس القانوني الذي يتم من خلاله إعمال القواعد المادية للتجارة الدولية إعمالا مباشرا.

المطلب الثاني: دور اتفاق التحكيم في ترسيخ أحقية القواعد المادية لحكم التنازع

المعروف عن عملية التحكيم أنها عملية مركبة، فهي تجمع بين الطابع العقدي والطابع الإجرائي، حيث يعدّ اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم نقطة انطلاقها؛ في حين تنتهي بعمل قضائي يطفو من خلاله حكم التحكيم الذي يكتسي مواصفات الحكم القضائي، كما أنّ التحكيم لا يسير في نفس المسار الذي يسير عليه القضاء الوطني، وهذا من منطلق أنّ المحكم يتحرّر من أي نظام قانوني محدّد، فهو يفتقر لقانون خاص به، على عكس القاضي الذي يمارس مهامه باسم الدولة التي عينته، ويكون ملزماً بتطبيق قانونها¹.

ويبدو من خلال هذا الوضع المتقدم، أنّ المحكم يجد نفسه على بعد مسافة واحدة من القوانين الداخلية التي لها علاقة باتفاق التحكيم، وذلك نتيجة العناصر الأجنبية التي يشملها، وضوابط الإسناد المختلفة التي تعتمدها القوانين الداخلية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإن كان لا يرتبط بأيّ منها بشكل مباشر. فهو إلى حدّ ما قد يجد نفسه متحرّراً من أي إشارة تأخذ بيده إلى نظام قانوني معين يفرض عليه الحل الذي يتخذه².

غير أنّ اتفاق التحكيم وإن كان لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق شأنه في ذلك شأن أيّ اتفاق آخر يُعبّر عن قناعة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة قانونية لتسوية النزاعات القائمة فيما بينهم³؛ إلاّ أنّه يمثل لبّ وجوهر عملية التحكيم، فهو الذي يرسم معالمها، ويوجّه خطاها، ويحدّد نهايتها. ومن ثمّ وجب الوقوف على مدلول ومضمون هذا الاتفاق، بالإضافة إلى انعكاساته القانونية.

¹ وقد أكدّ المشرع الجزائري من خلال التعديل الدستوري الجديد في الفصل الرابع من الباب الثالث المعنون بـ " القضاء " إلى ضرورة التزام القاضي بقوانين الجمهورية.

المادة 171: " يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليها، وقوانين الجمهورية، وكذا قرارات المحكمة الدستورية ".
المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020. ج . ر عدد 82 بتاريخ 2020/12/30.

² تعويبت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2017، ص 251.

³ ISSAD Mohand, Droit international privé, 2- Les règles matérielles, O.p.u, Alger 1983, p 23.

الفرع الأول: مضمون فكرة اتفاق التحكيم وأبعادها القانونية

إنّ المطّلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنّها تتشابه بخصوص مفهوم اتفاق التحكيم، ومردّ هذا التشابه قد يرجع تحديداً إلى كونها ارتكزت على المدلول الذي جاءت به المادة السابعة فقرة أولى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بشأن التحكيم لسنة 1985 التي أقرت بأنه " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محدّدة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية "1.

فلتأمل في قانون التحكيم التونسي لسنة 1993 على سبيل المثال، يمكنه أن يلحظ مدى تأثيره بالتعريف السابق وهذا من خلال الوقوف على ما جاء به الفصل الثاني الذي عرّف الاتفاق على أنّه: " التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كلّ أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم"2. كما سار المشرع المصري على نفس خطى سابقه من خلال نص المادة 10 فقرة أولى من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، التي أكّدت على أنّ المقصود باتفاق التحكيم هو: " اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كلّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ".

وبالعودة للتعاريف نجد أنّها في مجملها تقوم على بعض الركائز والتي تنحصر في النقاط التالية:

* اتفاق التحكيم هو بمثابة تراضي وتلاقي إرادتي أطراف علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة.

* اتفاق التحكيم يحوّل للمحكّمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كلّ أو بعض النزاعات الناشئة عن العلاقة التعاقدية.

¹ لهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 50.

² قانون التحكيم التونسي المتاح عبر الموقع:

* اتفاق التحكيم قد يأخذ صورتين، الأولى حال الاتفاق السابق على نشوء النزاع وهو ما يعبر عنه قانونا بمصطلح " شرط التحكيم "؛ والثانية في حال الاتفاق اللاحق لنشوء النزاع، وهو ما يسمى بـ " مشاركة التحكيم"¹.

ويختلف مفهوم اتفاق التحكيم عن عقد التحكيم، في كون الاتفاق يكون حكرا على الأطراف المتعاقدة بإحالة ما نشأ أو قد ينشأ بينهم إلى التحكيم للفصل فيه بعيدا عن القضاء العادي، أما عقد التحكيم فيختلف من حيث أطراف العلاقة القانونية؛ فنجد أطراف النزاع أو الأطراف المتعاقدة من جهة، ومن جهة أخرى نجد إما المحكم فردا كان أو هيئة في حال كنا بصدد تحكيم خاص، وإما نجد المؤسسة التحكيمية في حال التحكيم المنظم أو المؤسسي؛ فعقد التحكيم يُعرب من خلاله المحكم أو هيئة التحكيم عن قبولها لمهمة التحكيم؛ إذ يُعدّ بمثابة آلية لتنفيذ اتفاق التحكيم المبرم بين طرفي النزاع، وبالتالي فانعقاد عقد التحكيم بشكل صحيح يعني أنّ المحكم يباشر عملية التحكيم من أجل استصدار قراره بخصوص تسوية النزاع².

وبالنظر لتأثيره كحلقة من حلقات تنازع القوانين في مجال العلاقات التجارية الخاصة الدولية، وجب الوقوف على الشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم، وهذا من منطلق أنّ التشريعات المقارنة على اختلافها توجب للتصرفات القانونية جملة من الشروط يقترن توافرها بصحة التصرف؛ وغالبا ما تنحصر في بعض النقاط الشكلية والموضوعية.

¹ وهو التحليل الذي جعل موقف المشرع الجزائري محل انتقاد بخصوص نص المادة 1011 من ق.إ.م.إ التي أشارت إلى أن: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "؛ والذي لم يميّز من خلاله بين اتفاق التحكيم ومشاركة التحكيم. في حين أنّ المشرع الفرنسي تعمد الفصل بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم من خلال نص المادة 1442 من قانون التحكيم الفرنسي، حيث جاءت الفقرة الأولى من منظمة لشرط التحكيم:

« La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ».

أما الفقرة الثانية أعطت ملامح واضحة لمشاركة التحكيم:

« Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

نص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي متاحة عبر الموقع:

<https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%3a9dure%20civile.pdf>

² مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، سنة 2010، ص 117-118.

أولا - الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

تعّد " الكتابة " الشرط الشكلي الذي حظي بإجماع مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فهي صورة من صور ترجيح وجود التصرف القانوني؛ وقد أوجبت المادة 12 من قانون التحكيم المصري أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، بمعنى ورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو بموجب وثيقة مستقلة، فإذا كانت هذه الوثيقة تنصّ على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي، لزم أن يتضمّن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة ويكون الأمر متعلقا بشرط التحكيم، بخلاف محرر المشاركة الذي يتم بعد قيام النزاع؛ على أن يتمّ التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة مع عدم إلزامية توقيع الأطراف توقيعاً خاصاً بجوار شرط التحكيم إذا ورد كبند من بنود العقد الأصلي، إذ يكفي في هذه الحالة التوقيع على العقد حتى ينصرف أثره إلى كافة البنود التي تضمنها. وتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في بقرقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتدّ ذلك إلى كلّ وسائل الاتصال المكتوبة، شريطة تحقّق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم¹، وهو ما كرسته المادة 10 في فقرتها الثالثة من قانون التحكيم المصري، والتي جاء فيها: " ويعتبر اتفاقا على التحكيم كلّ إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمّن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد ".

ويعدّ شرط الكتابة متحققا في حالة ما إذا تمت الإشارة في العقد الأصلي إلى الإحالة لوثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، طالما تضمّنت هذه الأخيرة ما يفيد اعتبار شرط التحكيم كجزء من العقد الأصلي. فقد أشار المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1012 من ق.إ.م.إ إلى أهمية الكتابة في اتفاق التحكيم، حيث جاء فيها: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ". كما نصت المادة 1008 من نفس القانون على إلزامية الكتابة في شرط التحكيم، حيث جاء فيها: " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها ". هذا وجاءت المادة 1040 بشأن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي صريحة بنصها على أن: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة

¹ لهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 65-66.

والمستقبلية. يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

من جهته نصّ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1507 على أنّ:

« La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ».

وبالتالي فاتفاق التحكيم الفرنسي يكون قد أخذ بالمفهوم الواسع للشروط الشكلية من خلال منح الأطراف حرية الاتفاق الشفهي على شرط التحكيم، إلا أنه ومن خلال نص المادة 1515 أشار إلى مسألة الشكلية في سياق معالجته للإثبات بخصوص اتفاق التحكيم حيث أكد على أنّ:

« L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

فبالرغم من تباين مواقف التقنينات المقارنة حول الأخذ بالكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، أو كشرط لإثباته، إلا أنه لا بدّ من مراعاة الصياغة السليمة في هذا الشأن؛ إذ لا يمكن الوقوف على مسألة الكتابة من دون التنويه إلى ضرورة صياغة اتفاق التحكيم أحسن صياغة من طرف الأفراد المتعاقدة، وهذا مخافة الخوض في أيّ تأويلات واجتهادات مستقبلية. فالغموض في اتفاق التحكيم قد يفتح مشاكل في الحياة العملية حول نية الأطراف في الالتجاء إلى التحكيم من عدمه؛ في صورة العبارات التي تصاغ على نحو:

" في حال الخلاف حول العقد، يتمّ تعيين شخص لتسوية النزاع ".

في حين ذهب جانب من القضاء إلى اعتبار مصطلح " خبير " كفيل بالدلالة على المحكم في مثل هذه المواقف¹.

¹ وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف قطر في قضية رقم 2000/348 بتاريخ 2002/10/29، وقضية رقم 2002/799 بتاريخ 2003/05/06.

أنظر في ذلك: حمزة أحمد حداد، مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي " تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية " (22-24 مارس 2008). متاحة عبر الموقع:

<http://www.icacn.org/wp-content/uploads/2018/10/mashakel-etfaq-altahkeem.pdf>

زيارة بتاريخ 2017/02/02 في حدود الساعة 16:20.

ثانيا - الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

علاوة على الجانب الشكلي، لا بدّ من اتفاق التحكيم أن يراعي جملة من الشروط الموضوعية. وبحكم أنّ العلاقة تقوم على أساس الاتفاق، فمن البديهي أن تجد دعامتها في عنصر الرضائية، الذي تجتمع فيه إرادتي طرفي العلاقة القانونية التي تنصبّ إلى إحداث هذا الأثر القانوني، من خلال ارتباط الإيجاب الصادر من أحدهما بقبول الآخر شريطة أن تكون الإرادة حرة وسليمة وخالية من العيوب.

ويُستد مبدأ الرضائية أهمّ الشروط الموضوعية لأنّه لا يفترض، بل لا بدّ من التدليل عليه بالتعبير الصريح، على اعتبار أنّ نظام التحكيم في مجمله يعدّ نظاما استثنائيا، هدفه الخروج عن الأصل العام المتمثل في اختصاص القضاء بالفصل في النزاعات القائمة بين الأطراف في العلاقات التجارية الخاصة الدولية.

ولكي يتحقّق مثل هذا التراضي بشكل صحيح، فلا بدّ من أن يكون صادرا عن شخص يتمتّع بأهليته الكاملة في التصرفات القانونية؛ وهذا ما يستخلص من عبارة " ... في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " الواردة في نص المادة 1006 من ق.إ.م.إ الجزائر المذكورة آنفا؛ ما يفيد أنّ المشرع قصر حق اللجوء إلى التحكيم على الأشخاص الطبيعيين ممّن تتوفر فيهم الأهلية القانونية مباشرة التصرفات القانونية¹.

هذا ولا بدّ لاتفاق التحكيم أن يتسبّب تسببا مشروعاً، إذ لا نتصور انعدام مشروعية سبب اتفاق التحكيم، إلّا إذا ثبت أنّ الغاية من هذا الأخير هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعيّن تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه من قيود والتزامات يراد التحلّل منها، وهو ما يمثّل حالة من حالات الغش نحو القانون؛ فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق².

¹ في حين أنّ الأشخاص المعنوية الخاصة بالشركات التجارية التي تخضع للقانون الجزائري أو تلك التي تمارس نشاطها في الجزائر، فهي تكتسب الشخصية القانونية وتمتّع بحق اللجوء للتحكيم مادامت مقيّدة في السجل التجاري. (راجع في ذلك المواد 10 و 50 من القانون المدني).

ولا بأس من التوضيح في هذا السياق أنّ المشرع الجزائري حدّد الأهلية بموجب نص المادة 40 من التقنين المدني التي جاء فيها:

"كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

² لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 64.

وبين الرضائية والسببية، لا بدّ من أن ينصب اتفاق التحكيم على محلّ مشروع وغير مخالف للنظام العام وفق ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 1006 من ق.إ.م.إ. وبالتالي فلا بدّ من مراعاة العلاقة التجارية الدولية لمبدأ النظام العام؛ وإن كان هذا المبدأ فكرة مرنة لا تنطوي على ضوابط محدّدة، إلّا أنّ التضييق منه يعدّ حتمية لا مفرّ منها في سبيل تحقيق فاعلية التحكيم ومتطلبات العلاقات التجارية الدولية على حدّ سواء.

الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إنّ أهمية اتفاق التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية، وتكريس أحقيته في منح الضوء الأخضر لقضاء التحكيم في حسم النزاعات بشأنها، قد يوحي في دلالاته بارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي؛ ولعلّ هذه الفرضية كانت محلّ ترحاب من طرف الفقه التقليدي الذي حاول أن يبيّن بأنّ بطلان أو فسخ العقد الأصلي لأيّ سبب من الأسباب ينصرف أثره على شرط التحكيم باعتباره تابعا له أو جزء منه، ليجسّد بذلك صورة واضحة لمقولة " انتهاء الشرط تبعا لانتهاء الأصل " ¹.

غير أنّ التحيين الذي طال نظام التحكيم في خضم تنامي الروابط الدولية، أثر بشكل جليّ على الأفكار والمبادئ القائمة، فناهضت التوجهات الحديثة سابقتها من خلال الإقرار بأنّ عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحّته أو بطلانه أو فسخه لأيّ سبب من الأسباب لا يؤثر على صحّة اتفاق التحكيم سواء أكان هذا الأخير مُدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق، وفق حجية مفادها أنّ اتفاق التحكيم هو تصرّف قائم بذاته، له كيان مستقل، يعالج بمقتضاه موضوعا مختلفا عن العقد الأصلي ².

¹ حمزة أحمد حداد، اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة، سنة 2001، ص 09.

منشورة عبر الموقع: www.lac.com.jo زيارة بتاريخ 2017/12/12 في حدود الساعة 11:50.

² منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، المرجع السابق، ص 117.

ومن بين أهمّ النتائج التي يمكن أن يفرزها مبدأ الاستقلالية، أنّ خضوع العقد الأصلي لقانون معيّن قد يعدّ بمثابة قرينة على انصراف نية الأطراف لتطبيق ذلك القانون على اتفاق التحكيم ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك؛ وإن كان بالإمكان أن يحظى الاختلاف بنصيبه في هذا المجال¹.

هذا وتعدّ قضية Gosset والتي سبقت الإشارة إليها²، محطة البداية الحقيقية نحو إقرار مبدأ الاستقلالية من طرف القضاء الفرنسي والتي بدا متأثراً فيها بما توصل إليه القضاء الهولندي الذي كان سبّاقاً منذ تاريخ 1935/12/27³. وإن كان يبدو من الصعب التوفيق بين استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي والنظرية العقدية للتحكيم، بحيث يؤكد الدكتور أبو زيد رضوان تنافي استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي مع سلطان إرادة الأطراف وطبيعة التحكيم العقدية بقوله: " وليس أدل على انتفاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي، من الاتجاه الذي أصبح مستقراً الآن في القضاء باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي نشبت عنه المنازعة"⁴.

في حين جاء مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري بروح ليبرالية حاول من خلالها المشرع مساندة ما توصل إليه كل من الفقه والقضاء المعاصرين، إذ كرّس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ولم يقل باستقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون كما ذهب إليه القضاء الفرنسي.

المبحث الثاني: ضوابط إعمال القواعد المادية أمام القضاء الوطني وقضاء التحكيم وأبعادها القانونية

يعدّ كل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم حلقة غاية في الأهمية في سبيل ترسيخ العدالة المنشودة بالنسبة لعقود التجارة الدولية، إذ يقع على عاتق القاضي أو المحكم تسخير الإمكانيات، ومراعات الضوابط التي من شأنها أن تركز هذه العدالة. ولما كانت القواعد المادية وليدة الوسط التجاري ومجتمع التجار، بات من الضروري على القضاء الأخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي تمتاز بها هذه الأخيرة، طالما أنّها تغنيه عن مشقة الخوض في مختلف التشريعات المقارنة؛ حيث يسعى جاهداً لإعمالها كلّما فرضت منطقتها؛ كما يجدر

¹ محمد جمال محمد طاهر، تسوية المنازعات الرياضية بالتحكيم، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل - العراق، سنة 2005، ص 43.

² عودة في ذلك إلى الصفحة 125 من هذه الدراسة.

³ مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، سنة 2010، ص 134.

⁴ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1981، ص 37.

به توحي النزاهة التي يصون من خلالها تطّعات الأطراف؛ وبين هذا وذاك قد تعترض مسعاه بعض المعوقات والعراقيل التي يستوجب إحاطتها بقدر من العناية.

المطلب الأول: سعي القضاء الوطني وقضاء التحكيم إلى الأخذ بالقواعد المادية

بغرض مسايرة النكسة التجارية العالمية، ووضع إطار تنظيمي للقواعد المادية بمختلف صورها ومصادرها، بات من الأجدر أن يسعى القضاء سواء الوطني أو الدولي نحو ترسيخ أحقية القواعد المادية في حكم النزاعات المتصلة بالعقود التجارية الدولية، وهو ما قد يتجسّد إمّا من خلال سعيه لإنشاء هذه القواعد والكشف عنها، أو من خلال مراعاته للمعايير المتصلة بالنزاع والتي تأخذ بيده نحو إقرارها.

الفرع الأول: دور القضاء المنشئ والكاشف للقواعد المادية

قد نتساءل للوهلة الأولى عن دور القضاء في التعامل مع القواعد التي كانت وليدة مجتمع التجار، طالما أنّها في نظرهم تعبير عن العدالة الحقيقية في مجالها الدولي؛ ومن ثمّ فمن البديهي أن يعمل القضاء جاهداً من أجل الكشف عن القواعد المادية، بل أكثر من ذلك، قد يغدو لإنشائها.

أولاً - الدور المنشئ للقواعد المادية:

إنّ تنامي دور القواعد المادية في الساحة الدولية كان لا بدّ أن يصاحبه تنامي دور القضاء في إنشائها؛ ولعلّ الصورة الأكثر تعبيراً عن هذا المنطق كانت حركاً على قضاء التحكيم. فالإقرار بأهمية الدور المنوط بالتحكيم في مجال العلاقات الخاصة الدولية ما هو سوى انعكاس لأهمية المحكم في هذا المجال باعتباره العنصر الفاعل في معادلة التحكيم التجاري الدولي¹؛ فتخلف الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يوسع من سلطته وصلاحيته في تحديده، وإن كانت مختلف التشريعات المقارنة التي سبقت الإشارة إليها تُقرّ بهذه الحرية؛ فمن واجب المحكم تقصي القواعد الواجبة التطبيق والتي تتلاءم وطبيعة

¹ حيث يرى الأستاذ GAILLARD أنّ المحكم الدولي هو جهاز للنظام القانوني للتحكيم فكتب يقول:

« Dire, comme on le fait couramment, que l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des différends des affaires internationales, c'est tendre à ériger l'arbitre en organe d'un ordre juridique propre aux transactions internationales ».

GAILLARD Emmanuel, « L'ordre juridique arbitral: Réalité, utilité et spécificité », R.D. McGill, n°55/2010, p.898.

النزاع القائم وهذا دون أن يتقيد بقانون أو بآخر؛ خاصة مع التسليم بأن التشريعات الوطنية غالبا ما تعطي حلولاً لا تتوافق ومتطلبات التجارة الدولية. لذلك فإنّ المحكم غالبا ما يجد ركيزته في القواعد المادية وهذا من خلال أعمال عادات وأعراف التجارة الدولية باعتبارها القواعد الأكثر ارتباطا بالنزاع؛ كما قد يجد ضالته في تقدير القواعد القانونية الواجبة التطبيق من خلال المزاوجة بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة، وهذا تحت ما يسمى " بالمبادئ القانونية المشتركة للأمم المتحدة " ¹.

ويعمل المحكمون على خلق القواعد المادية المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية، خاصة في الفروض التي يتخلف فيها المتعاقدان عن الإشارة للقانون الواجب التطبيق، إذ يتكفلون ببحث الحلول التي تقرّر قدرا من العدالة المنشودة على هذا الصعيد، وهو ما يعبر عنه في الوسط القانوني بمصطلح " الدور الإنشائي " أو " الدور المنشئ ".

إنّ وصف التحكيم بالإنشائي، فهذا يعني أنّ الدور المنوط به هو خلق القواعد القانونية، ومن هذا المنطلق فإنّ المحكم لا يمكنه سوى أن يساهم في ميلاد هذه القواعد من خلال تبنيه القواعد المعيارية أو المبادئ العامة، واحترام القواعد التي كانت ثمرة جهود سابقه في المجال التحكيمي، وهو بالتالي يجسد نفس مساعي القاضي الذي يحكم بموجب الاجتهادات القضائية.

ولعلّ اطراد أحكام المحكمين في الأخذ بهذه الحلول، وتواتر الأحكام بمقتضاها، سيساهم دون أدنى شكّ في تحوّلها من مجرد سوابق فردية إلى قواعد قانونية أصيلة تواكب النكسات التجارية في مجالها الدولي.

في هذا السياق يشير الأستاذ الفرنسي " John Robert " أنّ التحكيم ما فتأ يتطور بخطى موازية للتطور الاقتصادي، وأنّه بتطوره هذا لا يمكن إلا أن يكون - خلافاً - ².

ويؤكد هذا المعنى الأستاذ Mayer، إذ يرى أنّ " المحكمين يعتمدون في قراراتهم على السوابق كما لو كان لهذه السوابق سلطة، بحيث تحقق هذه الأحكام نوعاً من التوافق أو حتى التلاقي مع حلول أعطيت لمنازعات سابقة عرضت على التحكيم " ³. وبالتالي فإنّ القيمة القانونية لسوابق التحكيم وفق توجه

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 271.

² فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 38.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 274.

Mayer تشكّل مصدر من مصادر قانون التجار الدولي. هذه الحقيقة أكدها أيضا الفقيه Goldman بقوله: " إن كان الحاضر ينحصر في القليل من السوابق التحكيمية، فحتما خلال خمسين عاما سنجد من يعنى ويهتم بأحكام عمرها خمسون سنة حازت النضج والاعتبار"¹؛ ويضيف ذات الفقيه في موضع آخر أنّ: " قرارات التحكيم التجاري التي تقرّر بعض الحلول وإن بدت ذات أثر سلبي بين أطرافها، إلا أنّها سرعان ما تعدّ مرآة مستقبلية للاستئناس بها في المعاملات اللاحقة"².

هذا ويتجسد الدور الإنشائي للقواعد المادية من قبل المحكم في حال التحكيم مع التفويض بالصلح³، إذ يتحرّر في ظلّه المحكم من أصفاد القوانين الوضعية والقواعد الإجرائية المألوفة، وهو ما يفهم من مضمون المادة 1478 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، التي جعلت " قواعد القانون " حكرا على المحكم العادي دون المحكم المفوض بالصلح⁴. ولعلّ تحرّر المحكم المفوض بالصلح من الالتزام بالقانون هو بمثابة فرصة بأن يبدع بسنّ قانون جديد للتجار الدوليين؛ ويؤكد هذا المعنى جانب من الفقه بقولهم: " إذا كان التحكيم مع التفويض بالصلح يُخرج العقد الدولي من نطاق سلطان القوانين الوطنية، ويخضعه لمبادئ العدالة، فإنّ العدالة فكرة غامضة، ولكن الرجوع إلى العدالة يعني في جانب كبير منه الرجوع إلى عادات التجارة الدولية وسائر القواعد التي تشكل القانون المادي للتجارة الدولية أو ما يسمى بـ Lex mercatoria"⁵. وعليه فإنّ المحكم في محاولة بحثه عن حلول واقعية وعادلة لحلّ النزاعات القائمة في مجال

¹ وكان الفقيه قد توصل إلى هذه النتيجة من خلال الإسقاط على عقود العمل، حيث أشار في معرض تحليله أنّ أرباب العمل غالبا ما يرتكزون على عامل الخبرة في عملية انتقاء العمال، غير أنّ الخبرة لا يمكن أن تتحقق لولا إتاحة الفرصة. والشأن ذاته لأحكام التحكيم الدولية، فهي تنشأ فنية وتتطور وتنضج بمرور الزمن.

GOLDMAN Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international réalité et perspectives, op, cit, p 269.

² بلاق محمد، تأصيل قدرة التحكيم التجاري الدولي كمصدر للقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر الثليجي، الأغواط، المجلد 01، العدد 01، سنة، 2015، ص 244.

³ في هذا الإطار يرى الأستاذان Loussouarn و Bredin أنّ المحكمين المفوضين بالصلح يتمتعون بسلطة إنشاء القواعد المادية، ذلك أنّ المحكم له في الواقع ميزة على القضاء الرسمي، فهو ليس حارسا لنظام قانوني وطني، بل يتمتع بحرية أكبر في استبعاد الأحكام الغير ملائمة في هذا الأخير، وفي أن يرتب أو ينظم القوانين المختلفة، وأن يأخذ في الحسبان وجود قانون مهني. أنظر في ذلك: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 274.

⁴ Article 1478 : Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.

Code de procédure civile français disponible sur :

<http://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile.pdf>

⁵ على غرار الفقيهان Bredin و Kassis. أنظر في ذلك: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 273.

العلاقات التجارية الدولية وفق ما يمليه عليه المنطق، يكون قد أسس قواعد قانونية مادية قائمة بذاتها قد لا نجد لها نظير في الأنظمة والقوانين الوطنية.

ثانيا - الدور الكاشف عن القواعد المادية:

إن كان دور القضاء يستلزم إنشاء القواعد المادية، فالكشف عن هذه الأخيرة لا يقل أهمية عن سابقه. ولعلّ الدور الكاشف للقواعد المادية من طرف المحكم يبرّره جانب من الفقه من منطلق أنّ قانون التجار الدولي يتكوّن فحسب من ممارسات التجار الدوليين دون أدنى تدخل من التحكيم، أو من الفقهاء ورجال القانون، على أساس أنه نظام سابق التكوين قبل تدخل القانونيين، وبالتالي فإنّ دور التحكيم يقف عند مجرد الكشف عن وجود القاعدة القانونية وإبرازها¹.

وفي ظلّ تباين الآراء بين دور المحكم المنشئ للقواعد المادية ودوره الكاشف، أبانت معالم التوجّه الوسطي عن مكانتها، وهو التوجّه الذي يقترّ بأنّ قانون التجار الدولي هو إبداع مشترك بين ممارسات التجار ونشاط الفاعلين في مجال القانون في صورة المحكمين. ولعلّ التآرجح في الآراء بين هذا وذاك يُبقي الهدف واحد، وهو منح المحكم حرية وسلطة تقديرية واسعة تمكنه من تصحيح الآثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص وكذلك معالجة ما قد يعتري النظم القانونية من قصور وغموض².

¹ حيث يؤكد الأستاذ M. Virraly أنّ هيئات التحكيم يخرج عن اختصاصها ومسؤوليتها إنشاء كيان قانوني من القواعد الجديدة، فهي ملزمة بأن تقضي وفقا لقانون موجود مسبقا، أمّا في حالة غياب عادات مشتركة وتماسكة بدرجة كافية حائزة للقيمة العرفية فإنّ هيئات التحكيم يمكنها أن تلجأ إلى قانون وطني خاص أو الاستعانة بالقانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون، وبذلك ينتفي الدور الإنشائي للمحكم في مجال قانون التجارة الدولية على هذا النحو.

أنظر في ذلك: بلاق محمد، تأصيل قدرة التحكيم التجاري الدولي كمصدر للقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 248.

وأبضا في نفس المعنى: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 276.

² محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 277.

الفرع الثاني: حرص القضاء على الأخذ بالمعايير المتصلة بالتنازع

إلى جانب دوره الفاعل في إنشاء القواعد المادية والكشف عنها، يحرص القضاء على مراعات بعض المعايير التي يأخذ بها في سبيل تبرير الأخذ بالقواعد المادية، حيث بات من المسلّم أن يعمل القاضي أو المحكم على الاستئناس ببعض الظروف والمقومات من أجل إعمال القواعد المادية، قد يكون أهمها الوقوف على مدى رغبة الأطراف في الخضوع للقواعد المادية.

أولاً- الإعمال القائم على مراعاة إرادة الأطراف:

سبقت الإشارة إلى أنّ الإرادة أضحت صاحبة الدور البارز والراسخ في مجال علاقات القانون الدولي الخاص، لا سيما تلك المتعلقة بالمسائل التجارية، فهي تعمل على فسخ المجال لأطراف العلاقات التعاقدية بإقرار القوانين التي تتماشى وتطلعاتهم، وبالمقابل استبعاد تلك التي لا تخدم مصالحهم. ولعلّ المغالاة في وصف الإرادة بالمبدأ الأساسي في مجال القانون الدولي الخاص لم يقتصر عند مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بل تعدّى ذلك ليشمل تحديد المحكمة المختصة، وهذا على الرغم من أنّ المسائل المتعلقة بالاختصاص القضائي وثيقة الصلة بسيادة الدولة شأنها في ذلك شأن المسائل المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث ساهم في ذلك عدم الاستقرار الذي لازم مفهوم النظام العام الذي بات رهن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع.

على خلفية هذه المعطيات، بات من الضروري بحث الميكانيزمات القانونية التي يستند عليها القاضي المختص بالفصل في النزاعات المتعلقة بالروابط التجارية، والتي من خلالها تتجسّد صور إعمال القواعد المادية كسبيل لفض مسألة التنازع في القوانين، والوقوف على أهم المعوقات التي قد تعيق مسار الإعمال وهذا في ظل التسليم بأحقية ورغبة الأطراف في اعتناق هذه القواعد.

بالعودة إلى ما قيل في شأن التعيين الصريح والتعيين الضمني لقانون العقد والقائم على إرادة الأطراف، خلصنا في تحليلنا إلى أنّ الأصل في عقود التجارة الدولية وإن كان يتجسد من خلال تكريس سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنّ غاية المبدأ تتفاوت درجتها بحسب المسلك المنتهج سواء ذاك المنادي بالنزعة الشخصية، أو المقر بالنزعة الموضوعية؛ إذ يبدو من خلال الفهم الهادئ للنظريتين

أنّ النزعة الشخصية وثيقة الصلة بإرادة الأطراف، في حين تعدّ النزعة الموضوعية بمثابة انعكاس لتخلّف التعيين الإرادي.

كنتيجة فإنّ رغبة المتعاقدين في تحديد قانون الإرادة قد يكون بصفة صريحة، من خلال انتقاء قانونا بعينه يحكم عقدهم بصفة صريحة سواء تمّ إدراجها في متن العقد أو بموجب اتفاق لاحق؛ كما قد يكون بصفة ضمنية إذ يمكن استخلاصه من وقائع وظروف التعاقد، بحيث ينسحب وصف القانون ليطال القواعد المادية بما فيها الأعراف التجارية التي نشأت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية؛ وهو الطرح الذي نادى به الفقيه الفرنسي Doma الذي أكد بأنه " إذا تمّ الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد " ¹.

هذا وتنفق مع ما خلص إليه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة في سياق تحليله للدور المنوط بالإرادة في سبيل أعمال القواعد المادية، حيث نوّه بأنّ تجسيد المنهج المادي في مجال الروابط العقدية المتعلقة بالتجارة الدولية لا يمكن أن يتمّ إلاّ من خلال إرادة الأطراف، بحيث تتخلى هذه الأخيرة عن دورها التقليدي الهادف لتحقيق التعايش بين النظم القانونية بتبني قاعدة إسناد تجعل من قانون وطني معين واجب التطبيق، لتعتنق بعض العقود النموذجية أو النمطية، إضافة إلى الأعراف والعادات السائدة في الأوساط المهنية تحقيقا للمصالح العليا للتجارة الدولية ².

وغير بعيد عن هذا التوجه نجد أنّ الأطراف قد يعتمدون في روابطهم إلى الأخذ باتفاقية معينة، بحيث تتضمن هذه الأخيرة قواعد مادية في مجال تجاري معين، وهو ما يفيد رغبتهم في الخضوع لهذه القواعد؛ وهنا وجب التمييز بين مرحلتين: مرحلة أولى تكون فيها الاتفاقية المنشئة للقواعد المادية مصدرا للحقوق والالتزامات الدولية، إذ تعتمد الدول فيها إلى مراجعة تشريعاتها الداخلية من خلال استقبال القواعد المادية الموحدة؛ في حين أنّ المرحلة الثانية تتمثل في استقبال القواعد المادية في النظام الداخلي للدول المتعاهدة طبقا لقواعد التطبيق المعينة التي تجعل من القواعد المادية فعالة وقابلة للتنفيذ في كل نظام قانوني.

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، سنة 1934، ص 86.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته)، المرجع السابق، ص 177-178.

وكنتيجة فإنه متى كانت القواعد المادية تتخذ من الاتفاقية الدولية مصدرا لها، فإن هذه الاتفاقية تكون ملزمة لأطرافها فقط من الدول المتعاهدة والتي تلتزم هي الأخرى بتنفيذها ومراعاتها بحسن نية، ويتم تحديد نطاق عمل القواعد المادية في كل نظام قانوني وطني من خلال قواعد التطبيق فضلا عن ما قد تتضمنه هذه الاتفاقية من قواعد تنازع تتولّى ملء الثغرات التي لا تحكمها القواعد المادية.

ولكن حالما تندمج القواعد المادية بعد استقبالتها في كل نظام قانوني للدول المتعاهدة تبعا للإجراء الدستوري المناسب والمقرر في تلك الدول، فإنها تعتبر جزءا من المجموعة القانونية الموضوعية أو ما يسمى بقانون القاضي، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بـ (lex fori) لكل دولة متعاهدة، وطالما شكلت هذه القواعد قانونا خاصا مطبقا على المسائل المشار إليها فيها، فإنها تندرج تبعا لموضوعها في إطار الفروع المختلفة للقانون الذي يعمل ضمنه¹.

غير أنّ إعمال القواعد المادية المنتمية لاتفاقية معينة قد لا يتمّ بصفة عفوية ومطلقة، إذ غالبا ما يُشترط أن تكون العلاقة القانونية ذات صلة بالنظام القانوني للدول المتعاهدة وفق المعيار الذي تبناه؛ كأن يكون العقد محلّ إبرام في دولة متعاهدة، أو موطن الأطراف في أحد الدول المتعاهدة، أو أن يتمّ نقل البضاعة من أو إلى أحد الدول المتعاهدة؛ وهو ما يعيدنا إلى عنصر الارتباط أو الصلة الذي كرسته العديد من الأنظمة القانونية كقيد من قيود الإرادة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق وفق منهج قواعد التنازع.

غير أنّ هناك من يجد أن تحقيق معيار الصلة في دولة متعاهدة، لا يوجب بالضرورة تطبيق القواعد المادية التي تتضمنها الاتفاقية ما لم يكن التركيز قد تمّ في وحدة إقليمية لدولة متعاهدة تسري فيها الاتفاقية، كإشارة منهم لفكّ الجدل القائم حول الدول المتعدّدة الأقاليم. إذ بالعودة لنص المادة 93 من اتفاقية فيينا لسنة 1980، ونص المادة 18 من اتفاقية أوتاوا للإيجار التمويلي، نجد أنّها تلزم الدول المتعاهدة التي تضمّ وحدتان إقليميتان أو أكثر، وتطبّق بموجب دستورهما أنظمة قانونية مختلفة بأن تشير بموجب إعلان إلى النطاق المكاني لسريان المعاهدة، إن كان يشمل جميع الأقاليم أو يبقى قاصراً على أقاليم محدّدة، مع احتفاظها بحق التعديل في موقفها بحسب ما تقتضيه الظروف بموجب إعلان لاحق؛ في حين أنّ تخلف

¹ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 163.

الإعلان كإجراء من طرف الدول المعنية بتعدد الأقاليم هو بمثابة قرينة على سريان بنود المعاهدة على جميع الأقاليم في الدولة الواحدة¹.

هذا وكانت المادة 92 من اتفاقية فيينا السالفة الذكر قد أجازت للدول المتعاهدة إمكانية الانحلال من جزء من أجزاء الاتفاقية وقت التوقيع أو التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، إذ تعدّ في نظر هذا الجزء دولة غير متعاهدة وهذا بالعودة لنص المادة 01 في فقرتها الأولى².

كما يشير الأستاذ Mayer إلى الجانب العملي في هذا المجال إذ يوضّح قائلاً بأن: " أجهزة الدول المتعاهدة هي الملزمة وحدها بتطبيق الاتفاقية، ومن الناحية العملية فإنّ محاكم هذه الدول هي الملزمة وحدها بمراعات هذه الاتفاقيات"³؛ كإشارة منه إلى الدور المنوط بالمحاكم الوطنية في إعمال القواعد المادية التي تتضمنها الاتفاقية، طالما كانت هذه الأخيرة سارية المفعول، طبقاً لنص المادة 100 فقرة 02 من اتفاقية فيينا⁴؛ بالرغم من أنّ بعض المحاكم حاولت إضفاء نوع من الليونة على مبدأ السريان هذا، وهو ما يستشف من مضمون القرار الصادر عن محكمة Grenoble الفرنسية بتاريخ 1993/06/16 بشأن النزاع القائم بخصوص عقد شفهي بين شركة ytong الفرنسية و Lalaosa الإسبانية في شهر فبراير من سنة 1991⁵، إذ عمدت المحكمة إلى التأكيد باستحالة تطبيق الاتفاقية من خلال نص المادة الأولى فقرة

¹ وهو الطرح الذي كرسه الأستاذ أحمد مهدي صالح.

عودة في ذلك إلى: أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 164.

² Article 92 :

1-Tout État contractant pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'il ne sera pas lié par la deuxième partie de la présente Convention ou qu'il ne sera pas lié par la troisième partie de la présente Convention.

2- Un État contractant qui fait, en vertu du paragraphe précédent, une déclaration à l'égard de la deuxième partie ou de la troisième partie de la présente Convention ne sera pas considéré comme étant un État contractant, au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention, pour les matières régies par la partie de la Convention à laquelle cette déclaration s'applique.

³ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 166.

⁴ Article 100/02 :

La présente Convention s'applique uniquement aux contrats conclus après son entrée en vigueur à l'égard des États contractants visés à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'État contractant visé à l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article premier.

⁵ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 167.

(1/أ) باعتبار أنّ الاتفاقية لم تسري في إسبانيا إلاّ من تاريخ 1991/08/01، وهو ما جعلها تأخذ بالفقرة (1/ب) من نفس المادة 01 والتي ترجّح كفة قانون البائع، وهو فرنسا¹.

هذا وجددير بنا أن نشير إلى أنّ المادة 95 من الاتفاقية منحت الدول إمكانية التحفظ بخصوص الفقرة (1/ب) من المادة الأولى المذكورة أعلاه²؛ وإن كان هذا التحفظ يحمل في طياته دلالات صريحة لاستحالة إعمال القواعد المادية من طرف القضاء الوطني متى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة؛ إلاّ أن الارتقاء بهذا الطرح في مجال التحكيم قد يجانب المنطق في حال ما إذا كان مقر التحكيم في دولة تتمسك بمثل هذا التحفظ، طالما أنّ الدور المنوط بالمحكم لا يهدف في جوهره إلى الدفاع عن النظام القانوني الوطني لهذه الأخيرة، وإنما يطمح لوضع مصالح الأطراف والتجارة الدولية فوق كل اعتبار مادام المحكم يستمدّ اختصاصه من اتفاق الأطراف؛ غير أنّ هذا لا يعفيه من أن يأخذ بالتحفظ في حال ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون وطني لدولة ما، تتمسك بالتحفظ الوارد في نص المادة 95 من الاتفاقية.

ثانيا- الأعمال القائم على معايير شخصية ومكانية:

فرضت الضوابط الشخصية والمكانية هبتها في مجال تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، وهذا بالرغم من تضارب وجهات النظر بشأنها، حيث صنفنا في غالب الحالات من بين العناصر التي يستهدي بها القضاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على النحو الذي بيناه آنفاً، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المعايير عاملاً مساعداً لتقصي الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة الدولية، أو أن تشكل ضابطاً احتياطياً يؤخذ به في حال ما تخلفت الإرادة عن المهام المنوطة بها؛ كما شكلت في حالات أخرى وسيلة في يد القضاء للتضييق من نطاق حرية الإرادة، مثل ما هو معمول به في التشريع الجزائري.

¹ Article premier :

1) La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents:

a) Lorsque ces États sont des États contractants; ou

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.

² Article 95 :

Tout État peut déclarer, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention.

ولما كانت القواعد المادية، تجسيد للمنحى المباشر لتنازع القوانين، كان لا بدّ من إعادة تشخيص للمعايير الشخصية والمكانية، وبحث أهميتها في أعمال هذه القواعد. وهنا نجد أنّ الدور الذي تلعبه في مجال القضاء لا يقل شغنا عن سابقه ودليل ذلك ما كرسه اتفاقية لاهاي لعام 1964 من خلال تأكيدها على نفاذ قواعدها في حقّ الأطراف المتعاقدة متى تمّ عقد البيع وفقاً للمعيار الذي تبنته الاتفاقية وهو أن تكون منشآت طرفي العقد في دول مختلفة وفق الحالات التي حدّدها النص، وهذا بالرغم من انتفاء عنصر الصلة بينها وبين الدول المتعاقدة، وبغض النظر عن جنسية الأطراف. وهو ما يجسّد في نظر الأستاذ Loussouarn صورة عن الإمبريالية القانونية التي تسعى للقضاء عن أية إمكانية لتنازع القوانين بين الدول المتعاهدة من خلال تحقيق فعالية في مجال التوحيد القانوني¹.

ذات الحكم أخذت به اتفاقية بروكسل لسنة 1924، والبروتوكول المعدّل لها سنة 1968، واتفاقية هامبورغ لسنة 1978 التي دخلت حيّز التنفيذ في 1992 وهذا في مجال النقل البحري الدولي، حيث اعتبرت كلا الاتفاقيتين أنّ دولية عقد النقل البحري تتحقّق فيما لو تمّ تنفيذ العقد بين دولتين مختلفتين، وذلك بغض النظر عن جنسية السفينة أو جنسية الناقل، أو الشاحن، أو المرسل إليه، أو أيّ شخص آخر ذي شأن. وقد عبّر الأستاذ محمد عبد الله محمد المؤيد عن هذه المواقف بالغربية، مادامت تجسّد صورة تعبّر عن التداخل بين التطبيق المباشر للقواعد المادية، وبين المعايير التي تبرّر إعمالها، ما قد يجرّدها من طابعها المباشر بحسب تقديره². غير أننا نجد أنّ هذا التداخل لا يعدو أن يكون مجرّد تداخل شكلي طالما لا يغيّر من طبيعة ومنهجية القواعد المادية؛ فالمعايير الشخصية والمكانية ليست سوى مبررّ لإعمال القواعد المادية بغية فك مسألة التنازع.

ثالثاً - الإعمال القائم على استحالة تطبيق قانون معين:

تعتبر العدالة السمة الحقيقية التي يتطلّع لتحقيقها القضاء سواء من خلال نهجه مسلك قواعد التنازع أو مسلك القواعد المادية، هذه الأخيرة وبالنظر لخصوصيتها في مجال عقود التجارة الدولية فإنّ إعمالها من طرف القضاء قد يكون مرهوناً باستحالة تطبيق قانون معين؛ إذ تعتبر هذه الاستحالة بمثابة

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 424.

² محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 425.

مؤشر لتفعيلها. وقد تترتب الاستحالة عندما يتعدّر على القضاء الأخذ بقانون معين، وفي الوقت ذاته استحالة ربط النزاع بقانون معيّن؛ وهو ما نجد له صورة في الحالة التي يتشبّث فيها كل طرف بقانونه الوطني، في حين يُستعصى على القاضي أو المحكم ترجيح كفة أحدهما تحقيقاً للعدالة. كما أنّ الإخلال بفكرة التوطين وقصورها قد يشكل صورة أخرى من صور الاستحالة، حيث يشير البعض في هذا السياق لمسألة التوطين المزدوج خصوصاً في عقود التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا والتي ينشأ عنها العديد من الصلات مع مختلف النظم القانونية لدرجة أنّ الأخذ بأحدها لتوطين العقد كفيلاً بالكشف عن ضعفها إذا ما قورنت بالصلات الأخرى¹.

وفي سبيل مواجهة الضعف في الروابط أو الصلات المتعدّدة أو المزدوجة، تعجز الدول أن تدّعي حقاً واقعياً، أو أن تطمح إلى تطبيق قانونها دون غيرها، ومن باب أولى ليس لها أن تتوقّع أن يطبّق قانونها في إقليم دولة أخرى. وهذه المعطيات تحديداً تشكل واقعة تحدو بالقضاء إلى فسح المجال أمام القواعد المادية لحكم الروابط العقدية.

ذات المنحى سلكته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 26 أكتوبر 1979 بموجب القضية التي جمعت بين الشركة الفرنسية Norsolor ونظيرتها التركية Pabalk حين خلصت في حكمها إلى تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي وهذا على خلفية الصعوبات التي حالت دون الرجوع لأي تشريع سواء التركي أو الفرنسي².

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 371.

² تفاصيل أكثر حول الحكم بالعودة إلى الرابط:

المطلب الثاني: العقوبات التي تعترض القضاء الوطني وقضاء التحكيم في سياق أعمال القواعد المادية

إن القواعد المادية وبتسليم من أهل الاختصاص تكون قد ساهمت إلى أبعد الحدود في فض مسألة التنازع في القوانين التي تعترى عقود التجارة الدولية. وإن كانت الجهود والمسععي الدولية تظافرت بغرض إرسائها وتعميم الأخذ بها كحلّ بديل في ظل محدودية قواعد التنازع، إلا أنّ تكريسها من قبل القضاء الوطني والدولي أبان عن بعض العيوب والمعوقات التي قد تعيق مسار القاضي أو المحكم في تحقيق تلك العدالة التي يتطلّع إليها أطراف العلاقة الدولية.

الفرع الأول: العقوبات المتعلقة بجوهر القواعد المادية

كشفت الممارسات التي كرسها القضاء الوطني وقضاء التحكيم في سياق تكريس القواعد المادية كمنهج لفظ النزاعات الناشئة عن الروابط التجارية الدولية عن بعض الغموض طال هذه القواعد في مضمونها، بحيث لم يشفع لها في ذلك طينتها التي تجعل منها وليدة الوسط التجاري. فالقواعد التي نشأت بفعل تواتر الممارسات وإن ترسخت بشكل عفوي في أذهان الفاعلين في مجال التجارة الدولية إلا أنّها لم تحسم الخلاف بينهم في شأن تصنيف بعض القواعد؛ وهو ما نجد له تجسيدا من خلال ذلك الجدل الذي يعترى بعض مصادرها خاصة ما يتعلّق بـ " عادات وأعراف التجارة الدولية "، إذ في الغالب من الأحيان ما يتمّ تصنيف العادات أو ما يعرف بمصطلح " Usages " في نفس مرتبة الأعراف " Customs " وهذا بالرغم من وجود بعض المفارقات فيما بينهما. بل أكثر من ذلك فإنّ العادات في حدّ ذاتها قد تختلف من نظام قانوني لآخر، وهذا ما أكّده الفقيه Honnold حين أشار إلى أنّ الخلاف القائم بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعادات التجارة الدولية ناتج في الأساس إلى سوء فهم المقصود منها وتداخلها مع بعض المصطلحات القريبة منها وهذا بدرجة قد تؤدي بنا إلى حدّ الابتعاد عن المدلول الذي جاءت به نص المادّة 09 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، كما أنّ الانظمة الاوربية باتت في العديد من المناسبات لا تميّز في كتاباتها القانونية بين العادات وعادات التجارة والأعراف¹، وهو ما أكّده الفقيه " كولدشتاين " الذي

¹ وهو ما نلمسه في كتابات الأستاذين L. Renault و Ch. Lyon-Caen

على سبيل المثال ذلك التحليل الذي جاء في مؤلفهم الصادر سنة 1889:

« En donnant cette importance à l'usage, nous ne faisons que suivre la tradition. Le droit commercial tout entier a commencé par être coutumier ; on l'appelait consuetudo mercatorum...le mouvement incessant des affaires, l'esprit d'initiative, l'influence réciproque des divers pays, qui, pendant longtemps, sont sous l'empire exclusif de la coutume avant que le législateur ne s'en occupe ».

نوّه بضرورة توخي مقدار من الحيطة في انتقاء المصطلحات وهذا بغرض الحفاظ على المعنى القانوني، إذ أشاد الفقيه بضرورة الفصل بين مصطلحات العادة *usage* والعادة التجارية *usage of trade* والعرف *custom*¹.

هذا وخلص القانون التجاري الموحد الأمريكي إلى إعطاء تعريف لعادات التجارة بعد أن عمد إلى استخدام مصطلح *usages of trade* على المصطلح التقليدي والذي يراه الفقه أكثر ضيقاً وهو *custom*، إذ ينص القسم 1-205 من هذا القانون على الآتي: "العادة التجارية هي أية ممارسة أو أسلوب في التعامل تتم مراعاتها بانتظام في مكان ما في مهنة أو تجارة لتبرير التوقع بمراعاتها في مجال التعامل المهني؛ ويتم إثبات وجود ونطاق تلك العادة كوقائع"².

ولعلّ إرساء بعض المفارقات بين العادات والأعراف لاحت مع أواخر القرن التاسع عشر ميلادي على يد الأستاذ François Geny الذي أكد بأنّ العادة تشكل البنية التحتية للعرف، وأنّ مسار تحولها هذا يقوم على أساس قانون ذاتي ينطوي في مضمونه على قانون وضعي؛ مشيراً في سياق تحليله إلى الدور الذي يلعبه الجانب البسيكولوجي في مسار التحول³. غير أنّ موقفه هذا كان محلّ انتقاد من طرف الأستاذ Jean Escarra الذي أكد بأنّ الأعراف بإمكانها أن تنطوي على العامل البسيكولوجي بصفة مستقلة ودون حاجة منها إلى العادات، وإن ذهب في تحليله إلى تقسيم العادات إلى شقين اثنين: عادات الوقائع، وعادات القانون، حيث اعتبر أنّ هذه الأخيرة تشكل مع الأعراف وجهان لعملة واحدة⁴.

= LYON-CAEN (Ch) Et RENAULT (L), Traité de droit commercial, 2 éd, T 1, Paris, 1889, p. 68.

¹ أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص 126.

² أحمد مهدي صالح، المرجع نفسه، ص 127.

³ حيث أكد قائلاً بأنّ:

« l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif ; autrement dit, que les actes composant cet usage n'ont effèt, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective ».
GENY (F), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^{ème} éd, Paris, L.G.D.J., 1919, p 361.

⁴ « L'usage de droit, ce n'est pas autre chose que la coutume, il faut le proclamer, et cette conception est plus satisfaisante pour l'esprit et plus conforme à la réalité que celle qui isole les deux phénomènes. IL ne reste que des deux termes en présence : d'une part les pratiques ou usages de fait, de l'autre la coutume ou usage de droit... Ce n'est qu'une question de mots que de parler de coutume et d'usage : l'erreur naît de ce qu'on veut y voir autre chose que les synonymes d'un même phénomène juridique... Toute différence entre l'usage et la coutume étant repoussée, il en résulte que contrairement à l'opinion de M. Gény, qui refuse toute valeur objective à l'usage de droit et ne la reconnaît qu'à la coutume, on doit donner même valeur, même force

ولعلّ اختلاف وجهات النظر هاته بين أهل الاختصاص حول المقصود بالعادة والأعراف في مجال العلاقات الخاصة الدولية، إنما يدلّ على صعوبة إيجاد الميكانيزمات والآليات القانونية الكفيلة بالفصل فيما بينها، وهو ما يفيد بأنّ ترجيح القاضي أو المحكم لكفة إحداهما على حساب الأخرى قد يغيّر مسار العدالة المنشودة في الوسط التجاري العالمي؛ وما قد يزيد الطين بلّة هو الوقوف على هذه المفارقات في ظلّ تفشي الروابط القانونية عبر الأوساط الافتراضية.

الفرع الثاني: العقبات المتعلقة بمسايرة عصنة التجارة الدولية

على الرغم من تسليمنا المسبق بأنّ القواعد المادية هي وليدة البيئة التجارية، تطورت في كنفها وسايرت نكساتها وتطوراتها بصورة قد تجعل الخائض في الشأن الدولي يستشعر بأنّ هذه القواعد كفيلة برعاية مصالح التجارة الدولية في كلّ زمان ومكان، إلاّ أنّنا بالمقابل قد تتبادر في أذهاننا الفرضية العكسية التي قد تكبس مسار هذه القواعد على اعتبار أنّ المعاملات التجارية ما تفتأ تتغيّر وتبلور، وهي الصورة التي تتجسد من خلال الروابط التجارية الإلكترونية. فبالأمس القريب كانت البضاعة محلّ معاينة من خلال الصور أمّا الآن صار بالمقدور لأطراف العلاقة التعاقدية معاينة البضاعة بصورة مباشرة عبر تقنيات التحوار المرئي على سبيل المثال، ولا تزال التكنولوجيا تحمل في طياتها العديد من المفاجآت للفاعلين في المجال التجاري بدرجة يصعب معها التكهن بما قد يحمله الغد الذي ليس ببعيد.

ولما كانت القواعد المادية تجرّ قوامها من خلال جملة من المصادر كان جدير منّا أن نقف على بعضها لنلمس مدى صمودها أمام هذه التغيرات المتتالية.

أولا - مدلول العرف في مواجهة التجارة الإلكترونية:

بصرف النظر عن تلك المفارقات التي كرسها الفقه في سياق البحث عن معالم الاختلاف بين العرف والعادة من خلال التركيز على الركن المعنوي والمتمثل في العامل البسيكولوجي المولّد لخاصية الإلزامية، وبفرض سهولة التوصل إلى العرف وفق المفاهيم التقليدية الراسخة في القانون الدولي الخاص، فإنّ الارتقاء

=obligatoire à l'une et à l'autre, c'est-à-dire au phénomène unique que l'on prétend en vain dédoubler sous deux dénominations distinctes dans le fond et dans la forme ».

ESCARRA (J), De la valeur juridique de l'usage en droit commercial, Annales de droit commercial, 1910, p 118 et 120.

بهذه الأخيرة إلى المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الفضاءات الافتراضية هو أمر قد يصعب إلى حد كبير تحقيقه من الناحية العملية دون إضفاء بعض من المرونة على العناصر التي تقوم عليها، إذ أنّ العادات المتعلقة بالتجارة الالكترونية قد يتعدّد تحديدها وإثباتها، على اعتبار أنّ رصد سلوك الخائضين في العلاقات التجارية يصعب تحديده كما يصعب التحقق من تكراره، وهذا إنّما يعود في الأساس لتلك الفجوة التي تفصل بين التطور السريع للمعاملات التجارية من جهة، وبين استقرار وثبات السلوك من جهة أخرى.

ثانياً- القوانين النموذجية وتقنيات السلوك في مواجهة التجارة الإلكترونية:

تهدف القوانين النموذجية إلى وضع مبادئ أساسية لتسهيل التجارة الدولية، تعدّ بمثابة الهيكل العام، فاسحة المجال بالمقابل للدول من أجل إصدار اللوائح التنظيمية لاستكمال التفاصيل الإجرائية. فالنظر لهذه القوانين على أنّها مجرد اتفاق مفتوح بحاجة لدعامة وطنية بغرض إعطائه جرة قانونية يثير بشأنها العديد من النقاشات والتساؤلات.

وعلى الرغم من أنّ القوانين النموذجية في إطار المعاملات الإلكترونية لم تعد قاصرة على عقود البيع، بل طالتها لتشمل شتى أنواع المعلومات التي تأتي في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق الأنشطة التجارية، فقد ارتأى الخبراء القانونيون القائمون على إعدادها أنّ ضمّ مختلف هاته المعاملات للقانون النموذجي قد ينتج عنه صعوبة التوصل إلى اتفاق موحد ومرضٍ بشأن أية قواعد موضوعية، ما يفضي في النهاية إلى استبعاد تلك العقود من نطاق القانون النموذجي، على أساس أنّ تلك المعاملات تنطوي على تنظيم أمر في الدول وأنّ إدماجها ضمن مسائل القانون النموذجي سوف يترتب عليه عدم إتاحة مجال كافٍ لمبدأ حرية التعاقد¹.

على صعيد آخر، يمكن القول أنّ عدم الاستقرار الذي يطال المعاملات التجارية الدولية في هيكلها التنظيمي خصوصاً في جانبه المتعلق بتبادل البيانات، يعزّز من أهمية تقنيات السلوك في سدّ القصور والعجز الذي يعتري التقنيات الوطنية والاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية التي تعنى بتنظيم المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات. ومع ذلك قد تظهر هذه التقنيات بحلّة التّسبية على اعتبار أنّها صمّمت في الأصل لكي تخدم بصورة محضّة المعاملات الوطنية، فهي كثيراً ما تعكس النظام

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 226.

القانوني الوطني ذا الصلة¹؛ حيث نجد صورة لها في تقنين السلوك العملي لهيئة موردي الخدمات عبر الأنترنت (ISPA)² الذي يوصي المتعاملين بأن يتطابق سلوكهم في مجال الإعلانات والترويج مع التنظيمات المنصوص عليها في القانون الإنجليزي.

هذا وقد أبدت تقنينات السلوك محدوديتها في مجال التجارة الإلكترونية، فهي لا تنطبق على جوهر عمليات نقل البيانات التجارية، على غرار تلك التقنينات التي وضعتها غرفة التجارة الدولية عام 1987 والتي أصبحت متاحة لمستخدمي الشبكة الدولية للمعلومات، حيث أوجدت ما يعرف بمدونة سلوك متفق عليها يجوز للأطراف اختيارها لتسري على علاقتهم القائمة على التبادل الإلكتروني للبيانات. وكان الأستاذ VINCENT Gautrais قد خلص في تحليله لتقنينات السلوك إلى أنها تشكل قواعد نسبية، وهذا يعود وفق تقديره للدور المحتشم الذي تلعبه في استخلاص قواعد عامة غير ملزمة³.

ويلاحظ من خلال التحليل الذي ساقه الأستاذ Gautrais أنه لم يستند فيه للمقومات العملية التي تصاحب قواعد السلوك في إعمالها، ولكن ذهب إلى أبعد من ذلك حين حاول تقييم القوة الإلزامية لمثل هذه القواعد، حيث أبان عن موقفه بعدم قناعتته بالقوة الملزمة لقواعد السوق، وهذا دون أن يسلبها أو يكسبها هذا الوصف بصفة قطعية، ليتخذ بذلك موقفا وسطا جاري فيه أصحاب الرأي المشكك لصفة النظام القانوني للقواعد المادية⁴.

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 229.

² حيث تبنت الهيئة في 21 ماي من سنة 1996 تقنينا عمليا يتضمن قواعد سلوك وإجراءات وجزاءات تطبق في حالة وقوع النزاع، كما تحدّد بموجبه المبادئ العامة الموصى بها في مجال الإعلانات والترويج للمبيعات، حيث يترتب على عدم الامتثال للإرشادات جزاءات مناسبة تصل إلى حدّ حذف الموقع الإلكتروني للطرف المخالف.

عودة في ذلك: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 175.

³ صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 231.

⁴ عودة في هذا التحليل إلى الصفحة 176 من معرض هذه الدراسة.

المبحث الثالث: إعمال القواعد المادية مع بقاء الحاجة لقاعدة التنازع وإرساء فكرة التكامل

إن التسليم بأحقية القواعد المادية في حكم منازعات عقود التجارة الدولية بشكل مباشر تنوب فيه عن قواعد التنازع التي أبدت محدوديتها وتعقيدها في العديد من المناسبات؛ هو طرح وإن كان يوحى في دلالاته باستقلالية المنهج المادي عن المنهج التنازعي، إلا أنّ واقعه العملي قد يسير في عكس التيار، إذ قد تبقى معالم قاعدة الإسناد قائمة بذاتها بالرغم من سلوك القضاء لمنحى القواعد المادية، فيعمل المنهجين وفق هذا التقدير جنباً إلى جنب بغية تقصي حلول تسائر تطلعات الأطراف وتراعى فيها أبعاد العمل التجاري.

المطلب الأول: محاولة الوقوف على مختلف صور التكامل بين المنهجين المادي والتنازعي

إنّ تحليل فكرة التكامل بين كل من المنهج المادي ومنهج قاعدة الإسناد لن يتأتى سوى من خلال الخوض في البنى التحتية للمنهجين، خصوصاً ما تعلق منها بالقواعد المادية وهذا بنية البحث عن مواقع الارتباط والتي قد تتجسّد في أكثر من موقف.

الفرع الأول: التكامل بين القواعد المادية ذات المصدر الداخلي وقواعد الإسناد

إنّ الأصل في القواعد المادية ذات المصدر الداخلي أنّها مستقلة بذاتها، إذ يتمّ إعمالها بمعزل عن قواعد التنازع، فهي بهذا المفهوم تطبق على العلاقات العقدية الدولية التي تدخل في إطار سريانها وبصرف النظر عن القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد؛ إلا أنّ بعض التشريعات المقارنة سارت بعكس التيار، حيث أثبتت من خلال الآليات التي أقرتها لمعالجة مسألة التنازع في القوانين، أنّ المنهج المادي ذو الجذور التشريعية الداخلية لا يُطبّق بعيداً عن منهج قواعد الإسناد وإمّا يتكامل معه؛ وهذا ما كرسه كل من تشريع التجارة الدولية التشيكي الصادر سنة 1963 والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح من شهر أبريل من عام 1964، وكذلك التشريع الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية لعام 1976¹؛ حيث أوضعا شرطين اثنين، توافرها يؤدي لتطبيق القواعد المادية:

¹ حيث نصت المادة الأولى فقرة 01 من التشريع الألماني على أنه: " ينطبق هذا القانون على العقود الاقتصادية الدولية، والعلاقات التي تسند إليه في حالة اتفاق الأطراف على الخضوع لهذا القانون، أو عندما تشير قواعد الإسناد إلى وجوب تطبيق هذا القانون ". والأمر ذاته ينطبق على التشريع التشيكي الذي تشير مادته الأولى التي تحدد نطاق سريانه، بعدم تطبيق هذه النصوص إلا إذا كان القانون التشيكي مختصاً بحكم النزاع وفقاً لقاعدة

- أن تكون الرابطة العقدية المطروحة على القضاء التشيكي أو الألماني من قبيل الروابط ذات الوصف الدولي.
 - أن يكون كل من القانون التشيكي أو القانون الألماني بحسب الحالة هو الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع؛ وهذا ما يُفيد بأن نصوص القانونين لا تنطبق انطباقاً مباشراً على عقود التجارة الدولية القائمة أمام كل من القضاء التشيكي أو الألماني ما لم يكن قانونهما مختصاً بموجب قاعدة الإسناد¹.
- وإن كان التشريعين ضيقاً من نطاق التكامل بين المنهج المادي والمنهج التنازعي باشتراطهما أن يكون قانونهما الوطني هو المختص بموجب قاعدة الإسناد، إلا أن هذا لا ينفي جانب التكامل في حال إعمال قواعد مادية ذات مصدر داخلي في قانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية².
- بل أكثر من ذلك، فإنه يستوجب على القاضي الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانونه باختصاص أحد التشريعين، سواء الألماني أو التشيكي أن يقوم بإعمال القواعد المادية بصفة مباشرة على النزاع القائم وهذا دون الخوض في قواعد التنازع الأجنبية والإحالة، أو موانع التطبيق؛ إذ يُفترض علمه المسبق بجهود الدول في إنشاء قواعد خاصة بتنظيم التجارة الدولية، وتجاهلها يؤدي دون أدنى شك إلى تشويه الغاية من هذه القواعد والتقليل من شأنها³.

= الإسناد التشيكية، أو في حال اختار الأطراف صراحة تطبيق هذا القانون. وبالتالي فإن قاعدة الإسناد هي بمثابة الدعامة التي يستند عليها بُغية تطبيق هاته النصوص.

خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 282-283.

¹ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 298.

² حيث نجد على سبيل المثال ان قانون نقل التكنولوجيا الفيتنامي لسنة 2006، المتضمن قواعد مادية تتعلق بنقل التكنولوجيا أشار من خلال نص المادة 4 فقرة 03 على أنه: " في الحالات التي تتضمن نشاطات نقل التكنولوجيا عناصر أجنبية، فلأطراف العقد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي أو عادات التجارة الدولية، بشرط أن لا يخالف القانون الأجنبي أو العادات التجارية الدولية المبادئ الأساسية للقانون الفيتنامي ".
فص المادة عبارة عن قاعدة إسناد أجازت للأطراف اختيار عادات التجارة الدولية لحكم روابطهم العقدية شريطة عدم مخالفتها للمبادئ الأساسية في القانون الفيتنامي.

خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 286.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 422.

الفرع الثاني: التكامل بين القواعد المادية ذات الأصل القضائي الداخلي وقواعد الإسناد

لا يختلف رأيان حول أهمية القضاء في إرساء القواعد القانونية، حيث يتجلى دوره من خلال معالجة بعض أوجه القصور التي تشوب التشريعات الداخلية على وجه الخصوص، والتي نجد صورة لها في قواعد الإسناد، وهذا من خلال إرساء قواعد مادية كفيلة بحل مسألة التنازع في القوانين.

وقد كان القضاء الفرنسي قد تولى زمام المبادرة في هذا المجال من خلال بحث قواعد مادية تتجاوز والتطورات التي عرفتها العلاقات الخاصة الدولية، خلافا لما هو معمول به في نظامه القانوني الداخلي. فنجد أنّ محكمة النقض الفرنسية كرسّت قاعدة مادية في إطار القانون الدولي الخاص، مضمونها جواز الاتفاق على شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية حتى لو كان ذلك الأمر غير جائز في إطار العقود الداخلية من خلال اسنادها على منهج قواعد التنازع وفكرة النظام العام وهذا في قضية *Messageries Maritimes* المتعلقة بعقد دولي خاضع للقانون الكندي الذي تقتضي أحكامه ببطان هذا الشرط¹.

كما استخدمت محكمة النقض في قرار آخر صادر بتاريخ 15 نيسان 1964 بموجب قضية *San-Carlo* منهج قاعدة الإسناد حال إقرارها أنّ الحظر الوارد على الدولة للتصالح لا يعدّ مسألة أهلية بالمعنى الذي تعبّر عنه المادة 03 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي، حيث أجازت للدولة الفرنسية إخضاع عقدها لقانون أجنبي يعترف بصحة شرط التحكيم، شريطة أن يكون هذا العقد دولياً، وهذا بخلاف ما تقتضيه المواد 83 و 1004 من قانون المرافعات والتي تحظر إدراج شرط التحكيم في العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها؛ حيث برّرت المحكمة موقفها من خلال الإشارة أنّ الحظر منوط بالعقود الداخلية².

ومن خلال الخوض في الخلفيات التاريخية لقضاء محكمة النقض الفرنسية، نجد أنّ إقرار القواعد المادية ذات التطبيق المباشر لم يكن صريحاً منذ الوهلة الأولى، بل أنّ القضاء وبقصد ترسيخ معالمها عمد إلى التسترّ خلف حجية النظام العام الذي يحدّ من صلاحيات قواعد الإسناد؛ حتى إذا اكتسبت حلوله طابعاً

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 292-293.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 294.

عامًا مجرّدًا نتيجة استقرار الأخذ بها من جانبه ومن جانب الفاعلين في مجال التجارة الدولية، فإنه لا يتردّد في الإعلان عن استقلالها بوصفها قواعد مادية في مجال القانون الدولي الخاص¹.

وعلى العموم فإنّ تواتر القضاء على إقرار القواعد المادية من خلال منهج قاعدة الإسناد، يرجع إلى الحاجة التي تقتضيها المعاملات التجارية الدولية، التي أثبتت في كلّ مرّة حاجة المنهجين للتكامل والتعايش لبلوغ الهدف المنشود، المتمثل في تقصّي القانون الواجب التطبيق على الوجه الصحيح بغرض الفصل في النزاعات القائمة.

الفرع الثالث: التكامل بين القواعد المادية المستمدّة من الاتفاقيات الدولية وقواعد الإسناد

بالتعريب على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والتي سبقت الإشارة إليها سابقًا، والتي صاغت قواعد مادية تتلاءم والحاجات التي تفرضها المعاملات التجارية الدولية؛ إن كانت في ظاهرها توحى باستقلالية القواعد المادية عن منهج قواعد الإسناد، إلّا أنّ إعمالها في كثير من الحالات يقضي بخلاف ذلك؛ وتبرير هذا التوجه نجده في أكثر من موضع:

أولاً - التكامل القائم على نطاق تطبيق الاتفاقية:

لقد جاء نص المادة 01 من الاتفاقية صريحًا في تحديد نطاق تطبيقها، حيث نصت على أنّه: " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المنعقدة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولًا متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة ". وجاء تفسير اللبس القائم بخصوص مكان العمل من خلال نص المادة 10، والتي أشارت إلى إمكانية تعدّد مراكز الأعمال أو انعدامها².

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 291.

² المادة 10 فقرة أ: " إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده ". وفي حالة انعدام مركز الأعمال نصت الفقرة - ب - من نفس المادة على أنّه: " إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد ".

فلا يكفي إذاً لإعمال أحكام هذه الاتفاقية توزيع أماكن عمل الأطراف عبر دول مختلفة، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن تكون هذه الأخيرة من الدول المتعاقدة أو المنضمة للاتفاقية؛ أو أن تشير قواعد الإسناد في القضاء المختص إلى تعيين قانون دولة متعاقدة¹.

وإن كانت علاقة القواعد المادية بمنهج قاعدة الإسناد قد تبدو واضحة وصريحة من خلال ما تمت الإشارة إليه، إلا أن هذا الوضوح يبقى محتفظاً بملامحه حتى في حال تخلف إعمال الاتفاقية بموجب قاعدة الإسناد، ذلك أنّ الغاية من قواعد الاتفاقية هو إيجاد حلول مباشرة للروابط الخاصة الدولية من خلال التقليل من ضرورة اللجوء لقواعد الإسناد التي تبقى قائمة في أكثر من موضع، وهذا تحقيقاً للهدف الاسمي للاتفاقية المتمثل في بلوغ التوحيد².

ثانياً - التكامل القائم على قصور الاتفاقية:

بحكم الطابع الذي تمتاز به التجارة، والمتمثل في تسارع وتيرتها وتغيّر ميكانيزماتها، فإنّ الاتفاقية الهادفة لوضع قواعد موحدة في مجال الروابط العقدية الدولية قد تجد نفسها في العديد من الفرضيات عاجزة عن مواكبة ومسايرة هذه النكسات المتسارعة، وهو ما نلمسه من خلال إغفالها للعديد من المسائل على غرار تلك المتعلقة بصحة عقد البيع، وصحة الشروط التي يتضمنها هذا العقد³. ومادام التسليم بالقصور وارد، فإنّ البحث عن الحلول هو أمر واجب وهذا بغية سدّ النقص، إذ كشفت الدراسات عن ترسيخ ثلاثة حلول:

* الحل الأول يعتمد في سدّ النقص على المبادئ العامة التي تُقرّها الاتفاقية أو ما يعرف باصطلاح True Code Approach، ما يفيد أنّ القاضي أو المحكم عندما يواجه نقصاً في نصوص الاتفاقية، فإنه يسعى لسدّ هذا النقص من خلال تطبيق المبادئ التي يستخلصها من ذات الاتفاقية، وهذا دون البحث

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 306.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 307.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 308.

عن مصادر خارجية¹؛ إذ بالإمكان أن يسترشد لتحقيق ذلك بالعرض الذي تسعى لتحقيقه الاتفاقية، والسياسة أو الفلسفة التي تتبعها².

* بخلاف المسلك الأول، يقوم الحلّ الثاني لسدّ النقص في الاتفاقية على بحث المصادر الخارجية، والتي تشكل المبادئ العامة في النظام القانوني في مجموعته Meta Code Approach³؛ يلجأ بموجبها القاضي أو المحكم إلى تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص على المسائل التي أغفلت الاتفاقية تنظيمها⁴.

* أمّا ثالث الحلول يقوم على أساس المزج بين الحلين السابقين، فهو يعتمد في سبيل سدّ النقص الذي يطال الاتفاقية كأصل عام على تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الأخيرة؛ غير أنّه وفي حال لم يجد القاضي أو المحكم ما يسعفه في المبادئ العامة وجب عليه تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص. وهو ما أشارت إليه الاتفاقية من خلال نص المادة 07 فقرة 02⁵.

ثالثاً - التكامل القائم على دور الإرادة في استبعاد أحكام الاتفاقية:

علاوة على التكامل القائم بين منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد المادية بحكم قصور الاتفاقية أو نطاق تطبيق الاتفاقية، يطفو على سطح التكامل وجه آخر يتجسّد من خلال دور الإرادة في استبعاد

¹ مثال ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإقليمية بمدينة برشلونة الإسبانية في قضية رقم 210 بتاريخ 20 جوان 1997، حين أشارت أنه: " في حدود نطاق اتفاقية البيع، لا توجد أحكام تسري بالتحديد على العيوب المستترة، ولكن ثمة بدلا من ذلك أحكام تسري على عدم مطابقة البضائع التي هي موضوع العقد "

خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 309.

² حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص 49.

³ حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع نفسه، ص 49.

⁴ وهو ما ذهبت إليه أحد المحاكم الألمانية في حكمها الصادر بتاريخ 24 جانفي 1994 حول صحة التحويل، حيث عمدت المحكمة في ظل غياب اتفاق الأطراف وبالارتكاز على القانون الإيطالي في ظل إغفال الاتفاقية لمسألة التحويل، إلى إقرار الدفع بالليرة الإيطالية على اعتبار أنّ مكان الأداء هو محلّ عمل البائع الإيطالي.

حكم منشور عبر الموقع الإلكتروني: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940124g1.html>

زيارة بتاريخ 20/10/2020 في حدود الساعة 22h29.

⁵ وكانت هذه الفقرة قد أضيفت بموجب المؤتمر الدبلوماسي الذي عقد في فيينا شهر أبريل 1980 والذي أقرّ الاتفاقية، بعد أن أغفلها المشروع في سنة 1978؛ حيث جاءت هذه الفقرة كاستكمال لمبادئ التفسير المنصوص عليها في الفقرة الأولى من ذات المادة.

حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، ص 50.

أحكام الاتفاقية، وهذا بناءً على الاتفاق الصريح أو الضمني للأطراف. فقد فسحت الاتفاقية بموجب نص المادة 06 مجالاً أمام الأطراف لاستبعاد تطبيق الاتفاقية، أو مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره¹، حيث يتجلى بوضوح من خلال موقفها هذا تكريسها لمبدأ سلطان الإرادة بالدرجة التي يعمل فيها هذا الأخير على استبعاد أحكام الاتفاقية بشكل كلي أو جزئي.

هذا وتشير العديد من التشريعات المقارنة إلى دور الإرادة في الأخذ بأحكام الاتفاقية أو استبعادها، على غرار ما عمد إليه المشرع العراقي في نص المادة 25 من التقنين المدني التي نصت صراحة على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحداً موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد؛ هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر يريد الانطباق"².

وبالتالي فإنّ الأخذ بأحكام الاتفاقية من عدمه يتوقف على إرادة الأطراف وهذا بموجب قاعدة الإسناد الوطنية؛ بالرغم من سعي الاتفاقية إلى توحيد القواعد القانونية التي تحكم البيوع الدولية.

وعلى ضوء الحجج التي سبقت في هذا المجال، يمكن أن نقرّ بفكرة التكامل بين المنهج المادي والمنهج التنزعي، وإن كان يظهر من خلال التمعّن في فكري سدّ النقص ونطاق تطبيق الاتفاقية أنّ المنهج المادي قد يبدو متفوقاً على نظيره إلى أبعد الحدود، إذ يعمل على التضييق من نطاق قواعد التنازع إلاّ إنه وبالرغم من ذلك لا يستبعداها.

الفرع الرابع: التكامل بين القواعد المادية ذات الأصل التلقائي وقواعد الإسناد

يعبّر مصطلح القانون التلقائي على مجموعة القواعد التي تجرّد أساسها في الممارسات التجارية، فنجد صورها تطل عادات وأعراف التجارة الدولية، والشروط العامة والعقود النموذجية، والمبادئ العامة للقانون، فضلاً عن قواعد العدالة والإنصاف. ولعلّ التحكيم التجاري الدولي لم يتوانى عن إثراء هذه الصور كلّما

¹ المادة 06: "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نصّ من نصوصها أو تعديل آثاره"

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المتاحة عبر الموقع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 314.

أتيحت له الفرصة لذلك، باعتبارها حلولاً وجدت استجابة لمتطلبات العلاقات والروابط الاقتصادية الدولية، ويرى الفقيه Fouchard أنّ الأعمال المباشر لهذه الصور أضحى بمثابة حتمية في ظلّ هجر الأطراف لقضاء الدولة مقابل تبنيهم قضاء التحكيم¹، غير أنّ مثل هذا الأعمال قد لا يتمّ بمنأى عن منهج قاعدة الإسناد.

أولاً - تكامل عادات وأعراف التجارة الدولية وقواعد الإسناد:

درج رجال الأعمال منذ وقت طويل على اتباع عادات وأعراف معينة في معاملاتهم التجارية، ترسخت نتيجة تواتر الممارسات في الأوساط التجارية بين مختلف المهنيين. وقد عمد التحكيم التجاري الدولي من خلال تبني هذه العادات والأعراف التجارة الدولية إلى استخلاص الحلول العادلة بين الخصوم وهذا في ضوء المفاهيم القانونية ذات الطابع الدولي، حيث يتمّ ذلك في كنف القانون؛ ومن ثمّ فإنّ حرية المحكم الدولي ليست بالمطلقة في هذا المجال، إذ لا يمكنه الخروج عن ما هو متعارف عليه في مجال الروابط التعاقدية؛ والأكثر من ذلك لا بدّ أن يبنى نهجه في تحديده للقانون الواجب التطبيق على أسس واضحة ومعلّلة.

وإنّ عزّجنا على مختلف التشريعات المقارنة ونصوص الاتفاقيات الدولية، وهيئات التحكيم الدولية نجدها قد أشارت بشكل أو بآخر للجانب التكاملي الذي يجمع بين عادات وأعراف التجارة الدولية وبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بموجب قاعدة الإسناد؛ فنجد أنّ نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي قضت بأن " يفصل المحكم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي غياب مثل هذا الاختيار فطبقاً لتلك التي يُقدّر ملاءمتها، ويأخذ بالحسبان في كلّ الأحوال عادات التجارة ". كما منح القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لعام 1985 من خلال نص المادة 28 فسحة للمحكم بأن يراعي من خلال وقوفه على إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق العادات المتبعة في المعاملات التجارية محلّ النزاع². وذات التوجه أخذت به اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 في المادة 21 التي قضت

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 369.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 374.

بأن: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقلة ".

كما نصت المادة 1050 من ق.إ.م.إ الجزائر في الفصل السادس المعنون بـ " الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ".

ولعلّ حرص هذه التقنيات على ضرورة مراعاة العادات والأعراف التجارية السائدة في مجال المعاملات التجارية، قد يكون بمثابة الدافع الذي يصنف القواعد المتعلقة بها في خانة القواعد المكتملة باعتبارها قواعد محدودة، على اعتبار أنّ الأصل يرجح كفة قاعدة التنازع في حكم الروابط التعاقدية التجارية الدولية¹.

ولقضاء التحكيم مواقف تؤيد هذا النظر، ففي حكم صادر سنة 1983 عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ذهبت فيه إلى أنّه يفترض في المحكم أن يراعي في المقام الأول قاعدة الإسناد التي تتناسب وموضوع النزاع، بحيث لا يجد قانون التجارة الدولية مجالا للتطبيق إلاّ في حالة استبعاد المحكم للقانون الواجب لانطوائه على علة قد تتجسد من خلال المساس بالنظام العام، أو مبدأ حسن النية، أو في حال تعدّد إثبات القانون الأجنبي المختص، أو تحقق القصور في حال ثبوته. فضلا عن هذا فإنّ بعض الآراء الفقهية حرصت على الأخذ بعين الاعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية كمصدر احتياطي أو مكمل، يعين المحكم على اختيار الحلّ الأنسب للنزاع مما يقتضي التطبيق الجامع لهذه العادات والأعراف وقواعد القانون الوطني².

ويمكن لنا ان نستخلص من هذا التوجه، أنّ الأخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصرا من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، إنّما يعود في الأساس لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، غير أنّ تطبيق هذه العادات إنّما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية، بحكم أنّ

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 379.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 380-381.

الأولية تكون لمنهج قاعدة الإسناد. وهو ما يعلّل مقدار التكامل القائم بين المنهجين والذي يترسخ من خلال تجسيد مبدأ " مراعاة أحكام العقد وعادات التجارة الدولية " .

ثانيا - تكامل الشروط العامة والعقود النموذجية وقواعد الإسناد:

تعتبر الشروط العامة والعقود النموذجية عن واقع مهني مرتبط بمجتمع التجارة والفاعلين فيها، ولا مناص في أنّها أصبحت بمثابة أداة هامة في القانون التجاري الدولي، لا سيما بالنسبة للدول التي ليس لها من الإمكانيات المادية واللوجستية ما يُمكنّها من صياغة مثل هذه الشروط؛ فعقود التأمين أو عقود التوريد على سبيل المثال تعكس صورة من صور التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي سادت المجتمع الدولي. فهذه العقود تجري على نسق واحد تفرضه طائفة معينة من التجار أو نقابات وغرف تجارية تقيد المتعاقدين في نطاقها، بحيث تضعف معها حريتهم في إبرام العقود وتكاد تندثر، ليجدوا أنفسهم أمام حتمية الانصياع لشروط أمرة معدّة سلفاً¹. فمتى اتخذ العقد الدولي صورة العقد النموذجي أخذت فيه الرضائية شكلا جديدا بحلول الإرادة الجماعية للجماعة التي ينتمي إليها المتعاقدان بما لها من قوّة واعتبار، محلّ إرادتهم الفردية بما قد يعتريها من ضعف ووهن؛ وهذا نظير تحقيق مصلحة مشتركة.

وقد نصت بعض قوانين التحكيم على ضرورة مراعاة الشروط العقدية من قبل المحكم عند الفصل في النزاع². بصفتها أحد مقومات القانون التلقائي. غير أنّ هذه الشروط وإن كانت وفق الفقه الغالب تتحرّر من إسنادها لقانون وطني معيّن³، فإنّ هذا لا ينفي بقاء الحاجة لمنهج قاعدة الإسناد، ذلك أنّ الأصل في أعمال العقود النموذجية يبقى منوطا باتفاق الأطراف على تطبيقها، في حين أنّ هذا الأخير يتم

¹ وقد تعبر الشروط العامة في الغالب عن رغبة الشركات والدول المتقدمة في تكريس تبعية الدول النامية لها، وحرصها على المحافظة على المساحة الفاصلة بينهم، فهي تعبّر عن عدم التكافؤ الاقتصادي. ولعلّ الواقع العملي يبرهن أنّ قبول الشروط العامة والممارسات المقيدة والمحففة من طرف الدول النامية هو حتمية تفرضها الحاجة الماسة لتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة، سيما في عقود التكنولوجيا التي لا يتأتى إنجازها دون الحصول على الأسرار التقنية. أنظر في ذلك: محمد إبراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2017، ص 270.

² وهذا ما جاء في أحكام المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري، والفصل 4/73 من مجلة التحكيم التونسية، علاوة على نص المادة 3/33 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة " الأونسترال " لعام 1976.

³ يقرّ هذا الاتجاه بأن الروابط المحكومة بالعقود النموذجية تستمدّ مصدرها من العقد ذاته، ومن إرادة الطرف دون حاجة للرجوع إلى نظام قانوني معين. خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 383.

استجابة لقاعدة الإسناد؛ وبالتالي فإنّ العقود النموذجية لا تجد لها تطبيقاً خارج الإطار الذي رسمته قاعدة الإسناد المتمثلة في إرادة الأطراف.

هذا وتقدم لنا مبادئ اليونيدروا Unidroit¹ التي أرساها معهد توحيد القانون الخاص نموذج في الاعتماد على منهج قاعدة الإسناد، إذ ورد في التمهيد لهذه المبادئ وتحت عنوان " الغرض من هذه المبادئ " أنه: " تضع المبادئ التالية قواعد عامة خاصة بالعقود التجارية الدولية، تطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها، ويمكن تطبيقها عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون أو قانون التجارة أو ما شابه ذلك، ويمكن تطبيقها عندما لا يختار الأطراف قانوناً بعينه ليحكم عقدهم، ويمكن استخدامها في تفسير أو تكميل القانون الوطني، ويمكن أن تفيد في اعتبارها قانوناً نموذجياً للمشرعين الوطنيين والدوليين"².

وتكون هذه المبادئ قد عكست صورة التكامل بين العقود النموذجية ومنهج قاعدة الإسناد القائم كأصل عام على الأعمال الإرادي لأطراف العقد الدولي، علاوة على دورها التفسيري والتكميلي للقانون الوطني.

ثالثاً - تكامل المبادئ العامة للقانون وقواعد الإسناد:

إنّ المبادئ العامة للقانون تشكل أحد أهمّ الركائز التي يتمّ الاستناد إليها لا سيما من طرف قضاء التحكيم من أجل إرساء العدالة المنشودة من طرف المهنيين الفاعلين في المجتمع الدولي³، وفي هذا الصدد

¹ تفاصيل أكثر حول هذه المبادئ متاحة عبر الموقع: <http://www.areejhamadah.com/newsDetails/74>

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 385.

³ في حين أعاب جانب من الشراح على المبادئ العامة المشتركة قصورها وعدم كفايتها. بحكم أنّ هذه المبادئ ليست متحققة في كافة أنظمة الدول المختلفة، وإن وجدت فإنها ليست موحدة، وأنها في حقيقتها قواعد وطنية بحتة، مشتقة من القوانين الداخلية للدول، وليست مستقلة عنها، وهي بهذا النحو لا تتماشى ومتطلبات التجارة الدولية ولا تخدم آفاقها. ولعلّ التضارب القائم واختلاف الإطار الفلسفي بين الدول الاشتراكية التي تنادي بمصالح الجماعة، والدول الرأسمالية المقدسة للمصالح الفردية يفضي إلى استحالة وجود مثل هذه القواعد، فلو أخذنا على سبيل المثال مسألة " ضمان العيوب الخفية " في مجال المعاملات التجارية، فإنها لا تحوز الإجماع بشأن المدّة التي يتعين من خلالها على المشتري إخطار البائع بضمان العيوب الخفية التي تظهر في المبيع؛ فهي تختلف من تشريع لآخر وهو ما لا يمكن أن تتحقق في كنفه مبادئ عامة مشتركة.

أنظر في ذلك: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص، في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، المرجع السابق، ص 294-295.

يقول الأستاذ Paulssan أنّ " المبادئ العامة للقانون والتي تمّ تطبيقها في قرارات المحكمين دون الرجوع للقانون الوطني لأطراف النزاع تشكل أحد أهمّ مكونات قانون التجار الدولي " ¹.

وقد أشارت اتفاقية التحكيم الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 إلى مراعاة تطبيق المبادئ العامة للقانون ²، وهو ذات التوجه الذي أخذت به اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2000 من خلال المادة 12 فقرة " أ " ³. هذا ونجد أنّ النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أشار هو الآخر من خلال الفصل الثاني المعنون بـ " اختصاص المحكمة " وتحديدًا من فحوى المادة 38 فقرة " ج " أن وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعدّية ⁴.

هذا ويعلق جانب من الشراح على أنّ المقصود بالأمم المتعدّية " كلّ الدول الأعضاء في الجماعة الدولية أيّا كانت درجة تقدمها الفعلي في مجال التمدين والحضارة " ⁵، وإن كان البعض يجد أنّ عبارة الأمم المتعدّية من شأنها أن تساهم في تضيق فكرة المبادئ العامة للقانون ⁶.

وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء حول المقصود بالمبادئ العامة للقانون، إلّا أنّ الرأي السائد عند الغالبية أنّها تعني المبادئ العامة للقانون الداخلي التي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي عند عدم وجود مصدر آخر معترف به. وتجدر الإشارة إلى أنّه قد قام جدل فقهي واسع بشأن إيجاد مفهوم دقيق للمبادئ العامة للقانون، فتضاربت الآراء وتعدّدت بخصوص ذلك. وكانت محكمة العدل الدولية أخذت موقفًا من

¹ PAULSSAN (J), la lex mercatoria dans l'arbitrage, Rev.arb.1990 p 55-79.

² المادة 42 فقرة 01 من الاتفاقية.

³ " للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقا للقواعد التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس، ولها أن تطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي، أو أية قواعد أخرى تراها مناسبة للفصل في النزاع إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك ".

⁴ Article 38 : la cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a- Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige.
- b- La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit.
- c- Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

بنود النظام الأساسي متاحة عبر الموقع: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_f.pdf

⁵ عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص 141.

⁶ على غرار القاضي فؤاد عمون؛ أنظر في ذلك: عبد الكريم عوض خليفة، المرجع نفسه، ص 141.

خلال حكم صادر لها في 1972/09/07 بموجب قضية " اللوتس " حين أقرت أنّ المبادئ العامة للقانون لا تعني شيئاً يختلف عن مبادئ القانون الدولي المطبق بين الأمم التي يتكوّن منها المجتمع الدولي¹. ومع التسليم بأهمية المبادئ العامة للقانون لحكم العلاقات التجارية الدولية، يثور التساؤل عن ما إذا كان إعمالها يتمّ بمعزل عن قواعد الإسناد؟

الإجابة عن هذا الطرح تكون من خلال استطلاع لما خلصت إليه بعض أحكام التحكيم الدولي الخاصة لا سيما بعقود الاستثمار الذي يعدّ حقلاً خصباً لإعمال المبادئ العامة للقانون. فنجد أنّ المحكم في قضية " شيخ أبو ظبي " عمد إلى استبعاد قانون إمارة أبو ظبي المختص باعتباره مكان إبرام وتنفيذ العقد، بحجة قصوره وعدم قدرته على تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية، ليلجأ لتطبيق القانون الإنجليزي الذي يمثّل بحسب تقديره المبادئ العامة للدول المتعدنة أو المتحضرة². وسلك المحكم Sir Alfred Bucknill نفس الدرب في تحكيم قطر عام 1953 مع شركة International Marine Oil وهذا عندما قرّر بأنّ القانون القطري هو الواجب التطبيق استناداً إلى قرينة وجود دولة ذات سيادة طرفاً في العقد الذي حرر باللغتين العربية والإنجليزية معاً، إلاّ أنّه استبعده لاحقاً بحجة افتقاره لمبادئ كافية لحكم النزاع، ليخلص إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون³.

أمّا في قضية " أرامكو " لسنة 1958 عندما اعترضت شركة " أرامكو " على تعاقد المملكة العربية السعودية مع شركة " أوناسيس " لنقل البترول الذي تصدره، عمدت هيئة التحكيم إلى إعمال القانون السعودي وفقاً لما اقتضاه اتفاق التحكيم والذي حصر في الأصل سلطة المحكم بين إعمال القانون السعودي من جهة على المسائل التي تدخل في الاختصاص القانوني للسعودية، وبين إعمال القانون الذي يتبيّن بأنه واجب التطبيق في ما عدا ذلك من جهة أخرى. وهو الاتفاق الذي يعكس صورة حقيقية لمسألة تجزئة العقد⁴.

¹ هنادي كمال الدين إبراهيم أحمد، المبادئ العامة كمصدر للقانون الدولي - دراسة تحليلية - بحث تكميلى لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، سنة 2016، ص 46.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 390.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 390.

⁴ راجع في ذلك ص 78 من معرض هذه الدراسة.

وخلصت هيئة التحكيم في قضية الحال إلى إخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودي، وعند الاقتضاء يُكَمَّل هذا القانون بمبادئ القانون الدولية والعادات المتبعة في صناعة البترول. وانتهت هيئة التحكيم إلى أنّ عقد استغلال البترول الممنوح لـ " أرامكو " لا يترتب عليه تقييد الحكومة السعودية بشأن وسيلة نقل بترولها للخارج. ومن ثمّ فإنّ عقد السعودية مع " أوناسيس " لا يمس بحقوق شركة أرامكو؛ حيث ارتكزت على مبدأ احترام الحقوق المكتسبة القائم في القضاء الدولي وأحكام محاكم التحكيم الدولية، ليتجلى جانب التكامل بين مبادئ العامة للقانون ومنهج قاعدة الإسناد من خلال إشارة المحكم " سور هول " إلى أنّ: " القانون السعودي هو الذي يفترض أن ينطبق على المسائل موضوع النزاع، إلاّ أنّه يجب إتمامه عند الاقتضاء أو تأويله على ضوء المبادئ العامة للقانون والأعراف المتبعة في صناعة النفط ومعطيات العلوم القانونية المحضة " ¹.

ولم تخرج هيئة التحكيم على مستوى المركز الدولي لمنازعات الاستثمار في حكمها الصادر في 20 ماي 1992 عن نهج سابقاتها حين خلصت في قضية شركة SPP ضدّ جمهورية مصر العربية إلى رفض تطبيق القانون المصري باعتباره قانون داخلي ناقص بطبيعته، وتطبيق قواعد القانون الدولي وقوفا عند مقتضيات المادة 24 فقرة 01 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار ².

وبالرغم من أنّ الأحكام التي سيقّت وتمّ التطرق إليها توحى باستبعاد هيئات التحكيم للقوانين الداخلية للدول النامية، أو العربية على وجه التحديد بحجة قصورها وعدم مواكبتها التطورات الاقتصادية، إلاّ أنّها جسدت صورة واضحة لعنصر التكامل الذي يجمع المبادئ العامة للقانون بمنهج قاعدة التنازع. سواء تمّ ذلك من خلال التسرّخ خلف حجج القصور أو عدم الموازنة التي تتخلل قاعدة التنازع.

رابعا - تكامل قواعد العدالة والإنصاف وقواعد الإسناد:

بالرغم من شساعة المدلول القانوني لـ " قواعد العدالة والإنصاف " باعتبارها قواعد لا يمكن حصرها في مجال معيّن؛ فهي أساليب ليّنة يعتمد عليها القضاء لضمان الفصل في النزاعات التي قد لا تجد لها

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 391.

² " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فإنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع " .

خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 393.

ضوابط في القوانين الوضعية. إلا أنّ التشريعات المقارنة ما فتئت تأخذ بهذه القواعد بنية سدّ الثغرات التي قد تتخلّل مسار القضاء أو التحكيم في البحث عن القانون الواجب التطبيق في صورة القانون الدولي الخاص السويسري الذي نصّ من خلال المادة 187 على أن: " تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وعند غياب الاختيار، فوفقا للقواعد القانونية الأكثر ارتباطا بالنزاع. ويجوز للأطراف أن يخوّلوا هيئة التحكيم الفصل وفقا للعدالة ".¹

وإن كانت قواعد العدالة والإنصاف تُعطي فسحة للقاضي أو المحكم من أجل الفصل في النزاعات القائمة وفق ما يمليه عليه تصوّره الشخصي، فإنّ توجهه هذا لا يمكن أن يخرج به عن مسلك النظام العام الذي سبقت الإشارة إليه¹.

هذا ويظهر جانب التكامل بين قواعد العدالة والإنصاف وبين منهج قاعدة الإسناد من خلال نص المادة 187 التي تجعل أعمال مثل هذه القواعد أمرا منوطا بصريح اتفاق الأطراف، إذ لا يعود المحكم لقواعد العدالة إلاّ إذا عبّر الأطراف عن رغبتهم في ذلك؛ وهذا ما تبنته المادة 33 من قانون الأونسترال في فقرتها الثانية حين أكّدت بأنّه لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلاّ إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة، وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يميز هذا النمط من التحكيم. ويجدر بالمحكم في هذه الحال أن لا يتوانى عن تسخير كلّ إمكانياته وجهده في البحث عن قواعد العدالة الطبيعية وهذا لتكملة العدالة القانونية.

ومن خلال استقراء علاقات التكامل هاته يمكن القول أنّ منهج قاعدة الإسناد والمنهج المادّي جاء متكاملين ، فالقواعد المادية ذات المصدر التشريعي الداخلي وجدت ضالتها من خلال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، بل وحتى القواعد المادية التي أرساها القضاء لم تكن بعيدة عن منهج قاعدة الإسناد باعتبارها ترسّخت بمناسبة تطبيق وإعمال منهج قاعدة الإسناد، فضلا عن أنّها لا تخرج عن كونها قواعد محدودة تقررت لاعتبارات تتعلّق بحاجات التجارة الدولية، لا تكفي لوحدها لحسم النزاع. كما أنّ القواعد المادية التي أقرّتها الاتفاقيات الدولية يتمّ إعمالها إمّا من خلال منهج قاعدة الإسناد، وإمّا من خلال

¹ وكانت محكمة استئناف باريس قد أشارت من خلال حكم لها صادر بتاريخ 12 مارس 1958 أنّ: المحكم يملك القدرة في استبعاد التطبيق الضيق لأحكام القانون، وكذلك لشروط العقد في اللحظة التي تتعارض فيها مع قواعد النظام العام ".
خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 403.

إكمال قواعدها عن طريق تطبيق قانون وطني بموجب قاعدة الإسناد وهذا بالنظر للنقص الذي يعتريها؛ ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون التلقائي الذي لا يكون له إلا دور مكمل مع القانون واجب التطبيق بموجب منهج قاعدة الإسناد، فضلا عن انطباقه بين الحين والآخر من خلال المنهج ذاته.

المطلب الثاني: تقدير فكرة التكامل بين المنهجين

قد نتساءل لوهلة عن تقدير فكرة التكامل بين المنهج المادي والمنهج التنازعي، وعن أبعادها القانونية، وما إذا كان هذا التكامل فعلا يشكّل ركيزة لا يمكن الاستغناء عنها في حلّ النزاعات التي تثور بشأن العلاقات التعاقدية التجارية الدولية. بل أكثر من ذلك، إذ أنّ التسليم بفكرة التكامل هاته قد يفتح باب الجدل على مصراعيه حول أولوية تطبيق المنهجين طالما أفصحنا عن إمكانيتهما في حلّ النزاعات القائمة بين الأطراف المتعاقدة.

الفرع الأول: فكرة التكامل بين التأييد والرفض

إنّ فكرة التكامل وإن تجلّت معالمها وفق الصور التي أسردناها في معرض هذه الدراسة، إلا أنّ ذلك لا يمنعنا من التعرّيج إلى ما حاول الوقوف عليه جانب من الشراح في مجال القانون الدولي الخاص، والذي خلص في تحليله إلى أنّ العلاقة التي تربط القواعد المادية وقواعد التنازع تقوم على أساس الحاجة؛ إذ أنّ أعمال القواعد المادية وفق تقديرهم لا يمكن أن يتأتى إلا من خلال بوابة قاعدة الإسناد¹.

وتجدر الإشارة أنّ معيار الحاجة الذي يربط القواعد المادية وقاعدة الإسناد يكون مجرد من خاصية التزاحم التي يقوم عليها منهج التنازع، وبالتالي فالقواعد المادية لا تنازع القوانين الداخلية أو الوطنية، بل تستعين بقواعد الاسناد الموجودة في هذه القوانين كي تجد سندا لتطبيقها².

هذا ويبرر المناصرون لفكرة الحاجة موقفهم هذا من خلال الاستناد على فكرة مؤداها أنّ القواعد المادية لا تستطيع أن تفرض نفسها على القاضي أو المحكم؛ ومن ثم فلا يحق له تطبيقها من تلقاء نفسه، من دون وساطة ولا حتى وسيلة فنية يعرفها يبرر بها موقفه؛ وهو ما يُعين على فهم الفكر القاضي بأنّ القواعد المادية للقانون التجاري الدولي لا تسري إلاّ بمقتضى قاعدة الإسناد المتضمنة لإرادة الأطراف،

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع لسابق، ص 453-454.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 355.

صريحة كانت أم ضمنية على نحو بيناه سابقا. ويضيف أنصار هذا الاتجاه، أنّ عادات وأعراف التجارة الدولية، وإن شكلت في الحقيقة قواعد قانونية كفيلة بحكم وتنظيم العقود التجارية الدولية، إلا أنّها لا تعدو أن تكون مجرد قواعد مكتملة يتوقف سريان أحكامها على إرادة الأطراف الصريحة أو حتى الضمنية¹.

ولقد أثار هذا التوجه موجة استنكار شريجة من الفقه، بحكم أنّ أعمال القواعد المادية القائم على فكرة الارتباط بقانون الإرادة بموجب قاعدة التنازع هي فكرة تناهض الفقه المعتمد في مجال النظرية العامة للقانون، كونه ينكر على القواعد القانونية المكتملة قدرتها على السريان الذاتي، مستلزما لتطبيقها أن يعلن الأطراف عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا. فالقواعد المكتملة تتمتع بالقوة الملزمة شأنها شأن القواعد الآمرة مما يحتم على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ما لم يستبعدا الأطراف. كما أنّ تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي بموجب إرادة الأطراف، يعد بمثابة اختيار مادي وليس اختيار تنازعي بمقتضى قواعد الإسناد، بحكم أنّ هذه الأخيرة تشير باختصاص قانون معين لحكم العقد، ولا تكتفي بإنزال القواعد المختارة منزلة الشروط العقدية².

وعلى العموم يمكن القول أنّ فكرة الارتباط بين القواعد المادية وإرادة الأطراف بشقيها الصريحة أو الضمنية، أسالت الكثير من الحبر وأثارت العديد من التساؤلات تمحورت في مجملها حول ما إذا كان اختيار الأطراف المتعاقدة الصريح لأحد مكونات القانون التجاري الدولي، كاختيارهم لأعراف التجارة الدولية مثلا يفيد رغبتهم في إخضاع العقد لهذه الأعراف فقط دون غيرها من مكونات هذا القانون الأخرى؛ أم أنّه يُعدّ في حدّ ذاته رضا ضمني بتطبيق مكونات القانون التجاري الأخرى؟! وهو ما تباينت حوله وجهات النظر بين متشبهت بالطرح الأول، ومقر بالطرح الثاني. وبين هذا وذاك، يبقى الهدف المنشود واحدا، يتجلى في الإقرار بفكرة تطبيق القواعد المادية للقانون التجاري الدولي من خلال منهج التنازع.

ولعلّ أعمال القواعد المادية من خلال منهج التنازع وفق التصور السابق، هو في الأصل خطوة من الخطوات التي تحدوها الدول والهيئات الدولية في مجال القانون الدولي الخاص من أجل إرساء الأمان القانوني

¹ هذا ويبالغ جانب آخر من ذات الفقه في اعتبار إرادة المتعاقدين في العقد الدولي بمثابة قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص وليست بقاعدة إسناد، وأنّ القاضي يقوم بإعمالها مباشرة على منازعات العقود التي تقوم أمامه طالما عبّر عن ذلك المتعاقدين صراحة.

وجهة نظر مشار إليها في : محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 355.

² محمود محمد باقوت، المرجع نفسه، ص 356.

في المعاملات التجارية الدولية، القائم على فكرة المساواة والمنفعة المتبادلة. حيث تضع من خلالها مصلحة الأطراف المتعاقدة فوق كل اعتبار، مما يساهم حتما في توسع ازدهار حجم المبادلات التجارية¹.

وعلى الرغم من تباين وجهات النظر حول الطبيعة القانونية للقواعد المادية، بين مقر ومشكك ومنكر، والراجع حتما إلى حداثة المنهج². إلا أنها قد تكون كفيلة بسد النقص والثغرات المتأصلة في ظل منهج التنازع. وهو ما يفسر جليا موقف التحكيم التجاري الدولي في عدم تشبته بقواعد هذا الأخير، ومحاولته في تقصي الحلول من خلال البحث عن القواعد المادية الأكثر ملاءمة لطبيعة العلاقات والمعاملات التجارية الدولية.

وبالرغم من تنامي دور القواعد المادية في حكم منازعات التجارة الدولية، إلا أنها كمنهج لا تستطيع إقصاء قاعدة التنازع إلا بطريقة جزئية فقط، وهو ما يوحي بوجود توزيع ضمني للاختصاص بين المنهجين، وهذا بفارق الأولوية النسبية للقواعد المادية على حساب قاعدة التنازع والراجع أساسا إلى ذلك التجانس بين العلاقات والمعاملات التجارية الدولية والقواعد المادية³.

وإن كان منهج القواعد المادية قد اقتطع حيزا من مجال هيمنة قاعدة التنازع، تحت ستار التعايش والتكامل وسد النقص، إلا أنّ ذلك لا يمكن أن ينقص من دور قاعدة التنازع كمنهج لحكم العلاقات التجارية الدولية، على اعتبار أنّ علة منهج التنازع لا تكمن في القاعدة بحد ذاتها وإنما في القوانين الوطنية، كون قاعدة التنازع تكتفي باستخدام الحلول التي تقدمها تلك القوانين⁴.

¹ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 03.

² نجد في هذا المجال الاتفاقيات التي أفرزتها منظمة التجارة العالمية بخصوص حقوق الملكية الفكرية، فضلا عن أعمال غرفة التجارة الدولية، أو لجائها الفرعية، والعقود النموذجية للبيع CIF، والقواعد الموحدة في الاعتمادات المستندية، فضلا عن اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع والمعروفة باسم قواعد هامبورغ التي دخلت حيز التنفيذ في 1992/11/01، واتفاقية وارسو لتوحيد قواعد النقل الجوي وتعديلاتها، واتفاقية روما المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات وتعديلاتها، بالإضافة إلى مجموعة القواعد المتعارف عليها دوليا لتفسير مصطلحات عقود التجارة الدولية " Incoterms "، ومجموعة القواعد والعادات المتعلقة بالاعتماد المستندي، وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التي أسفرت عن قوانين نموذجية في البيع الدولي للبضائع والتحكيم التجاري الدولي 1985، وطرق الوفاء بالدين في المعاملات التجارية، والدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية 1987، والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996، والقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية 2001.

أنظر في ذلك: أحمد السعيد الزقرد، المرجع نفسه، ص 4.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، المرجع السابق، ص 635.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 636.

هذا وتجدر بنا الإشارة إلى أنّ التوجه القائم على أساس التعايش والتكامل بين منهج القواعد المادية ومنهج قواعد التنازع لا يمكن أن ننكر من خلاله تلك الندية والتنافس والتنافر التي يعرفها المنهجين في إطار منازعات عقود التجارة الدولية. وهو الطرح الذي يحدو بنا إلى التسليم بأنّ النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، وتلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين¹؛ فكلاهما يعني بمعالجة العلاقات الدولية بين الأفراد عن طريق تقصي الحلول أو التنظيم الملائم، وإن اختلفت الرؤية حول مضمون هذه الملاءمة؛ فقاعدة التنازع تجدها من خلال القوانين الوطنية، في حين تجدها القواعد المادية فيما تحتويه هي من قواعد وأحكام ذاتية.

وتكفي الإشارة إلى أنّ قواعد التنازع هي في الاصل ذات نشأة عرفية وذلك منذ فقه نظرية الأحوال الذي سبقت الإشارة إليه، بل ولا زالت تحتفظ بأصالتها العرفية في العديد من النظم القانونية المقارنة المعاصرة، والشأن ذاته بالنسبة للقواعد المادية والتي تعدّ في غالبيتها عرفية، أفرزتها المعاملات التجارية الدولية وترسخت في أذهان المتعاملين بها.

الفرع الثاني: أولوية التطبيق في سياق فكرة التكامل

بالرغم من إقرار فكرة التكامل بين كل من القواعد المادية وقواعد الإسناد، إلا أنّ هذا الانسجام أثار الجدل بخصوص أولوية التطبيق، حيث حدى الفقه نهجين حاول من خلالهما الإبقاء على فكرة التكامل لكن مع الإشارة بالمنهج الذي يشكل نقطة الانطلاق في فك مسألة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية.

أولاً- القواعد المادية حلّ استثنائي أمام القضاء الوطني:

يقوم هذا التوجه من منطلق نفي الادعاء المؤسس على أنّ منهج القواعد المادية يكون له الأولوية في التطبيق على منهج قاعدة الإسناد، بل أنّ العكس هو الصحيح، إلا إذا شرعت هذه القواعد لتستجيب للعلاقات الخاصة الدولية كقواعد صلاحية، فتطبق بالأولوية على قاعدة الإسناد أمام القاضي الوطني، مع الإبقاء على التحفظ المبني على ضرورة ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون القاضي حتى تطبق هذه

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، المرجع السابق، ص 635.

القواعد. ويجد هذا التحفظ أساسه في الفكر القائل بأن القاضي الوطني ملزم بالسهر أولاً على تطبيق القواعد التي وضعها مشرع دولته، إذ لا يتم إعمال القواعد المادية إلا إذا اقتضى الأمر ذلك¹.

ومن وجهة نظرنا الخاصة، نشكك في سلامة هذا التحفظ، إذ أن الثابت في الفكر القانوني أن سلطان القواعد المادية هو نهج أُسس خصيصاً لتنظيم الروابط الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وبالتالي فهو يعتمد في الأصل على تسامح النظم القانونية بخضوع العاملين في المجال التجاري لهذه القواعد في مسائل عديدة، والقول بخلاف ذلك قد يحد من الغاية التي وضعت من أجلها القواعد المادية.

ثانياً- القواعد المادية حلّ أصلي أمام قضاء التحكيم:

يعترف هذا المسلك بأولوية القواعد المادية في الاعمال والتطبيق²، متفوقاً بذلك على منهج قواعد الإسناد، حيث تزايدت ضرورة هذا الإعمال مع تنامي القانون الدولي الخاص المعاصر الذي كشف عن تزايد حالات إعمال القواعد المادية على نحو مباشر أمام المحكم الدولي. في حين تشكل قواعد الإسناد حلاً احتياطياً لا تتجلى أهميته إلا في حال عدم وجود قواعد مباشرة تريد الانطباق. ويتدعم هذا التوجه بالطرح القائم على أنّ هيئة التحكيم غير ملزمة بتطبيق قاعدة إسناد محدّدة يمكن أن تؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين بالذات، كما لا تسهر على احترام القواعد الآمرة في هذا القانون، بل تعمل على خلق القواعد الملائمة للعلاقات الخاصة في مجال التجارة الدولية، كون احترام الإرادة الجماعية لمجتمع التجارة الدولية تسمو إرادة المتعاقدين. في حين لا مجال لغض الطرف في حال الأخذ بالقانون المعين بمقتضى قاعدة التنازع كأصل مع الحرص في نفس الوقت على مراعاة التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية في حدود المسائل التي تناولتها بالتنظيم؛ طالما لا يوجد أيّ مانع من تجزئة الرابطة العقدية، ولكن دون أن ينطوي ذلك على أيّ تعارض أو تناقض³.

في هذا السياق يرى الأستاذ Goldman أنه من غير الممكن التفكير في الإحلال الكامل للقواعد المادية للقانون الدولي الخاص محلّ التنظيم التقليدي للتنازع خصوصاً في المجال الواسع الذي لا يتصل

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 456.

² محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 457.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع نفسه، ص 458.

بالتجارة الدولية¹؛ وهو ما يثمن فرضية التعاون والتعايش بين المنهجين ما يفضي بوجود توزيع ولو ضمني للاختصاص بين المنهجين.

وبالعموم يمكن القول أنّ أولوية التطبيق توجب علينا أن نفرّق بين القواعد المادية المتمخّضة عن الاتفاقيات الدولية وبين تلك المستمدّة من القانون التلقائي على الوجه الذي أشرنا إليه. فمتى كنّا أمام الفرضية الأولى فإنّ القواعد المادية تحظى بأولوية التطبيق ليمّ اكتمال ما يعترتها من نقص من خلال القوانين الداخلية ذات العلاقة بالنزاع والتي تشير إليها قاعدة الإسناد. أمّا إذا كنا أمام الفرضية الثانية فإنّ قواعد الاسناد في هذه الحالة هي من تحوز الأولوية في التطبيق ليمّ إسناد مهمة النقص الذي يشوبها للقواعد المادية خصوصا ما تعلّق منها بالعادات والأعراف التجارية.

¹ Je ne pense pas que l'on puisse songer à substituer complètement les règles matérielles de droit privé international au règlement traditionnel des conflits, notamment dans le vaste domaine qui n'est pas celui du commerce international.

GOLDMAN Berthold, Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, op. cit, p 135-136.

الخاتمة

الخاتمة:

إنّ التنامي الذي شهدته التجارة في الساحة الدولية لم يكن سوى انعكاسًا لتلك النزعة الليبرالية التي اكتسحت العالم، فغيّرت في العديد من أبعادها، سواء في الشق النظري أو العملي، إذ أبانت هذه النزعة عن بعض مؤشرات التغيير والنموّ على حدّ سواء مسّت المنظومة الاجتماعية والاقتصادية، وهو ما حرك دواليب المنظومة التشريعية التي سعت جاهدة لمسايرة هذه المتغيرات وإرساء دعامة قانونية كفيلة بصون العلاقات الخاصة من جهة والحفاظ على كيان الدولة بالمقابل.

ولعلّ من بين السمات التي أضحت تميّز المشهد الدولي هو تحافت الأفراد في شتى أنحاء المعمورة نحو الخوض في معاملات تجارية هدفها تحقيق الأرباح وإشباع الحاجات وتلبية الرغبات، وإن كانت في حقيقتها ترمي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بشكل أو بآخر وفق دعامة قانونية يطلق عليها اصطلاحاً بـ "العقد التجاري الدولي"، هذا الأخير يتكفل برسم الإطار القانوني للمعاملات في قالب عنوانه الأمن القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، هذا الإطار الذي تحوطه روابط ودلالات متعدّدة قادرة على أن تهدّد كيانه في أي لحظة من اللحظات لتجعل من عنوانه شعاراً شكلياً لا يستقيم مع الغاية الدولية.

هذا وتتجسّد الروابط والدلالات في الأنظمة القانونية المتعدّدة التي تتزاحم فيما بينها لتكريس أحيثها في حكم العلاقة العقدية التجارية الدولية، ما يفتح باب التنازع بين القوانين على مصراعيه، ويزيد في تعقيد دور القضاء في اختيار أنسبها، خاصة إن سلّمنا بأنّ التعايش الدولي يقتضي وضع الأنظمة القانونية في المجال الخاص على قدم المساواة، لأنّ القول بخلاف ذلك يتعارض وغاية التنازع.

في ظلّ هذه المعطيات يعدّ الوقوف على خاتمة تلمّ بحلول توافقية ودقيقة في مجال تنازع القوانين مسألة أقلّ ما يُقال عنها أنّها ليست بالهينة، وهذا في خضمّ تعدّد وتشتّت نقاط التركيز. فالعلاقات التجارية ظلت وستبقى رهينة التغيّرات بشتى أنواعها اقتصادية كانت أو اجتماعية أو تكنولوجية أو حتى ثقافية وغيرها؛ ومادامت هذه المتغيرات في حركة مستمرة فإنّ العراقيل المتصلة بها هي الأخرى في حركة مستمرة، ولعلّ تضمين عنوان الرسالة لمصطلح "إشكالية" قد يحمل في طيّاته من الدلالات ما يفيد بذلك؛ إذ أنّه يستوقفنا في كل مرة عند محطات قانونية يشوبها الغموض تستوجب منا إزاحة اللبس عنها بغرض إرساء رؤية واضحة ودعامة متينة بخصوص الروابط والعلاقات التجارية الخاصة الدولية.

وبغرض الخوض في بحث القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، استوفقتنا أولى المحطات عند مدلول " دولية العقد " أين خلصنا من خلال تحليلنا إلى وجود اتجاهين أساسيين، أحدهما قانوني، وهو فضفاض من الناحية العملية بحكم إطلاقه العنان لتقدير العنصر الأجنبي، وآخر اقتصادي أقل ما يقال عنه أنه ضيق، يراعي إلى أبعد الحدود في تقديره للعنصر الأجنبي حركة السلع؛ وفي ظل عجز هذا وذاك عن إعطاء حلول توافقية ودقيقة خلصنا إلى أنّ الجمع بين المسلكين قد يكفل الغاية المنشودة، ويعطي صورة أوضح لمفهوم العقد التجاري الدولي.

في حين تمت معالجة مسألة التنازع في القوانين والتي تهدف إلى تقصي واختيار أنسب القوانين من بين تلك المتزاحمة لحكم العقد التجاري الدولي من بوابة آلية قواعد التنازع التي تعتبر في نظر الفقه الغالب الاتجاه التقليدي المعمول به لفك عقدة التنازع وتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو النهج الذي سلكته العديد من التشريعات المقارنة، وهذا بالنظر للمعطيات التاريخية ومقوماته العملية، ما جعله يتسيد المشهد التشريعي الدولي لحقبة من الزمن؛ أين خلصت الحلول فيه بالنظر لحجم المعوقات التي تعترضه، خاصة ما تعلق منها بمسألة الإحالة وتقدير ضابط الإسناد، إلى تحويل حق الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق، أو ما يعرف بتكريس مبدأ سلطان الإرادة. هذا المبدأ الذي ينطوي في ظاهره على اعتراف دولي بالتنازل عن سلطة تعيين القوانين لفائدة الأطراف المتعاقدة؛ إذ شخّصت الدراسة جميع النقاط القانونية والفنية علاوة على الدوافع العملية التي ساهمت في إرساء حق الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق، والذي يعمل على صون تطلعاتهم وضمّان حقوقهم وهذا بالرغم من اختلاف مقومات التبعين الإرادي بين إطلاق للعنان في الاختيار وفق منظور النزعة الشخصية، وتقييد نسبي قائم على أساس مراعاة للضوابط الفاعلة في العلاقة القانونية؛ إذ يجسّد الإفصاح عن الاختيار صريح النزعة الشخصية، في حين يعدّ السكوت تجسيدا للنزعة الموضوعية. وإن كانت مثل هذه التفرقة التي يعتنقها الفقه الغالب تناهض اتجاهها معاصرا في الفقه يتخذ من وضع الإرادة في مواجهة القانون ركيزة للتمييز بين النزعتين، فعلوّ الإرادة على القانون المختار بحيث تجعل من أحكامه الآمرة مجرّد شروط تعاقدية قد يعمد الأطراف إلى التحلّل منها ومخالفتها فهذا يجسّد تعبيرا عن النزعة الشخصية، وبخلاف ذلك فإنّ خضوع الإرادة لصريح القانون بدرجة لا تستطيع من خلالها التحلّل أو مخالفة قواعده الآمرة، فهنا نكون أمام محض تطبيق النزعة الموضوعية.

وبين هذا وذاك خلصنا في مجال أعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد الدولي إلى استبعاد فكرة الوقائع والإبقاء على طرح القانون بمفهومه الحقيقي، أي ذلك الذي يرمز لمجموع القواعد

القانونية التي تحكم وتنظم سلوكيات الأفراد في مجتمع معين، حيث تمتاز قواعده بكونها قواعد سلوك اجتماعي، عامة ومجردة، علاوة على عنصر الإلزام الذي يعدّ الحلقة التي تصبو لإنصاف الأطراف من جهة، والإبقاء على هبة القانون من جهة أخرى؛ بالإضافة إلى استبعاد مسألة الغش نحو القانون والإبقاء على معيار الاختيار الفضفاض الذي يلي مقتضيات التجارة الدولية، وإن بادرت بعض التشريعات المقارنة إلى تفعيل معيار الصلة لكبح مسار الغش، مثلما عمد إليه المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 18 من التقنين المدني؛ والذي طالته سهام الانتقاد كونه لم يفصح من خلاله عن المقصود بالصلة الحقيقية.

هذا واستوقفتنا الدراسة في شقها المتعلق بتكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، بتقدير تطبيق المبدأ على مختلف جوانب العقد، أين خلصنا إلى عدم وجود أي مانع من الأخذ بالمبدأ في مراحل متقدمة من تكوين العقد، وتحديدًا في مرحلة المفاوضات بوصفها تصرفًا قانونيًا كاملاً، يرتب مسؤولية قانونية في حق أطرافه، وهذا بخلاف خطاب النوايا الذي جرّده مختلف التشريعات المقارنة من ذات الوصف.

ولعلّ المغالاة التي عرفها سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، خوّل الأطراف صلاحية التغيير في هذا الاختيار، ما يعدّ في الحقيقة خروجًا عن الأصل العام الذي يقتضي في الاختيار أن يكون معاصرًا لإبرام العقد، وهو ما يشكلّ أحد مقومات التيسير الذي تتطّلع إليه الإرادة في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

ولما كان الاختيار الإرادي انعكاسًا للأمان في نطاقه الدولي، خلصنا في تحليلنا إلى ضرورة إرساء ما يعرف بـ " الثبات التشريعي "، طالما أنّ الإخلال بالثبات يجسّد إعمالًا صريحًا لعنصر المفاجأة الذي يتعارض وصريح التعيين الإرادي. هذا الثبات الذي لا يتوقف عند تلك التغييرات التي تطرأ على القانون المختص، بل يطالها للقانون الذي كان سببًا في اختيار هذا الأخير بمقتضى قاعدة التنازع، ذلك أنّ أيّ تغيير يمسّ القانونين قد يخون توقعات الأفراد ويغيّر من أحداثيات الحُلُول في مسألة التنازع.

علاوة على ما قيل في شأنها، تحوّل الإرادة إمكانية تجزئة العقد، وإخضاع كل جزء من أجزائه لقانون معيّن على أن تكفل هذه التجزئة صون ما يعبر عنه بالتجانس العقدي، وقد لاقت الفكرة ترحابًا لدى الأنظمة الدولية والتشريعات المقارنه، وإن أبدى بعضها موقفًا مناهضًا يرى فيه أنّ وحدة العقد من وحدة القانون .

هذا وتتخلى الإرادة عن بعض صلاحياتها لصالح قانون المحلّ إذا ما ارتقينا في تحليلنا للقانون الواجب التطبيق إلى المسائل الشكلية وتحديدًا القالب الشكلي لمحّرّ العقد التجاري الدولي، إذ سلّمنا بأنّ أعمال الإرادة في مثل هذه الفرضية وإن كان يشكّل خروجًا عن القاعدة الأصلية التي تقوم على احترام المعايير المعمول بها في بلد الإبرام، والتي خلص إليها الفرقاء من خلال تحليلهم القائم على عاملي الانعقاد والإثبات بالنسبة لعنصر الشكل، إلا أنّ ذلك لا ينفي عن الإرادة دورها في تحديد القانون في هذه الحالة وهذا من منطلق مراعاة التيسير الذي تقتضيه المعاملات التجارية، ما يُبقى العنصر الشكلي رهين قانون العقد الذي أقرته الإرادة باختيارها.

هذا وأشرنا إلى المغالاة التي شهدتها مختلف التشريعات المقارنة في تكريسها لمبدأ سلطان الإرادة والتي كانت ذات أثرين في آن واحد، أحدهما إيجابي والآخر سلبي. فأما الأثر الإيجابي يتجسد في الجانب المعنوي الذي يراعي تطلعات أطراف المعادلة التعاقدية والذي يتخلف في كنفه عنصر المفاجئة الذي قد يتبنى حلولاً على عكس التوقعات المشروعة. في حين أنّ العنصر الإيجابي نلمسه من جوانب شتى أولها إمكانية إهدار الإرادة بطريقة غير مباشرة، حيث يتجسد ذلك من خلال غض الطرف عن الإرادة الضمنية بالرغم من وجودها، وهذا يعود في الأساس لتباين وجهات النظر بشأن تقديرها؛ بل وحتى في حال الأخذ بها ومراعاتها يظلّ العنصر السلبي قائماً، بحكم أنّ الاعتداد بمحذا إرادة يتطلب قدراً كبيراً من الحيطة والحذر كونها تبقى رهينة المؤشرات، والتي تختلف في التقدير من تشريع لآخر. لكن يبقى التمعّن والتمحيص من بين المسؤوليات الملقاة على عاتق القاضي لتجنّب إهدار التعيين الإرادي الضمني لقانون العقد، لأنّ القول بخلاف ذلك قد يؤدي لا محالة إلى حلول غير متوقّعة. وبغية فكّ الجدل القائم بشأن الإرادة الضمنية، وتشخيص مقوماتها العملية وإرساء أعمال سلس رجحنا وفق تقديرنا كفة الأخذ بها طالما ترسّخ عنصر اليقين في وجودها وإن كان التسليم بهذا العنصر مسألة تنطوي على قدر كبير من المخاطرة.

وبهدف رسم خارطة طريق قانونية لإرادة الأطراف في مجال المعاملات التجارية الدولية، أوضحنا ما عمدت إليه مختلف التشريعات المقارنة من خلال إرسائها لبعض الضوابط والقيود، والتي إن كان ظاهرها يرمي لتأطير سلوكيات الأطراف بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنّ باطنها تسعى من خلاله لصون كيافها الذاتي وتوجهاتها السياسية والاقتصادية؛ إذ تجلّى ذلك من خلال تفعيل معيار الصلة، وقيد النظام العام.

وبالحوض في مضمون هذه القيود، نجد أنّ الصلة لا تعدو أن تكون دلالة لانتفاء صفة الغش نحو القانون التي كرستها الدراسات في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أنّ الارتقاء بها على صعيد المعاملات التجارية هي مسألة تنطوي على قدر من الإجحاف في حق الحريات الفردية لا سيما مع تنامي المعاملات التجارية عبر الشبكات العنكبوتية التي اضمحلت بموجبها الروابط المكانية والزمانية. على العكس من ذلك نجد أنّ قيد النظام العام وإن كان ينطوي على دعامة متينة مقارنة بسابقتها، كونه يعمل على الحد من الحريات الفردية حفاظا على الحريات الجماعية، إلا أنّ ذلك لم يكن كافيا في بعض الحالات للوقوف بوجه إرادة الأطراف؛ ومردّد ذلك يعود في الأساس إلى صعوبة وضع إطار مفاهيمي واضح المعالم لفكرة النظام العام في شقها الدولي، والذي يعود في الأساس لاختلاف الفلسفات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة.

وفي ذات السياق، أوضحنا أبعاد تخلف الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق والتي خلصت فيها التشريعات المقارنة في القانون الدولي الخاص المعاصر إلى تبني مسلكين أحدهما جامد، يمثل انعكاس لرغبة المشرع في إضفاء بعض نقاط الارتباط تيسر عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق وهذا من خلال اعتناق ضوابط احتياطية مرتبة ترتيباً تنازلياً يفيد الأولوية. في حين يظهر المسلك الثاني بحلّة مرنة تفسح المجال أمام الهيئات القضائية للاهتمام في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق إمّا بالتركيز الموضوعي وهذا بالعودة لكافة ظروف وملابسات التعاقد، أو بالأداء المميّز عن طريق التعويل على الطبيعة الذاتية للعقد؛ وإن كانت المسالك برمتها تشكّل تحدياً كبيراً أمام الهيئات القضائية كونها توسّع من صلاحياتها في تقصي قانون العقد بالحوض في مختلف القوانين المقارنة لدرجة تجعلها تحيك الوقائع وتحلّل العناصر بما يجعل من قوانينها الوطنية مختصة بحكم النزاع.

هذه الثغرات والمعوقات جعلتنا نبحث عن الحلول البديلة بالنظر للقصور الذي شاب قاعدة الإسناد من نواحي عدّة باعتبارها منهج يسلك محطات مختلفة في سبيل تحقيق غايته؛ لكلّ منها نقائصها وتعقيداتها على غرار التكييف والإحالة، وإثبات القانون الأجنبي والعلم بمضمونه وتفسيره وموانع تطبيقه وغيرها. وما زاد الطين بلّة تلك النكسة الاقتصادية الدولية التي ساهمت في تنامي الدعائم التي تقوم عليها المبادلات التجارية، إذ أضحت تأخذ شكلا إلكترونيا ساهم هو الآخر في الكشف عن محدودية قواعد الإسناد في التصدي لمشكلة النزاع. فتأثير العولمة في مجال القانون الدولي الخاص وضعت الجهود الدولية

أمام حتمية البحث عن قواعد تتفق والنكسة الحديثة في العلاقات التجارية الدولية، محاولة بذلك الخروج من أغلال القوانين الوطنية سعياً لتحقيق طموحات أطراف العقد التجاري الدولي.

وقد توصلنا من خلال بحث البدائل في ظلّ الأزمة التي عصفت بقاعدة التنازع على الصعيد الدولي، إلى تبني ما يعرف بمنهج القواعد المادية، وهو المنهج الذي وصفه بعض الفقه بالمنهج الحديث، وإن برهناً في سياق تحليلنا إلى أنّ مثل هذا الوصف لا يمكن التسليم به على إطلاقه طالما أنّ جذور القواعد المادية ضاربة في القدم، إلا أنّ متطلبات الساحة الدولية رجحت كفة المنهج التنازعي آنذاك.

وعلى الرغم من أنّ منهج القواعد المادية أُوجِد للتصدي لمسألة التنازع في القوانين بشكل مباشر بعيداً عن التعقيد الذي طالما اتسمت به قواعد الإسناد، إلا أنّ هذا التعقيد لم يكن المؤشر الوحيد لتنامي دور القواعد المادية، إذ أنّ عوامل أخرى اقتصادية واجتماعية وسياسية، ناهيك عن جهود وطنية ودولية كان لها شأنها في تشييد صرح قوي وإرساء دعامة متينة للقواعد المادية. ولما كانت هذه الأخيرة وليدة مجتمع التجار نشأت وترعرعت في كنفهم، كان لا بدّ من الوقوف على طبيعتها القانونية أين خلصنا إلى الإقرار لها بصفة النظام القانوني.

هذا وأوضحنا من خلال هذه الدراسة الدور الفاعل لقضاء التحكيم في تبني القواعد المادية، سواء من خلال الكشف عنها أو من خلال إنشائها، وهو ما يشكّل دعامة قوية للفرقاء لإدراج ما يعرف باتفاق التحكيم كمسلك يراد من ورائه الخضوع لقضاء التحكيم، ما يعني بالضرورة إقرار القواعد المادية كمنهج مباشر لحلّ مسألة التنازع في عقود التجارة الدولية.

وعن ذكر الأثر المباشر لإعمال القواعد المادية كان لا بدّ من الوقوف على تلك المقاربات التي تجمعها بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس والأمن أو قواعد النظام العام بشكل عام والتي طالما شكّلت حاجزاً منيعاً أمام القضاء في وجه قواعد التنازع؛ حيث أنّ الدور المنوط بها في حقيقته يشكّل سلاحاً ذو حدين، إذ بقدر إسهامها في استبعاد قاعدة الإسناد، تبقى هذه القواعد مؤشراً قوياً في تكوين القواعد المادية وهذا نتيجة تواتر الممارسات وما يتمخض عنها من تواتر للأحكام القضائية والاجتهادات الفقهية في هذا السياق. غير أنّ مفهوم النظام العام يبقى العقبة الأهم وهذا بالنظر لاختلاف دلالاته ومقوماته بين مختلف الأنظمة القانونية خاصة في ظلّ توسّع الهوة بين الدول المتقدمة ودول العالم الثالث،

وإن خالصنا في تحليلنا إلى تبني الأثر المخفف النظام العام، وكذا النظام العام التوجيهي ما دام يراعي إلى أبعد الحدود المتغيرات الاقتصادية والتجارية.

وبغرض إضفاء معالم واضحة عن الكيفية التي يتم بها إعمال القواعد المادية في مجال منازعات عقود التجارة الدولية، حدّدنا بعض الضوابط التي لا مناص من مراعاتها من قبل الهيئات القضائية سواء الوطنية منها أو الدولية تتجسّد عموماً في صون رغبة الأطراف، والأخذ بالمعايير الشخصية والمكانية وبحث استحالة تطبيق القانون؛ حيث أبانت هذه الممارسات من قبل القضاء الوطني والهيئات التحكيمية على نوع من التداخل بين المنهجين التنازعي والمادي، ما حدى بنا نحو بحث آفاق تجسيد المنهج المادي أين أسفرت الدراسة إلى أنه، وبالرغم من دوره اللامتناهي وأثره المباشر في مجال النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، إلا أنّ منهج القواعد المادية كشف عن حاجته لقاعدة الإسناد وهذا في العديد من المناسبات سواء تعلق الأمر بقواعد ذات أصل داخلي أو قضائي، أو تلقائي، أو اتفاقي، إذ أبان التكامل عن أحقيته في مجال تنازع القوانين بالرغم من اختلاف ميكانيزمات الإعمال بين المنهجين من حين لآخر؛ فتنصح القواعد المادية عن دورها الأساسي والأصيل أمام قضاء التحكيم، في حين تأخذ شكلاً احتياطياً إذا تعلق الأمر بالقضاء الوطني طالما أنّ القاضي ملزم باحترام القواعد التي تعكس رغبة المشرع، وإن كان يراعي في العديد من المناسبات الاجتهادات القضائية.

وبالعموم فإنّ إدراك الأمن القانوني المنشود في مجال التجارة الدولية قد لا يتأتى سوى من خلال النهوض ببعض المفاهيم والضوابط الراسخة في علم القانون الدولي الخاص، لعلّ أهمّها تتجسّد من خلال بحث مفهوم هذا الأخير، إذ يقتضي المنطق أن يتمّ تعريف هذا الفرع من فروع القانون في ضوء الغاية التي يسعى إليها بوصفه قانون الحياة الخاصة الدولية، وذلك بصرف النظر عن مناهجه المستخدمة في تنظيم العلاقات الدولية.

كما أنّ تحريّ درجات التفصيل والوقوف على مختلف الجزئيات من قبل الأطراف المتعاقدة قد يساهم إلى أبعد الحدود في فض مسألة التنازع، بل قد تكون سبباً في عدم نشوئه، ولا بأس في هذا السياق من الإستعانة بالخبراء، ورجال القانون والمختصين وهذا في مختلف مراحل العقد سيما المحطات القبلية. وقد تتجلى أهم نقطة من خلال درأ الإرادة الضمنية، ومحاولة الإفصاح عن رغبتهم بشكل لا يترك

مجالاً للتأويلات؛ بل حتى التشريعات المقارنة تبقى منوطة بتقريب وجهات النظر والحلول في شأن الإرادة الضمنية على وجه التحديد.

ولعلّ درأ فكرة الجمود التي تعترى الضوابط الاحتياطية في سياق تبني التشريعات المقارنة لمثل هذه الضوابط، والتي تنوب في الغالب من الفرضيات عن تخلف إرادة الأطراف في تحديد قانون العقد، لن يتأتّى سوى من خلال تبنيها بشكل أو بآخر للقواعد المادية وإن كانت قاصرة؛ إذ لا سبيل للدول لمواكبة النكسات المتتالية للروابط التجارية الدولية إلاّ من خلال إدراج القواعد التي تلازمها.

كما أنّ بقاء الدول العربية في معزل عن مسألة التوحيد، قد يعيق مسارها ويهزّ كيائها على المجال الدولي فيجعل منها تابعا منقاداً، ونقطة الضعف هاته قد يتمّ جبرها من خلال الإقدام على المشاركة في المجمع والمحافل والمؤتمرات الدولية، من أجل توحيد رؤاها سلفاً، وأخذ مواقف إيجابية وبنّاءة تدعم بها وجهات نظرها الخاصة بقدر يصون صورتها أمام الهيئات الدولية.

ويبقى أن نشير إلى أنّ إدراج منهج القواعد المادية كمقياس مستقل في المعاهد والجامعات قد يطوّر من الفكر القانوني في مجال القانون الدولي الخاص، إذ يجمع بين الماضي والحاضر والمستقبل تحت ستار التكامل والتعايش؛ كما من شأنه أن يضع الدول أمام حتمية التكيف مع النكسات الاقتصادية، بغرض إرساء دعامة قانونية لصون حقوق أفرادها في ظلّ ما يعرف بالتعايش الدولي.

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

❖ المراجع والمصادر باللغة العربية:

➤ المؤلفات:

■ 01 - المؤلفات العامة:

- * إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.
- * أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2003.
- * أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2007.
- * أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1989.
- * أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط 1، إدارة المطبوعات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، سنة 2002.
- * أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008.
- * الطيب زروقي، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014.
- * إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009.
- * إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2013.
- * بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010.

- * حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2011.
- * حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997.
- * حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.
- * حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2002.
- * حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004.
- * خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2015.
- * رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2011.
- * سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، سنة 2009.
- * سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004.
- * سيف الدين قباري محمد، نظرية الغش في القانون الخاص من المنظور الفقهي والقضائي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2019.
- * صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، سنة 2006.

- * صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007.
- * عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، سنة 2010.
- * عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2016.
- * عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009.
- * عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2008.
- * عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول، بارقي للنشر، الجزائر، سنة 2009.
- * عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، سنة 2004.
- * عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة في القانون المصري الجديد رقم 18 لسنة 1999 وبعض التشريعات العربية واتفاقية جنيف 1930) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.
- * عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، القانون الدولي الخاص (الإجراءات المدنية التجارية والدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية – تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
- * عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
- * عمرو طه، بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، "نظرية القانون"، دار الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن.

- * زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، سنة 2012.
- * زهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2010.
- * محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2017.
- * محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2013.
- * محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، سنة 2012.
- * محمد رسمي العمري، قاعدة التنازع في مسألة حماية غير كاملي الأهلية، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2014.
- * محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، الجزء الأول، الطبعة التاسعة عشر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2012.
- * محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2009.
- * محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 2008.
- * محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2016.
- * مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2013.

- * ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2005.
- * ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 1998.
- * منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000.
- * منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ، د.س.ن.
- * نادية فوضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2008.
- * هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001.
- * هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003.

■ 02 - المؤلفات المتخصصة:

- * أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
- * أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- * السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2018.
- * القاضي بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة بدران الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2017.

- * إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2009.
- * إيهاب السباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2008.
- * بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، سنة 2006.
- * جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص (دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، سنة 2012.
- * حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001.
- * حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2008.
- * حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1980.
- * خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2013.
- * خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2016.
- * خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.
- * ريتا سايد سيده، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية - دراسة مقارنة - ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، لبنان ، سنة 2014.
- * سلامة فارس عرب، وسائل معالجة توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999.

- * صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006.
- * صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- * عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، سنة 1934.
- * عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، سنة 2019.
- * عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2011.
- * عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية (عقد البيع الدولي، العقود البحرية الدولية، عقد نقل التكنولوجيا، عقود التجارة الإلكترونية، التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2017.
- * عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012.
- * لزه بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012.
- * ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2014.
- * محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007.
- * محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، سنة 2009.

- * محمد حسين منصور، العقود الدولية (ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، د.س.ن.
- * محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الإلكتروني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
- * محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، الطبعة الأولى، مطبعة حمادة، القاهرة، سنة 2003.
- * محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992.
- * محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، سنة 2012.
- * محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000.
- * محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003.
- * محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لعقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2012.
- * محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2015.
- * موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بغداد، سنة 2011.
- * هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2014.

➤ الأطروحات والرسائل الجامعية:

- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 2004.
- إدريس خبابة، أساليب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2012.
- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، سنة 2009.
- أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، سنة 2014.
- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2016.
- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011.
- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988.
- بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2011.
- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2009.
- تعويبت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2017.

- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2009.
- خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018.
- دربة أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2018.
- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة - مصر، سنة 2006.
- لبيك شوقي، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2020.
- محمد جمال محمد طاهر، تسوية المنازعات الرياضية بالتحكيم، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل - العراق، سنة 2005.
- نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، المغرب، سنة 2008.
- هنادي كمال الدين إبراهيم أحمد، المبادئ العامة كمصدر للقانون الدولي - دراسة تحليلية - ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، سنة 2016.

➤ البحوث والمقالات:

- * الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 25، المجلد الأول، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2015.
- * أيوب لمغازي، بدر البوزكاوي، تكييف العقود التجارية الدولية، مقال متوفر على الرابط : <https://ho9o9i.com>
- * بلاق محمد، تأصيل قدرة التحكيم التجاري الدولي كمصدر للقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر الثليجي، الأغواط، المجلد 01، العدد 01، سنة، 2015.
- * بن عصمان جمال، سالم عبد الكريم، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق - جامعة المسيلة، سنة 2021.
- * بن عصمان جمال، الأمن القانوني في إطار تنازع القوانين، دراسة في مجال المسؤولية التقصيرية، مجلة دراسات قانونية، العدد 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، سنة 2017.
- * بودريعات محمد، أزمة تطبيق القانون الأجنبي بين اعتباره من الوقائع أو اعتباره قانونا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2018.
- * حامد عبد الحين الجبوري، مقال بعنوان " الأسس العلمية لتدخل الدولة في الاقتصاد ". متوفر عبر الموقع الإلكتروني: <http://fcds.com/economical/1096>
- * حمزة أحمد حداد، اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة، سنة 2001. منشورة عبر الموقع: www.lac.com.jo
- * حمزة أحمد حداد، مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي " تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية " (22-24 مارس 2008).

* رائد فاضل جويد، النظرية الحديثة في التجارة الخارجية، مجلة الدراسات الخارجية والحضارية، المجلد الخامس، العدد 17، جوان 2013، ص 126. متاح عبر الرابط:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=77033>

* زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 02، سنة 2016.

* زياد محمد فالح بشبابة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة - ، (مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات العدد 30 الجزء 01 جوان 2013.

* شهيدة قادة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج - دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن -، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 08، 2011.

* صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجلد 10، عدد 03، سنة 2015.

* طيار محمد السعيد، معايير تدويل عقود التجارة الدولية، مجلة المفكر، العدد 16، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2017.

* عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، سنة 2016.

* علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروي (قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، كلية القانون جامعة الزاوية، سنة 2015.

* فؤاد ديب، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد 02، سنة 2008.

- * فيلاي فؤاد، فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية من طرف المحكم الدولي وأسسها، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية القاضي عياض، مراكش، العدد الرابع، سنة 2013.
- * مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، سنة 2010.
- * منقور قويدر، بنور أسماء، رهانات التحكيم التجاري الدولي بين ضمانات السرية ومتطلبات الشفافية، مجلة القانون، العدد 01، المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان - الجزائر، سنة 2018.
- * مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 02، سنة 2014.
- * هشام بولسينة، عمارة بلغيث، أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 12، العدد 02، القسم (أ)، العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، سنة 2020.
- * يوسف زكريا عيسى، مقال بعنوان التجارة الدولية، متوفر عبر الرابط:

<https://arar.facebook.com/dr.yousifzakaria/posts/639417616130967/>

➤ المواثيق الدولية والتشريعات:

▪ 01 - المواثيق الدولية:

- اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

- بنود اتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية متاحة عبر الموقع:

<https://assets.hcch.net/docs/8c381f7a-8473-4021-9eb2-2ab5096f4d93.pdf>

- بنود اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية متاحة عبر الموقع:

<http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/doc.html>

- بنود اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى متاحة عبر الموقع:

<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

- اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية متاحة عبر الموقع:

https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv%20Rome%201980_Loi%20applicable%20aux%20contrats.pdf

- القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي الصادر بتاريخ 21 جوان 1985 متاح عبر الموقع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf>

- قانون اليونسترا المتاح عبر الموقع:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf>

- نظام التحكيم التابع للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في نسخته المنقحة لسنة 2010 المتاح عبر الموقع:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf>

■ 02 - التشريعات الداخلية:

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005، المعدل والمتّم للأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. العدد 21 لسنة 2008

- القانون 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر العدد 06 الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.
- القانون رقم 15-15 المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق ل 15 جويلية سنة 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 2015.
- القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر العدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018.
- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر عدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975.
- المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر عدد 82 بتاريخ 2020/12/30.
- المرسوم التنفيذي 15-306 المؤرخ في 24 صفر 1437 ، الموافق 06 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، ج.ر العدد 66 لسنة 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 17-202 المؤرخ في 27 رمضان 1438 الموافق ل 22 جوان 2017 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 24 صفر 1437 ، الموافق 06 ديسمبر 2015 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات و البضائع ، الجريدة الرسمية العدد 38 لسنة 2017.
- مرسوم تنفيذي رقم 18-02 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1439 الموافق 07 يناير سنة 2018 ، يتضمن تعيين البضائع موضوع التقييد عند الاستيراد، الجريدة الرسمية العدد الأول لسنة 2018 .

■ 03 - التشريعات المقارنة:

- قانون التحكيم التونسي المتاح عبر الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/tn/tn036ar.pdf>

- قانون التحكيم الأردني المتاح عبر الموقع:

<http://www.adaleh.info/Art.aspx?Typ=2&Id=1184>

- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المتاح عبر الموقع:

<https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%3%a9dure%20civile.pdf>

- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 المتاح عبر الموقع:

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/291>

- القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 المتاح عبر الموقع:

file:///C:/Users/home/Desktop/bgbl186s1142_9893.pdf

❖ *Listes des matières en langue étrangère :*

➤ Ouvrages :

- ANCEL(B) et LEQUETTE (Y), Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 2ème éd, Paris, Sirey, 1992.
- AUDIT Bernard, Flux et reflux de la crise des conflits de lois, droit international privé, travaux de comité français de droit international privé, paris, 1985.
- BALLARINO Tito. Codification du droit international privé italien. In: Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, 10ème année, 1990-1991.1992.
- BATIFFOL Henri, Les Conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé, Paris, 1938.
- DELEBECQUE Philippe, GERMAIN Michel, Traité de droit commercial, 17ème édition, L.G.D.J, Paris, 2004.
- DESTEXHE Christine, Le contrat de vente international; pour les exportateurs non-juriste, première éd, Edipro, 2005.
- FOUCHARD Philippe, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965.
- FREYRIA Charles, La notion de conflit de lois en droit public. Travaux du Comité français de droit international privé, 23- 25ème année, 1962-1964. 1965.
- GENY (F), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème éd, Paris, L.G.D.J,1919.
- GOLDMAN Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives. In: Droit international privé : T.C.F.D.I.P, 2^{ème} année, 1977-1980.
- GOLDMAN Berthold, Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international. In: Travaux du Comité français de droit international privé, 27-30^{ème} année, 1966-1969. 1970.
- JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987.

- KOHLER Christian, Académie de droit international de la HAYE, une collection de cours de droit en livre de poche, 2013.
- LEVENEUR Laurent, La liberté contractuelle en droit privé: les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), AJDA, Dalloz, 1998.
- LOUSSOUARN Yvon, Droit international privé, éd 1993.
- LOUSSOUARN Yvon, Droit international privé, 9^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2007.
- LOUSSOUARN Yvon, L'évolution de la règle de conflit de lois. In: Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988. Journée du Cinquantenaire.
- LOUSSOUARN Yvon - BOUREL Pierre, Droit international privé, Dalloz 1976.
- LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, 6^{ème} éd, Dalloz, 1999.
- LYON-CAEN (Ch) Et RENAULT (L), Traité de droit commercial, 2 éd, T 1, Paris, 1889.
- MAHIOU Ahmed, Les implications du nouvel ordre économique et le droit international, droit international et développement, organisme national de la recherche scientifique, actes du colloque international tenu à Alger du 11 au 14 octobre 1976, – o.p.u -, Alger, 1978.
- MAURY (M), La condition de la loi étrangère en droit français, travaux du comité français de droit international privé; Dalloz, Paris, 1953.
- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, droit international privé, Montchrestien, 08^{ème} éd, Paris, 2004.
- MELIN François, Droit international privé, édition Casbah, Alger, 2004.
- MINOIS Maud, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, bibliothèque de droit privé, T 594, L.G.D.J, paris, 2020.
- OPPETIT Bruno, Le développement des règles matérielles. In: Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988.

- PALLARUELO Guy, La loi applicable au contrat: vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome de 1980, chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2003.
- RANOUIL Véronique, L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept, presse universitaire de France, 1980.
- SAVIGNY, Traité de droit romain « Traduit par Guenoux (ch) », 2 éd, vol 8, Paris 1860.
- SIMOULIN Vincent, L'union européenne au regard des pays nordiques, les études du - CERT -, N^o 66, juin 2000.
- VIRALLY Michel, Un tiers droit? Réflexions théoriques, Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982.

➤ Thèses :

- BURUIANĂ Monica-Elena, L'application de la loi étrangère en droit international privé, Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur, spécialité droit privé, école doctorale, université de Bordeaux, 2016.
- JORGE Manuel, les rattachements alternatifs en droit international privé, thèse de doctorat d'état en droit, université de paris 1 – panthéon – Sorbonne, 1988.
- LANDAIS Guillaume, Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne , Thèse de Doctorat en Sciences juridiques de l'European University Institute, Florence, 2017.
- LARPVANICHAR Ratchaneekorn, Les contrats internationaux: étude comparative franco-thaïlandaise, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur en droit Discipline : Droit international privé, L'Université Lille 2 – Droit et Santé, année 2012.

➤ Articles :

- AUDIT Bernard, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Académie de Droit International, Recueil des cours, T 3, 1984.
- AUDIT Bernard. Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul; Revue internationale de droit comparé. Vol 50, N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain.
- BATIFFOL Henri, Contrats et conventions, Revue de droit international et de droit comparé, 1968.
- BOMCHIL Maximo, ZIVY Isabel, Application de la loi étrangère, revue de droit des affaires, 1985.
- CHAKROUN Majdi, La cession de créances en droit international privé québécois, Revue internationale de droit comparé. Vol. 60 N°3, 2008.
- DRAKIDIS, Du caractère non – exécutoire de certains contrats de changes, d’après les statuts du fonds monétaire international, rev, crit, 1970.
- ESCARRA (J), De la valeur juridique de l’usage en droit commercial, Annales de droit commercial, 1910.
- GAILLARD Emmanuel, « L’ordre juridique arbitral: Réalité, utilité et spécificité», R.D. McGill, n°55/2010.
- ISSAD Mohand, Droit international privé, 1- Les règles de conflits, O.p.u, Alger 1980.
- ISSAD Mohand, Droit international privé, 2- Les règles matérielles, O.p.u, Alger 1983.
- KEGEL gerhard, The Crisis of Conflict of Laws, recueil des cours, T 2, vol 112, 1964.
- LOQUIN Eric, Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage, Rev.arb, 2006.
- LOUSSOUARN Yvon, Recueil des cours, collected courses of the hague academy of international law,2, T 139,1973.

- NGONO NKOVA Véronique Carole, La méthode conflictuelle dans le projet de code civil camerounais: contribution à la systématisation de l'évolution des méthodes en droit international privé, Les Cahiers de droit, Volume 57, numéro 4, décembre 2016.
- PAULSSAN (J), la lex mercatoria dans l'arbitrage, Rev.arb.1990.
- VAN HECKE (G), Principes et méthodes de solution des conflits de loi, RCDIP, tome 126, 1996.
- WAROT Jean, comité maritime international, revue internationale de droit comparé, vol1, N°4 octobre-décembre 1949.
- WENGLER Wilhelm, l'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, rev, crit. 4, 1990.
- Willis L.M. Reese, Choice of Law in Tort Cases. Chaplin v. Boys (England: Court of Appeal and House of Lords), The American Journal of Comparative Law, Vol. 18, No 1, 1970.

✓ Articles disponibles sur les sites Web :

- ANAÏS Simon, La preuve de la loi étrangère dans le procès civil: du fait ou du droit?
Disponible sur :
<https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-preuve-de-la-loi-%C3%A9trang%C3%A8re-dans-le-proc%C3%A8s-civil-du-fait-ou-du-droit-par-ana%C3%AFs-simon>
- JEAN Gabriel Castel, Université York, Toronto, Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales.
Disponible sur :
v1.ahjucaf.org

الفہرس

الصفحة	الموضوع
أ	شكر وتقدير
ب	الإهداء
ث	قائمة بأهم المختصرات
01	مقدمة
09	الباب الأول: تقصي القانون الواجب التطبيق في ظل تكريس منهج قواعد التنازع
11	الفصل الأول: ارتباط العقد الدولي بفكرة التنازع في القوانين
11	المبحث الأول: دولية العقد كأساس لقيام التنازع في القوانين
12	المطلب الأول: الوقوف على الإطار القانوني لدولية العقد
12	الفرع الأول: المفهوم ومعايير الدولية
13	أولاً- مفهوم العقد التجاري الدولي
14	ثانياً- دولية العقد التجاري
17	الفرع الثاني: معيار دولية العقد في القانون الاتفاقي والتطبيقات القضائية
17	أولاً- معيار دولية العقد في القانون الاتفاقي
17	01 - معيار الدولية في اتفاقية فيينا لسنة 1980
18	02 - معيار الدولية في اتفاقية لاهاي لسنة 1986
18	ثانياً- معيار دولية العقد في التطبيقات القضائية
19	01 - التطبيق المتناوب للمعيارين القانوني والاقتصادي
19	02 - التطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي
20	الفرع الثالث: المجال الفني لتجسيد دولية العقد
22	أولاً- القانون الواجب التطبيق على التكييف
22	01 - خضوع التكييف لقانون القاضي
24	02 - خضوع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع
25	03 - خضوع التكييف للقانون المقارن
26	04 - إخضاع التكييف لنظرية علم القانون
27	ثانياً- موقف المشرع الجزائري من التكييف

29	المطلب الثاني: البعد الدولي لمسألة التنازع
29	الفرع الأول: تأثير منهج قواعد التنازع على النظام القانوني في الدولة
30	أولاً- تأثير العنصر الأجنبي
30	ثانياً- تأثير الصفة الخاصة
31	ثالثاً- الارتباط بأكثر من نظام قانوني
32	رابعاً- السماح بتطبيق القانون الأجنبي
33	الفرع الثاني: الوصف القانوني لفكرة تطبيق القانون الأجنبي
33	أولاً- الجدل القائم حول المقصود بالقانون الأجنبي
35	ثانياً- الجدل القائم حول الوصف القانوني للقانون الأجنبي
35	01 - نظرية الحقوق المكتسبة (Théorie des droits acquis)
36	02 - نظرية التجنيس (Théorie de la naturalisation)
36	أ - مذهب الاستقبال (Doctrine de la réception)
37	ب - مذهب القانون المحلي Local law doctrine
38	03 - نظرية العنصر الواقعي (Théorie de l'élément de fait)
39	ثالثاً: الجدل القائم حول إثبات القانون الأجنبي
39	01 - إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصم الذي يدعي الحق المطالب به
40	02 - إثبات القانون الأجنبي من طرف الخصم المتمسك به دون تحديد
44	الفرع الثالث: قواعد التنازع في مواجهة المراكز الحكومية
44	أولاً- مسألة الاعتراف بالدولة
46	ثانياً- مسألة التكافؤ بين القوانين المتنازعة
47	المبحث الثاني: تأثير قواعد التنازع على العقد التجاري الدولي
47	المطلب الأول: مبررات الأخذ بقاعدة التنازع
47	الفرع الأول: المبررات القائمة على ذاتية القواعد
47	أولاً- مثالب قاعدة التنازع
50	ثانياً- سمات قاعدة الإسناد
50	01 - الخصائص العامة لقاعدة الإسناد

50	أ - الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع
53	ب - الطابع التجريدي لقاعدة التنازع
53	ج - الطابع الحيادي لقاعدة التنازع
55	02 - الخصائص الخاصة لقاعدة الإسناد
55	أ - الطابع الازدواجي لقاعدة التنازع
56	ب - الطابع الغير مباشر لقاعدة التنازع
56	الفرع الثاني: المبررات القائمة على الخلفيات التاريخية
57	أولا- المدارس القديمة
57	01 - نظرية الأحوال الإيطالية
58	02 - نظرية الأحوال الفرنسية
59	03 - النظرية الهولندية
60	ثانيا- المدارس الحديثة
60	01 - النظرية الإيطالية الحديثة (نظرية شخصية القوانين النسبية)
61	02 - النظرية الألمانية
62	03 - النظرية الفرنسية الحديثة (طبيعة القوانين الاجتماعية و الهدف منها)
63	المطلب الثاني: قواعد التنازع في مواجهة متطلبات السوق الدولية
63	الفرع الأول: قواعد التنازع في مواجهة عائق الإحالة
64	أولا- فكرة الإحالة بين القبول والرفض
64	01 - الاتجاه المؤيد لقبول الإحالة
65	02 - الاتجاه الراض للإحالة
66	ثانيا - موقف القانون الجزائري بخصوص الإحالة
67	الفرع الثاني: نحو حتمية اعتناق قانون الإرادة
70	أولا- مضمون قانون الإرادة
71	01 - التوافق مع توقعات الأطراف
71	02 - رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة
71	03 - رعاية مصالح التجارة الدولية

72	ثانيا- توجهات قانون الإرادة
72	01 - النزعة الذاتية أو الشخصية
72	أ - مضمون النزعة وتقدير فكرة العقد الطليق
76	ب - النتائج المترتبة عن النزعة الذاتية
78	02 - النزعة الموضوعية لقانون الإرادة
78	أ - مضمون النزعة الموضوعية
79	ب - آثار النزعة وتقدير نظرية الازدواجية
81	الفصل الثاني: نحو ترسيخ أحقية مبدأ قانون الإرادة في فض مسألة التنازع
81	المبحث الأول: أحقية قانون الإرادة في حكم الروابط التجارية الدولية
81	المطلب الأول: التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة
82	الفرع الأول: الاعتراف بالمبدأ في القوانين الوطنية والاتفاقيات والتطبيقات القضائية
82	أولا - الاعتراف بالمبدأ في القوانين الوطنية
83	ثانيا- الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية
84	ثالثا- الاعتراف بالمبدأ في التطبيقات القضائية
85	الفرع الثاني: مضمون مبدأ قانون الإرادة
85	أولا- الإرادة الصريحة وانعكاساتها القانونية
87	ثانيا - الإرادة الضمنية وانعكاساتها القانونية
93	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن قانون الإرادة
93	أولا- إمكانية إعمال أعمال أكثر من قانون
97	ثانيا - زمن الاختيار
99	المطلب الثاني : انعكاسات المبدأ على مختلف جوانب العقد
99	الفرع الأول: انعكاسات المبدأ على مرحلة تكوين العقد
101	أولا- خطاب النوايا ومركز قانون الإرادة
103	ثانيا - التفاوض ومركز قانون الإرادة
107	الفرع الثاني: انعكاسات المبدأ على مرحلة انقضاء العقد
107	أولا- الانقضاء بالوفاء

109	ثانيا- الانقضاء بما يعادل الوفاء
112	ثالثا - الانقضاء دون الوفاء
113	الفرع الثالث: انعكاسات المبدأ على العقد في جانبه الشكلي
115	أولا - الشكل المطلوب للانقضاء
116	ثانيا - الشكل المطلوب للإثبات
117	المبحث الثاني: قانون الإرادة وتكريس الأمن القانوني
117	المطلب الأول: معيقات وقيود قانون الإرادة
117	الفرع الأول: عائق التنزع الزمني وتأثيره على أحداثيات التعيين الإرادي
118	أولا - تعديل قاعدة الإسناد في قانون القاضي
120	ثانيا - تعديل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص
121	ثالثا - تعديل القواعد الموضوعية في القانون المختص
122	الفرع الثاني: اصطدام قانون الإرادة بحاجز النظام العام
123	أولا- مضمون فكرة النظام العام
126	ثانيا - الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام
130	الفرع الثالث: قانون الإرادة وعائق القواعد ذات التطبيق الضروري
131	أولا - ضرورة الوقوف على المدلول الاصطلاحي
134	ثانيا - معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري
136	ثالثا - القواعد ذات التطبيق الضروري بين الأعمال الوطني والأجنبي
136	01 - أعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية
137	02 - أعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية
139	رابعا - القاضي ومسألة المفاضلة بين القواعد ذات التطبيق الضروري
140	الفرع الرابع: قانون الإرادة وفرضية الغش نحو القانون
140	أولا- مضمون فكرة الغش نحو القانون
143	ثانيا- معيار الصلة كسبيل لكبح مسار الغش نحو القانون
146	المطلب الثاني : تخلف الإرادة عن تحديد قانون العقد
146	الفرع الأول: الاسناد الجامد

147	أولا - إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك
148	ثانيا - إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة
148	ثالثا - إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام
148	رابعا - إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد التنفيذ
149	الفرع الثاني: الاسناد المرن
149	أولا- فكرة التركيز الموضوعي
151	ثانيا- فكرة الأداء المميز للعقد
154	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
158	الباب الثاني: تنازع القوانين في ظل تنامي منبج القواعد المادية
160	الفصل الأول: القواعد المادية حتمية في ظل تنامي التجارة الدولية
160	المبحث الأول: ضرورة وضع إطار مفاهيمي للقواعد المادية
162	المطلب الأول: الوقوف على مدلول القواعد المادية في ظل تعدد المصطلحات
162	الفرع الأول: أنصار مصطلح القواعد الموضوعية
163	الفرع الثاني: أنصار مصطلح القواعد المادية
165	الفرع الثالث: المفارقات بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري
168	المطلب الثاني: سمات القواعد المادية وجدلية تمتعها بصفة النظام القانوني
168	الفرع الأول: الأسباب الذاتية لتبني القواعد المادية
172	الفرع الثاني: مدى الاعتراف للقواعد المادية بصفة النظام القانوني
172	أولا- ضرورة الوقوف على مدلول النظام القانوني
173	01 - مفهوم النظام القانوني
174	02 - مقومات النظام القانوني
175	ثانيا- فكرة النظام القانوني بين الاقرار والرفض
176	01 - الاتجاه المشكك في صفة النظام القانوني للقواعد المادية
176	أ - الاتجاه النافي أو المنكر للصفة القانونية للقواعد المادية
179	ب - الاعتراف بصفة النظام القانوني غير الكامل للقواعد المادية
180	02 - الاتجاه المقر بصفة النظام القانوني للقواعد المادية

183	المبحث الثاني: نحو تحرير العقد الدولي من حكم القوانين الداخلية
184	المطلب الأول: الحجيات القائمة على الخلفيات التاريخية والتوجهات السياسية
184	الفرع الأول: العامل التاريخي وتقدير اصطلاح المنهج الحديث
184	أولا- مرحلة العرفية
185	ثانيا- مرحلة التقنينات الوطنية
185	ثالثا- مرحلة التدوين الدولي
187	الفرع الثاني: إسهام العولمة الاقتصادية في هجر القواعد الوطنية
187	أولا- ترسيخ معالم التجارة الإلكترونية
189	ثانيا- محدودية القواعد الوطنية في صون تطلعات الأطراف
192	الفرع الثالث: التدخل المتزايد للدولة في النشاط الاقتصادي
193	أولا- الاعتبارات الاجتماعية
194	ثانيا- الاعتبارات الاقتصادية
196	ثالثا- الاعتبارات السياسية
197	المطلب الثاني: مساهمة أزمة قاعدة التنازع ودور الفقه في تفعيل منهج القواعد المادية
197	الفرع الأول: القواعد المادية نتيجة أفرزتها محدودية قواعد التنازع
198	أولا - حياد قواعد التنازع وتعقيدها
199	ثانيا - غموض قواعد التنازع
199	ثالثا - قواعد فارغة المضمون
199	رابعا - قواعد آلية تحقق العدالة الشكلية
200	خامسا - عدم تحقيق الوظيفة الوقائية وهجر القواعد الآمرة
201	سادسا - عدم تكريس الأمن القانوني
202	الفرع الثاني: دور المساعي الفقهية في ترسيخ القواعد المادية
203	أولا- مساعي الفقه الأمريكي
203	01 - نظرية تجميع نقاط الارتباط
204	02 - نظرية مبدأ التفضيل
205	03 - نظرية الاعتبارات المؤثرة على تحديد الاختيار

206	04 - نظرية المصالح الحكومية
207	05 - نظرية قانون القاضي
208	06 - نظرية القانون الأوثق صلة
209	ثانيا - مساعي الفقه الأوربي
212	المبحث الثالث: القواعد المادية تحت غطاء توحيد قانون التجارة الدولية
213	المطلب الأول: تأصيل فكرة التوحيد من منطلق بحث المصادر
213	الفرع الأول: القواعد المادية ذات المصدر الداخلي
214	أولا - القواعد المادية ذات الطابع التشريعي
216	ثانيا - القواعد المادية ذات الأصل القضائي
217	الفرع الثاني: القواعد المادية ذات المصدر الدولي
217	أولا - الاتفاقيات الدولية
220	ثانيا- العادات والأعراف الدولية
222	ثالثا - المبادئ القانونية المشتركة كمصدر
223	رابعا - النظام العام المطلق كمصدر
223	خامسا - فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد (droit prétorien)
225	المطلب الثاني: تكريس الجهود الدولية في مجال التوحيد
225	الفرع الأول: الهيئات الفاعلة في مجال التوحيد
225	أولا - المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)
226	ثانيا - لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL)
227	ثالثا - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED)
228	رابعا - اللجنة البحرية الدولية (CMI)
228	خامسا - غرفة التجارة الدولية (CCI)
229	سادسا - الاتحاد الأوربي للفرانشيز
230	الفرع الثاني: طرق وأساليب التوحيد
230	أولا - وضع شروط عامة
231	ثانيا - إعداد القوانين النموذجية

231	ثالثا - جمع العادات والأعراف التجارية
232	رابعا - التوحيد الاتفاقي الاقليمي
233	خامسا - الاتفاقيات الدولية
236	الفصل الثاني: البعد القانوني لإعمال المنهج المادي ومدى نجاعته في فض مسألة التنازع
236	المبحث الأول: أهمية القضاء الدولي في إرساء القواعد المادية
237	المطلب الأول: إسهام آلية التحكيم في تكريس المنهج المادي
237	الفرع الأول: تنامي دور التحكيم في مجال الروابط التجارية الدولية
238	أولا - طبيعة التحكيم والعلاقات التجارية الدولية
240	ثانيا - مزايا التحكيم وانعكاساتها على التجارة الدولية
246	الفرع الثاني: تقدير موقف المحكم اتجاه الأخذ بالقواعد المادية
248	المطلب الثاني: دور اتفاق التحكيم في ترسيخ أحقية القواعد المادية لحكم النزاع
249	الفرع الأول: مضمون فكرة اتفاق التحكيم وأبعادها القانونية
254	الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي
255	المبحث الثاني: ضوابط إعمال القواعد المادية أمام القضاء الوطني وقضاء التحكيم وأبعادها القانونية
256	المطلب الأول: سعي القضاء الوطني وقضاء التحكيم إلى الأخذ بالقواعد المادية
256	الفرع الأول: دور القضاء المنشئ والكاشف للقواعد المادية
256	أولا - الدور المنشئ للقواعد المادية
259	ثانيا - الدور الكاشف عن القواعد المادية
260	الفرع الثاني: حرص القضاء على الأخذ بالمعايير المتصلة بالتنازع
260	أولا - الإعمال القائم على مراعاة إرادة الأطراف
264	ثانيا - الإعمال القائم على معايير شخصية ومكانية
265	ثالثا - الإعمال القائم على استحالة تطبيق قانون معين
267	المطلب الثاني: العقوبات التي تعترض القضاء الوطني وقضاء التحكيم في سياق إعمال القواعد المادية
267	الفرع الأول: العقوبات المتعلقة بجوهر القواعد المادية
269	الفرع الثاني: العقوبات المتعلقة بمسايرة عصرنة التجارة الدولية
272	المبحث الثالث: إعمال القواعد المادية مع بقاء الحاجة لقاعدة التنازع وإرساء فكرة التكامل

272	المطلب الأول: محاولة الوقوف على مختلف صور التكامل بين المنهجين
272	الفرع الأول: التكامل بين القواعد المادية ذات المصدر الداخلي وقواعد الإسناد
274	الفرع الثاني: التكامل بين القواعد المادية ذات الأصل القضائي الداخلي وقواعد الإسناد
275	الفرع الثالث: التكامل بين القواعد المادية المستمدة من الاتفاقيات الدولية وقواعد الإسناد
275	أولا - التكامل القائم على نطاق تطبيق الاتفاقية
276	ثانيا - التكامل القائم على قصور الاتفاقية
277	ثالثا - التكامل القائم على دور الإرادة في استبعاد أحكام الاتفاقية
278	الفرع الرابع: التكامل بين القواعد المادية ذات الأصل التلقائي وقواعد الإسناد
279	أولا - تكامل عادات وأعراف التجارة الدولية وقواعد الإسناد
281	ثانيا - تكامل الشروط العامة والعقود النموذجية وقواعد الإسناد
282	ثالثا - تكامل المبادئ العامة للقانون وقواعد الإسناد
285	رابعا - تكامل قواعد العدالة والإنصاف وقواعد الإسناد
287	المطلب الثاني: تقدير فكرة التكامل بين المنهجين
287	الفرع الأول: فكرة التكامل بين التأييد والرفض
290	الفرع الثاني: أولوية التطبيق في سياق فكرة التكامل
290	أولا- القواعد المادية حلّ استثنائي أمام القضاء الوطني
291	ثانيا- القواعد المادية حلّ أصلي أمام قضاء التحكيم
293	الخاتمة
302	قائمة المصادر والمراجع
324	الفهرس

الملخص:

تتطوّر الساحة الدولية حركة لا متناهية للعلاقات الخاصة، تتصدّر فيها الروابط التجارية الدولية المشهد الرئيسي؛ بوصفها الوسيلة التي تعمل على تلبية الرغبات وتحقيق الغايات. وبالنظر لمخصوصيتها أبانت العقود في مجال التجارة الدولية عن حتمية اتصالها بالعناصر الأجنبية، ما يفرض بالضرورة إلى تعدّد الأنظمة القانونية؛ لتلوح معها في الأفق إشكالية تنازع القوانين. ولعل ارتباط مثل هذه العلاقات القانونية بأكثر من نظام قانوني كان كفيلاً بتوجيه الفكر الدولي نحو بحث البنى التحتية والميكانيزمات الآلية التي تهدف لبحث القانون الواجب التطبيق من القوانين المتنازعة، بما يجسد قدراً من الأمان القانوني الذي تصبو إليه المعاملات التجارية بشكل عام، وتتطلّع إليه الأطراف المتعاقدة على وجه التحديد.

الكلمات المفتاحية: العقد التجاري الدولي، قواعد التنازع، قانون الإرادة، القواعد المادية

Résumé :

Le monde connaît un mouvement infini de relations privées, dans lequel les liens commerciaux internationaux sont au premier plan, et qui se manifestent à travers des contrats dit internationaux. Compte tenu de leurs spécificités, ces contrats doivent être en contact avec des éléments étrangers, ce qui conduit nécessairement à une pluralité de systèmes juridiques; le problème du conflit de lois se profile. L'association de ces relations juridiques à plus d'un système juridique peut avoir guidé la réflexion internationale vers l'examen des infrastructures et des mécanismes mécaniques visant à examiner le droit applicable des lois concurrentes, reflétant ainsi le degré de sécurité juridique souhaité par les transactions commerciales en général et par les parties contractantes en particulier.

Mots-clés : Contrat de commerce international, règles de conflit, la loi de l'autonomie, règles matérielles

Abstract :

The international arena defines an infinite movement of private relations, in which international business ties are at the forefront of the main scene; as the means to satisfy desires and achieve ends. Given their specificity, contracts in international trade have shown that they must be in contact with foreign elements, which necessarily leads to a plurality of legal systems; the problem of conflict of laws looms. The Association of such legal relations with more than one legal system may have guided International thinking towards the examination of infrastructures and mechanical mechanisms aimed at examining the applicable law of competing laws, thus reflecting the degree of legal security desired by commercial transactions in general and by the contracting parties in particular.

Keywords: International commercial contract, conflict rules, law of will, material rules.