

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب
التطبيق

على العقد التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون العام لأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

عيد عبد الحفيظ

من إعداد الطالبان:

- حمومة سعيدة

- حميطوش أعمار

لجنة المناقشة

1. الأستاذة بلاش ليندة مساعدة- أ جامعة عبد الرحمان ميرة.....ممتحنة

2. الأستاذ عيد عبد الحفيظ مساعد- أ جامعة عبد الرحمان ميرة،،،،، مشرفا ومقررا

2. الأستاذ تواتي محمد شريف مساعد- أ جامعة عبد الرحمان ميرةرئيسا

السنة الجامعية 2014 - 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله

فاتحة كل خير وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

«الآية 31 من سورة البقرة»

تقدير و شكر

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

وتطبيقاً لهذا الحديث الشريف وهذا الأدب الرفيع

فإذن الشكر لله والحمد لله الذي أماننا على إتمام هذا العمل

الذي نأمل أن يكون في المستوي، أما بعد

نتوجه بخالص الشكر والتقدير والإمتنان إلى أساتذة

كلية الحقوق بجامعة بجاية ونخص بالذكر الأستاذ المحترم

محمد عبد الحفيظ

الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته القيمة والتي سعدنا وتشرفنا

بمعرفته لقاء هذا العمل

كما نتوجه بشكرنا كذلك إلى كل زملائنا وأصدقائنا.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى جدي وجدتي أطال الله في عمرهما

إلى أمي وأبي حفظهما الله

إلى أختي الوحيدة

الأحياء، الأخوال، والخالات، الأعمام والعمات

أحمد

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى والدي العزيز
إلى منبع الحنان والعطاء والصبر "أمي" و إلى جدي العزيز
وإلى إخوتي وأخواتي كل باسمه
إلى كل أقرابي صغيرا كان أو كبيرا وكل أصدقائي وزملائي
في الدراسة
وأقدم بفائق الشكر والإحترام إلى كل أساتذة كلية الحقوق
لجامعة بجاية .

سعيدة

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية:

ثانيا : باللغة الفرنسية.

ج : الجزء.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

د.ب.ن : دون بلد النشر

د.د.ن : دون دار النشر

د.س.ن : دون سنة النشر.

ص : الصفحة .

ط : الطبعة

ف : فقرة.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

م : المادة.

N° : Numéro.

Op .cit : Ouvrage Précédemment Cites.

P : Page

المقدمة

تحتل التجارة الدولية مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، وهي العمود الفقري الذي تسود حوله هذه العلاقات مما يؤدي إلى أن التعامل التجاري على الصعيد الدولي تترتب عليه ميلاد علاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي، تثير مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق، والتي تعتبر من أهم وأبرز المواضيع التي حضت بدراسة فقهية كبيرة والتي أثرت على التشريعات الوطنية تظهر في القواعد القانونية التي تنظم هذه العقود⁽¹⁾.

تصدت مختلف النظم القانونية الحديثة إلى تنظيم العقود الدولية، كونها تعد من الوسائل الفنية التي من خلالها تتم معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، والتي أخذت تتزايد معدلات نموها وتتنوع صورها وأشكالها في العالم المعاصر، وهذا ما يتطلب وضع قواعد قانونية تستجيب لمثل هذه التطورات الحاصلة، وتتكفل بتزويد المتعاملين بما يكفل لهم الثقة والأمان التي تقتضيها طبيعة هذه العقود⁽²⁾.

يكون أساس هذه العلاقة إرادة أطرافها استنادا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد ومن هذا المنطلق تظهر أهمية العقد وما يترتب على ذلك من آثار ونتائج التي من ضمنها تحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي⁽³⁾.

لا تثار مشكلة تنازع القوانين أصلا في مجال عقود التجارة الداخلية التي تخضع حتما للقانون الداخلي، وهو الأمر الذي يوفر للمتعاقدین العلم المسبق بالنظام القانوني الذي على أساسه تم تعاقدهم، ولكن الأمر يختلف تماما بالنسبة لعقود التجارة الدولية التي لها اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، فيقتضي الأمر تزويد المتعاقدين بكل ما يكفل لهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق حتى لا تقابلهم قوانين لا تتماشى مع مصالحهم الخاصة.

¹ - شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003، ص 02.

² - عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة تيزي وزو، 2005، ص 01.

³ - شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 01.

تختلف الحلول المقررة لمشكلة تنازع القوانين في شأن عقود التجارة الدولية عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، من حيث الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد ويظهر هذا الاختلاف في قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا شأن لإرادة الأطراف فيها، باستثناء العقود الدولية تعد إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعني إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة⁽¹⁾.

أمام صعوبة تعريف عقود التجارة الدولية، أوجد كل من الفقه والقضاء معايير من خلالها يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد، وظهر في هذا الصدد اتجاهين، اتجاه أخذ بالمعيار القانوني والثاني أخذ بالمعيار الاقتصادي⁽²⁾.

يقوم المعيار القانوني على فكرة مؤداها أن العقد يعد دولياً فيما لو إتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، ووفقه يعد عقد بيع دولي مثلاً إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد كأن يبرم العقد مثلاً في إسبانيا بين إسباني مقيم في إسبانيا وبلجيكي مقيم في بلجيكا وتعلق الأمر ببضاعة موجودة في إيطاليا، وتسلم في مكان وجودها، وكل هذه العناصر تضيف على العقد الصفة الدولية لاتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد، على خلاف العقود الداخلية التي تتركز كل عناصرها في دولة واحدة⁽³⁾.

يتحدد الفرق بين العقد الدولي والعقد الداخلي بإعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية فهي كسائر العقود الأخرى لم يعطى له تعريف دقيق لكي يقوم القاضي بالتعامل مع القضية حسب الأحوال لكن يمكن وفقاً لهذا المعيار تحديد دولية العقد عندما يكون للطرفين موطن تجاري محدد في دولتين مختلفتين، وهنا نكون أمام حالة بضاعة يتم نقلها من دولة لأخرى، فتشكل

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 01 - 02.

² - بوكلال مبروك لحظير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2012، ص 02.

³ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للإتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص 59 - 60.

تصرفات إيجاب وقبول على إقليم دولتين مختلفتين، وتسليم البضاعة على إقليم دولة أخرى غير إقليم الذي تم فيها الإيجاب والقبول⁽¹⁾.

أما المعيار الثاني هو الاقتصادي مؤداه أن العقد يعد دوليا إذا كان له مساس بمصالح التجارة الدولية. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حسب ما قاله "ماتر" وهو محام عام لدى محكمة النقض الفرنسية بمناسبة قضية شهيرة عرضت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1927 فاتبعت المحكمة في قضائها matter ويتلخص رأيه في أن العقد دوليا إذا كان هناك انتقال للأموال عبر الحدود الدولية⁽²⁾.

إذا كان إقرار حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد قد تأكدت من فقهاء القانون الدولي الخاص بصفة نسبية في القرن التاسع عشر فإن تأكيد هذا المبدأ من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتم إلا في نهاية هذا القرن وبداية القرن العشرين، على إثر حكم شهير في قضية نظرت فيها محكمة النقض الفرنسية تعرف ب *affaire American trading company* و صدر فيها الحكم في 5 ديسمبر 1910 بمناسبة عقد النقل البحري، أين حدد بصفة صريحة وواضحة أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية سواء فيما يتعلق بتكوينه أو من حيث شروطه وآثاره هو القانون المختار من قبل الأطراف⁽³⁾.

رغم التطور الذي حصل في هذا الموضوع إلا أن القاعدة التي توصل إليها كل من الفقه والقضاء لم تسلم من النقد سواء في المجال النظري لهذه الأخيرة، أو مجالها التطبيقي، فمن الانتقادات التي وجهت لها في المجال النظري :

أن إرادة الفرد لا يمكن أن تكون مصدر للقانون وأن تصبح في القانون الدولي الخاص، كأساس لتحديد اختصاص القوانين، لأن القانون لا يختار بل يفرض سلطته على المتعاقدين، لذلك يجب في مجال التعاقد أن يخضع لقاعدة تنازع محددة و ملزمة لا يترك فيها لإرادة الأطراف حرية وهذا الحق ملكا للمشرع وحده لا يمكن التنازل عنه⁽⁴⁾. أما عن الانتقادات التي أثرت على المجال التطبيقي لهذه القاعدة فهي أن هذه القاعدة تمنح للأطراف حرية ارتكاب الغش من خلال التهرب

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 03 .

² - بوكلال ميروك، لحضير حكيم، المرجع السابق، ص 02-03.

³ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 05-06.

⁴ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 06 .

من القواعد الآمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام وذلك بإخضاع العلاقة العقدية لقانون أجنبي لا يعترف بهذه القواعد كما أنه يعتبر أن تكريس مبدأ سلطان الإرادة ليس بالقاعدة البسيطة والواضحة كونه متصل في الواقع مع القاضي الذي يدعي في بعض الأحيان الرجوع لإرادة المتعاقدين، وهذا الرجوع لا يكون إلا نظريا في بعض الحالات نظرا لعدم قيامه بالبحث عن إرادة الأطراف، كما أنه يمكن للمتعاقدين أن لا يتفقا مسبقا على القانون المطبق فإن القاضي يدعي البحث عن إرادتهما المفترضة التي تكون غير موجودة (1).

و على هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابعا من الأهمية التي يكتسبها هذا الأخير فيما يشهده مجال التجارة الدولية من نمو متزايد فإن الأمر يقتضي إزالة كل العوائق التي تواجهها لضمان استمرارية و تنفيذ هذه العقود، حيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حل للمشاكل القانونية التي تطرحها يشغل بال الفقهاء و مشرعي الدول سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، و مرد ذلك هو أن فعالية النظام القانوني الذي ينضم عقود التجارة الدولية له أثر بالغ في زيادة حجمها و اتساع نطاقها.

كما تظهر أيضا أهمية هذا الموضوع في التعرف على أهم الصعوبات القانونية التي ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية و من ضمن هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يعتبر من أهم و أبرز الإشكالات القانونية التي أثارت جدلا كبيرا بين فقهاء القانون الدولي الخاص.

تثير قاعدة خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف مسألة نطاق فكرة حرية الإرادة بمعنى هل تعتبر الحرية التي يتمتع بها أطراف العقد التجاري الدولي في اختيار القانون الذي تخضع له علاقاتهم العقدية مطلقة أم هناك قيودا تحد من هذه الحرية في الاختيار ؟
وللإجابة على هذه الإشكالية يتطلب دراسة هذا الموضوع في نقطتين أساسيتين:
خضوع العقد الدولي لقيود منهج قاعدة الإسناد(الفصل الأول).
خضوع عقود التجارة الدولية لحكم القواعد الآمرة(الفصل الثاني).

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 06-07.

الفصل الأول

خضوع العقد الدولي لقيود

منهج تنازع القوانين

من أهم المبادئ المستقرة في التشريعات الحديثة هو إخضاع العقد التجاري الدولي للقانون الذي يختاره المتعاقدان تطبيقاً لمبدأ معروف يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، بحيث تقابل الحرية التعاقدية في العقود الدولية، مبدأ آخر في يتمثل في حرية اختيار القانون المطبق على عقود التجارة الدولية⁽¹⁾ إلا أن هذا المبدأ يتجاهل أن الإرادة لا تستمد قوتها الملزمة إلا من القانون ذاته، فبهذا فإن مبدأ سلطان الإرادة غير مطلق من القيود التي تفرضها القوة المشروعية للقوانين الملزمة سواء من حيث إنشاء التصرف القانوني أو آثاره وحتى الصعوبات التي يطرحها نظام الإسناد⁽²⁾.

أمام تعدد الحالات التي تؤدي إلى استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، وتطبيق قانون آخر سنتولى اظهار الحالات التي يمكن فيها استبعاد قانون الإرادة (المبحث الأول)، ونبين فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون (المبحث الثاني).

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 03.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 72.

المبحث الأول

الحالات التي يمكن فيها استبعاد قانون الإرادة عند إعمال قواعد الإسناد

إذا كانت قواعد الإسناد هي تلك القواعد التي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، إلا أن هناك حالات يتم فيها استبعاد قانون إرادة الأطراف وذلك نتيجة الصعوبات التي يطرحها نظام الإسناد⁽¹⁾. إضافة إلى ذلك أن كل التصرفات التي تدخل في نطاق الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة، سواء بإخضاعها لقانون واحد أو أكثر وهذا ما يطلق عليه بالتجزئة الإرادية للعقد وفي مقابل ذلك هناك تجزئة غير إرادية للعقد وذلك بخضوع جانب من جوانب العقد لقانون آخر غير القانون المختار⁽²⁾، وعلى هذا الأساس نتناول في هذا الصدد حالة إعمال بعض المسائل الأولية وتأثيرها على قانون الإرادة (المطلب الأول)، ونطاق قانون الإرادة من حيث التكوين ومن حيث الآثار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إعمال المسائل الأولية وتأثيرها على قانون الإرادة

إذا كانت وظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع كل مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون يتم تعيينه بمقتضى ضابط الإسناد، فإنه قبل الأخذ بهذه القاعدة يتطلب تحديد طبيعة المسألة المعروضة لإدراجها ضمن احدي الفئات المسندة⁽³⁾، وهذا ما اصطلح عليه في فقه القانون الدولي الخاص بالتكييف القانوني الذي نتناوله في (الفرع الأول)، بحيث إذا تبين بعد القيام بالتكييف القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون الإرادة، فتبقي إمكانية عدم تطبيق هذا القانون قائمة إذا ما كانت قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص وهذا ما يترتب عنه الإحالة (الفرع الثاني).

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 107.

² - المرجع نفسه، ص 100.

³ - حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجدلاوي، الأردن، 1993

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف

إذا كانت قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة تشير إلى القانون الذي يحكم المسألة المطروحة أمام القاضي، إلا أن المشرع الجزائري وغالبية التشريعات العربية الأخرى تضع فئات مسندة بحيث يربط كل فئة بقانون معين، فمثلا العقود الدولية تخضع لقانون الإرادة الأطراف، الأهلية تخضع لقانون جنسية الشخص، الميراث يحكمه قانون جنسية المورث... الخ، ولهذا فعندما يعرض على القاضي أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة ما، فإنه يلزم أولاً بقيام بعملية أولية، وذلك بإدراج هذه العلاقة ضمن إحدى الفئات القانونية إذا كان مثلاً ينطبق عليها وصف عقد يتم تطبيق قانون الإرادة إذا كانت الأهلية يتم تطبيق قانون الجنسية لشخص وهذا العمل الذي يقوم به يسمى بالتكييف⁽¹⁾.

لهذا فإن التكييف يعرف بأنه عبارة عن تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان المناسب من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون تمهيدا لإعمال حكم القانون عليها، ونشير إلى أن مسألة التكييف ليست خاصة بالقانون الدولي الخاص فقط بل هي مسألة تطرح أيضا في مختلف فروع القانون الداخلي كما هو الشأن في القانون الجنائي حيث يواجه القاضي في بعض الحالات مشكلة تحديد نوع الفعل الذي ارتكبه المتهم هل يمكن إدراجه ضمن جنحة أو جناية أو مخالفة، نفس الأمر بالنسبة للقانون المدني بحيث يواجه القاضي مشكلة إعطاء الوصف القانوني الصحيح لرابطة تعاقدية معينة هل هي عقد بيع أو إيجار⁽²⁾. ما ينبغي ذكره أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس في التكييف في حد ذاته وإنما هو مشكل التنازع في التكييف، بما أن المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول فيجب قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يتم وفقه هذا التكييف والسبب يرجع إلى أن قوانين الدول

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 91.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 64.

تعطي تكييفات مختلفة بشأن مسألة قانونية واحدة، وهذا ما يبين حقيقة المشكلة محل الدراسة⁽¹⁾.
والسؤال المطروح ما هو القانون الذي يحكم التكييف؟

للإجابة على هذا السؤال ظهرت العديد من النظريات الفقهية أهمها :

أولاً: إخضاع التكييف لقانون القاضي:

أول من قال أن إخضاع التكييف للقانون القاضي هو الفقيه الألماني (كان) ولكن دون أن يبيّن نظرية متكاملة في التكييف، وذلك على خلاف ما قال به الفقيه الفرنسي (بارتان) الذي أخضع التكييف للقانون القاضي في إطار نظرية متكاملة⁽²⁾، حيث أسس هذه النظرية على حجة أن إخضاع التكييف للقانون القاضي نتيجة حتمية لمبدأ السيادة، حيث اعتبر قواعد التنازع قواعد وطنية داخلية. وأن كل دولة تضع القواعد الخاصة بها فيما يتعلق بمسألة تنازع القوانين⁽³⁾. ولهذا فإنه إذا تم التكييف وفقاً للقانون الأجنبي في دولة القاضي المعروض عليه النزاع فإنه يؤدي إلى إنقاص السيادة التشريعية لدولة، وهذا عكس ما أخذ به الفقه الحديث بحيث انفرد بحجج وتتمثل فيما يلي:

1 _ التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد معني ذلك أن التكييف يقوم بتبيان المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد، مثلاً إذا قضت قاعدة الإسناد بخضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام فإنه يتعين على القاضي لتطبيق هذه القاعدة أن يبين معني الشكل لمعرفة ما إذا كان المعنى ينطبق على المعنى الوارد في القانون الهولندي من إبرام الوصية في الشكل العرفي.

2 _ إنه من غير الممكن إجراء التكييف وفقاً للقانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية التكييف غير معروف.

3 - بما أن التكييف عملية أولية، يقوم بها القاضي، فإن هذا الأخير بحكم تكوينه الثقافي والقانوني سيتأثر عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه⁽⁴⁾.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الزيتونة للإعلام والنشر، د.س.ن، الجزائر، ص76 - 77

² - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، دار الجامعة الجديدة، ص110.

³ - على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 ص33.

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص81-82.

ميز الفقيه بارتان بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق من حيث القانون الذي يتم التكييف وفقه، فأخضع التكييف الأولي لقانون القاضي والتكييف اللاحق لقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، ويرجع السبب في ذلك إلا أن التكييف الأولي ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، فلهذا إذا تبين للقاضي عند تكييفه للمسألة أنها تدخل في نطاق مضمون العقد وأخضعها لقانون الإرادة، وبالتالي يأتي دور القانون المختص ليكيف العلاقة التعاقدية هل هي عقد بيع أم إيجار⁽¹⁾... الخ، أما التكييف اللاحق يكون عند تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد فهو بهذا يعد تفسيراً لأحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد. إضافتاً إلى ذلك إذا كان المبدأ هو إخضاع التكييف لقانون القاضي، إلا أن بارتان وضع استثناء للقاعدة وتتمثل أساساً في المال إذا كان منقولاً أو عقاراً حيث أخضعه لقانون موقع المال أو تواجدته⁽²⁾. حتى التشريعات الحالية أخذت بالنظرية (بارتان)، مثال ذلك المشرع الجزائري حيث أخضع بالدوره التكييف لقانون القاضي، ويظهر ذلك في نص المادة 9 من ق.م.ج حيث تنص على ما يلي "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"⁽³⁾، معني ذلك تبني رأي بارتان في التكييف وأخذ بالتمييز الذي قال به بارتان بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق، وتعرض بالتالي إلى الاستثناء الذي أورده بارتان على قاعدة إخضاع التكييف للقانون القاضي وذلك في المادة 17 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "يخضع تكييف المال سواء عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

¹ -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص82-83.

² - هشام على صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1990، ص66.

³ - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

ثانياً: إخضاع التكييف لقانون غير قانون القاضي:

لكون نظرية بارتان لم تسلم من النقد، تبني بعض الفقه نظريات أخرى تتمثل النظرية الأولى في إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع معني ذلك إجراء التكييف وفقاً للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل النزاع، مثلاً القانون الهولندي يحظر على الهولنديين إجراء وصاياهم في الشكل العرفي أو الخطي حتى في خارج هولندا، بحيث يلزم القضاء الفرنسي بحكم ببطلان الوصية لأن المادة 992 من القانون المدني الهولندي يمنع اللجوء إلى الوصي الخطية، وأهم انتقاد وجه إلى هذا الرأي هو أن التكييف عملية سابقة على تحديد القانون المختص والقاضي لا يعلم بعد ما هو القانون المختص بالمسألة محل النزاع، فكيف يقوم بتكييف وفقه وهو لم يتحدد بعد⁽¹⁾.

أما النظرية الثانية تتمثل في إخضاع التكييف للقانون المقارن وهذا الرأي يدعو إلى عدم التقيد بالمفاهيم الواردة في كل من القانون القاضي والقانون الأجنبي المحتمل التطبيق ونادي بالضرورة الرجوع إلى مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة والتي يتم استخلاصها بإتباع منهج البحث المقارن للقوانين⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعارض الإحالة مع مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون المختص

إذا اتضح أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الأجنبي، هنا تظهر الصعوبة في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون، وهذه الصعوبة لا تثور إذا اتحدت قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد لقانون القاضي وإنما تثور في حالة اختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى⁽³⁾.

مثال ذلك إذا طرحت على قاضي جزائري مسألة أهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فإن قواعد الإسناد في القانون الجزائري تعطي الاختصاص لقانون جنسية هذا الشخص وهو القانون الإنجليزي

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 86.

² - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص 290.

³ - حسن الهداوي، المرجع السابق، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ص 73.

بينما هذا الأخير قواعد إسناده تعطي الاختصاص لقانون موطن هذا الشخص⁽¹⁾، إذا كان الإنجليزي المطلوب تحديد أهليته متوطنا خارج إنجلترا تكون قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي قد أحالت الاختصاص إلى القانون الموطن وبهذا نكون أمام ما يسمى بالإحالة⁽²⁾ وتجدر الإشارة أنه لا يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين في ظل الأمر 58-75 من ق. م. ج، ولاكن بعد تعديل قواعد الإسناد في 2005 المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وتكون هذه الأخيرة لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي⁽³⁾، وذلك في نص المادة 23 مكرر من ق. م. ج حيث تنص على ما يلي « يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق ». رغم أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة لكن هذه الأخيرة لا تطبق في مجال العقود الدولية، يظهر ذلك فيما نصت عليه المادة 18 ف1 ق م ج "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد"، حيث أخضع المشرع الجزائري للالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة فإذا قام أطراف العقد باختيار قانون دولة ما لحكم العقد فإن القواعد الموضوعية في القانون المختار هي وحدها التي يجب على القاضي تطبيقها لو أننا عرضنا هذه القواعد الموضوعية واستشرنا قواعد الإسناد في هذا القانون المختار وقبلنا إحالتها إلى قانون آخر ففي ذلك تجاهل لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع للاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إضافة إلى ذلك رفض أيضا قضاء العديد من الدول الأخذ بالإحالة في مادة العقود مثلا بريطانيا سويسرا... إلخ⁽⁴⁾. ورفضت اتفاقيات لاهاي بشأن القانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات الأخذ بالإحالة وذلك بموجب إخضاع البيع للقانون الداخلي وهذا ما جاء في المادة الثانية منها التي تنص على ما يلي " أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنا"⁽⁵⁾، إذا كانت هذه الاتفاقيات تهدف إلى

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 94.

2- حسن الهداوي، المرجع السابق، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ص 74 .

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 104.

4- المرجع نفسه، ص 114 .

5- اتفاقية لاهاي، لسنة 1955، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، المؤرخة في

15 جوان 1955. نقلا عن عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 110-111

استبعاد الإحالة، قد يؤدي في الكثير من الحالات إلى تجاهل قانون الإرادة الواجب التطبيق لأن الاختيار التنازعي قد يعني لدي الكثير من الدول الأخذ بالنظام الإحالة لأن هناك العديد من الدول التي أخذت بالنظام الإحالة مثلا فرنسا ألمانيا، إنجلترا... إلخ، فقبل تطبيق القواعد الموضوعية يمكن للقاضي أن يستشير أولا قواعد الإسناد لتلك الدولة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مجال تطبيق قانون العقد

إذا كان قانون العقد يحكم غالبية المسائل العقدية، إلا أن هناك مسائل يحكمها قانون آخر خلاف قانون العقد، فأهلية المتعاقدين مثلا تخرج من نطاق القانون المختار، إذ تخضع لقانون الشخصي وهذا ما نصت عليه المادة 10ف01 من ق.م.ج⁽¹⁾، إضافة إلى شكل العقد يخضع أيضا للقوانين التي حددتها المادة 19 من ق.م.ج، العقار يخضع لقانون المكان الذي يوجد فيه⁽²⁾ وأمام استبعادنا لهذه المسائل من نطاق تطبيق القانون المختار، نطرح هذا السؤال: هل يمكن القول أن كل الالتزامات التعاقدية من آثار العقد وتكوينه تخضع لقانون العقد أم هناك مسائل تخرج من نطاق قانون العقد؟.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الرضا:

حتى يكون هناك عقد أن يكون تطابق الإيجاب والقبول، بما أن وجود الرضا كركن في العقد يؤدي في حالة تخلفه إلى انهيار العقد التجاري، فيشترط لصحته أن يكون المتعاقدين مؤهلين للقيام بهذا التصرف، إضافة إلى أن يكون رضاؤهما خاليا من عيوب الإرادة⁽³⁾.
لقد اختلف الفقهاء في تحديد مدى خضوع هذه المسائل لقانون الإرادة، باستثناء وجود الإرادة كشرط في التصرف القانوني بحيث يستبعد من نطاق قانون العقد لأن المسألة تدخل ضمن

¹ - تنص المادة 10 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسهم".

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص283.

³ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص59

الأهلية⁽¹⁾ وهذه الأخيرة رغم اعتبارها شرطا لصحة التعاقد إلا أنها تستقل بفكرة خاصة، تم على أساسها إخضاع الأهلية للقانون الشخصي وإخراجها من نطاق القانون المختار⁽²⁾.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 10 ف1 من ق.م.ج على أساسها تم إخضاع الأهلية للقانون الشخصي سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن، إذا كان المتعاقدان أشخاص طبيعيين، أما إذا كان شخصا معنويا فالقانون الشخصي يتجسد في المقر الاجتماعي لهذا الأخير وهذا ما نصت عليه المادة 10 ف 3 من ق.م.ج لأن هذا القانون يهدف لحماية المتعاقدين قبل أن يحمي العقد ذاته معني ذلك أنه أخرج الأهلية من نطاق قانون الإرادة، بحيث لم تحدد المادة 10 ف1 من ق.م.ج المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني، على خلاف المشرع التونسي الذي حدد المقصود من الأهلية التي تخضع للقانون الوطني في المادة 40 من القانون المدني التونسي، التي نصت على أن أهلية الأداء هي الأهلية التي تخضع للقانون الوطني فإن ذلك غير كاف لأن هناك أهلية الأداء الخاصة وأهلية الأداء العامة، وهذه الأخيرة هي التي تخضع للقانون الوطني، وقبل التطرق لهذه المسألة لابد أن نحدد تعريفا للأهلية⁽³⁾. والتي تعني صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الواجبات⁽⁴⁾.

وعليه للأهلية عدّة أنواع لذلك علينا أن نحدد نوع الأهلية التي يشملها نص المادة 10 ف1 من القانون المدني الجزائري، كما نعلم أن الفقهاء ميز بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء⁽⁵⁾، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص ليتمتع بالحقوق، والالتزام بالواجبات⁽⁶⁾، والمقصود بالتمتع بالحقوق كأن يكون صاحب حق ملكية، أو حق انتفاع على عقار من العقارات، أما الالتزام بالواجبات، كأن يكون ملتزما

¹ - زروتي الطيب، النظام القانوني لعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص 237.

² - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 59 .

³ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2006، ص 199-198.

⁴ - حسن الهداوي، المرجع السابق، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ص 99.

⁵ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 197.

⁶ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، لإسكندرية، 2003، ص 298

تجاه مدينة بالتزام معين⁽¹⁾، بحيث يفهم من هذا التعريف أن كل إنسان تتوافر فيه أهلية الوجوب التي تثبت له من وقت ميلاده، أو قبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا، وإلى وقت موته وهذا بالنسبة لشخص الطبيعي، أما الشخص الاعتباري أيضا تتوفر فيه أهلية الوجوب فإذا انعدمت، أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، مثال ذلك الشركة بعد أن تصفي، المصفي القضائي هو الذي يمثلها في هذه الحالة⁽²⁾.

بعض الفقهاء يقرون بأن أهلية الوجوب تخضع لقانون جنسية الشخص إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي، إذا كانت أهلية الوجوب تثبت للشخص بمجرد ميلاده، فهي من مظاهر الشخصية القانونية فهي بذلك لا تخضع لقانون جنسية الشخص الذي نصت عليه المادة 10 ف1 قانون المدني الجزائري ولا تخضع لقانون واحد ما دام أنها متعلقة بحق معين فهي تخضع للقانون المختص بحكم هذا الحق فحق الشخص مثلا أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث التي تقضي بالتطبيق قانون جنسية المورث، وحق الشخص أن يتزوج زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص أن يمتلك يخضع لقانون الذي يحكم الملكية، أهلية مباشرة حق التقاضي تخضع لقانون المحكمة المقام أمامها الدعوي، ولهذا نستنتج أن القانون الذي يحكم أهلية الوجوب متعدد بحسب طبيعة العلاقة، وهذا الرأي أخذ به الفقه الراجع في كل من فرنسا ومصر⁽³⁾.

أما أهلية الأداء تعرف بأنها صلاحية الإنسان لاستعمال الحق⁽⁴⁾، حيث تنقسم إلى قسمين أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة، أيهما يدخل في نطاق حكم المادة 10 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾ ؟ .

فأهلية الأداء العامة استعمال الحق فيها يحتاج إلى تدخل إرادة الشخص ولهذا تكون الإجابة على السؤال السابق على هذا النحو : أن أهلية الأداء العامة محورها التمييز، لأن الإرادة لا تصدر

1 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص197.

2 - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة بين الشريعة القانون)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 173.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص198.

4- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، المرجع السابق، ص174.

5- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، دار الهومة الجزائر، 2011، ص216.

إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته، لأن أهلية الأداء مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة كما أن هذه الأخيرة تكتمل ببلوغ سن الرشد، إلا أن هذا السن يختلف من نظام قانون إلى آخر ولهذا لا خلاف بين الفقهاء بأن أهلية الأداء العامة هي التي تتدخل في نطاق قانون الجنسية فالقانون الجنسية هو الذي يحدد لنا سن الرشد، عوارض الأهلية، التصرفات التي يقوم بها الغير المميز فهذه هي الأهلية المنصوص عليها في المادة 10 ف1 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وهي على خلاف أهلية الوجوب بحيث تخضع لقانون واحد وهو قانون الشخصي بحيث يمكن أن يكون قانون الموطن حسب النظم الأنجلوساكسونية في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا⁽²⁾ وقانون الجنسية كما في فرنسا وهذا ما نصت عليه المادة 3 ف3 من قانون المدني لعام 1804 والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 حسب الاتجاه اللاتيني. اضافة إلى ذلك، فإن جميع التشريعات العربية اعتمدت قانون الجنسية بوصفه القانون الواجب التطبيق في أهلية الأداء مثال ذلك المادة 11 الفقرة 1 من القانون المدني المصري المادة 11 من القانون المدني الليبي والمادة 10 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، أما أهلية الأداء الخاصة تتعلق بأشخاص محددين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون ومثال ذلك⁽⁴⁾، ما نصت عليه المادة 402 و408 من ق.م.ج⁽⁵⁾، فأهلية الأداء الخاصة مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية، لهذا السبب أخرجها الفقه من نطاق قانون الجنسية وقد أخضعها الفقه الراجع لقانون الذي يحكم التصرف القانون ذاته، وتتوصل إلى نتيجة مفادها أن أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في نطاق حكم

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 198 - 199 .

² - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 377 .

³ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، دار الجامعة الجديدة، ص 778.

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 199.

⁵ - المادة 402 من القانون المدني الجزائري، تنص على ما يلي : لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشترطوا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا. أما المادة 408 تنص أيضا على ما يلي : "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

المادة 10 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، التي أقرت إخضاعها للقانون الشخصي الذي يتمثل وفق لرأي الغالب بالقانون الجنسية وليس الموطن لأن المسألة متعلقة بالذات الشخص وبالتالي تخضع للقانون المرتبط بالشخص⁽²⁾.

أما لاستثناءات الواردة على خضوع الأهلية لقانون الجنسي نصت على هذه الاستثناءات المادة 10 ف 2 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، الأصل القضائي لهذا الاستثناء، يظهر في القضية التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية عام 1861 واشتهرت بقضية Lizardi ليزاردي بحيث تتلخص وقائع هذه القضية أن شابا مكسيكيا في الثالثة والعشرون من عمره يسمى ليزاردي، اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرر بالثمن عدّة سندات وعند مطالبة بالسداد دفع ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرون سنة، فصدر الحكم لغير صالحه يلزمه بدفع قيمة السندات، بحيث أيدت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن لا يجوز أن يفترض في الشخص العلم بمختلف القوانين الأجنبية، إنما يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة، وأن يكون حسن النية⁽⁴⁾، وشروط تطبيق الإستثناء تتمثل فيما يلي:

- 1- أن يتعلق التعامل بتصرف مالي.
- 2- أن يكون التصرف معقودا في الجزائر وترتب آثاره فيها.
- 3- أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه والذي يترجم بحسن النية.
- 4- أن يكون المتعاقد المتمسك بنقص أهليته كامل أهلية طبقا للقانون الجزائري⁽⁵⁾.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 199 .

² - HENRI BATIFFOL, Paul Lagarde , Droit intenational privé , tome 2 , sixième édition, 1976 p274.

³ - المادة 10ف02 من القانون المدني الجزائري، تنص على ما يلي: "مع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ."

⁴ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 397 .

⁵ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج.1، (تنازع القوانين)، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2000، ص 144-145 .

ولهذا نستنتج أنه لا توجد قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية تطبيقاً لها كلما وجد نص في قانون خاص يقضي بخلاف ذلك، مثال ذلك أن بعض قوانين الدول تخضع الأهلية اللازمة لمباشرة التجارة لقانون الدولة التي يتخذ فيها الشخص مقر نشاطه التجاري، وقد انتهج هذا المنهج قانون التجارة الأردني في المادة 10⁽¹⁾.

باستثناء هذه الحالة يرى البعض أن الرضا يخضع لقانون الإرادة، والتراضي هو توافق لإرادات المتعاقدة (الإيجاب والقبول) وأشكال التعبير عن الإرادة تتمثل في التعبير الصريح والتعبير الضمني ولكن مسألة السكوت لا تعتبر تعبيراً عن الإرادة، فالسكوت هو حالة سلبية والتعبير عن الإرادة هو حالة إيجابية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس هناك من الفقه من يخرج السكوت باعتباره معبراً عن القبول من نطاق قانون العقد على أساس أنه يؤدي إلى نتائج مخالفة للعدل والمنطق، إذ يجعل من وجه إليه الإيجاب يفاجأ بحكم غريب عنه مقرر في القانون لا يعرفه، وهذا الفقه يقترح تطبيق على السكوت ومدى اعتباره قبولاً لقانون محل من وجه إليه الإيجاب إذا كان الشخص طبيعياً أو قانوناً مركز أعماله إذا كان الشخص معنوياً⁽³⁾. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنص المادة 18 من ق.م.ج جاء عاماً لم يحدد مسألة حكم السكوت لذلك يجب الرجوع إلى قواعد العامة للعقد التي تنص على أن السكوت يعتبر رضا إذا أحيط بظروف ملائمة وهذا يظهر من خلال نص المادة 68 ف02 من ق.م.ج⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بمسألة تحديد زمان ومكان العقد في التعاقد بين الغائبين إذا كانت المسألة مطروحة بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق أقر الفقهاء إخضاعها لقانون القاضي وإخراجها من نطاق تطبيق القانون المختار⁽⁵⁾. هذا على خلاف التشريعات الحديثة التي وضعت نصوصاً في هذا الشأن كما هو الشأن بالنسبة للقانون البولوني الصادر سنة 1926 في المادة 9 منه "يعتبر العقد قد

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ص 103.

² - سامي بديع المنصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، (تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة)، دارالعلوم العربية لبنان، 1994، ص 554.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 284.

⁴ - السكوت الملابس، نصت عليه المادة 68 ف 02 القانون المدني الجزائري بقوله "يعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

⁵ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 284.

تمّ في المكان الذي استلم فيه من صدر منه الإيجاب بالقبول". أما موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة فيظهر فيما جاءت به المادة 67 ف1 ق. م. ج. التي " جعلت التعاقد بين الغائبين قائما في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"، وهذا الموقف منتقد في حد ذاته كونه يثير صعوبة أخرى تتعلق بتجديد زمان ومكان القبول.

انقسمت الآراء الفقهية حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية، بحيث الاتجاه الأول أجمع على ضرورة إخضاع عيوب الإرادة لقانون الإرادة لأنها تدخل ضمن الشروط الموضوعية لقيام العقد وهذه الأخيرة تخضع لقانون المختار بحيث برروا موقفهم أن القانون الشخصي يطبق في حالة حماية المتعاقدين، بينما قانون الإرادة هو الذي يتولى حماية العقد⁽¹⁾، بحيث بعض الفقهاء عرضوا هذا الموقف بقولهم على ضرورة إخراج عيوب الإرادة من مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية فعيوب الإرادة تخضع للقانون الشخصي لمن صدرت إرادته معيبة باعتبار أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب ترمي إلى حماية الشخص ذاته أو المتعاقدين⁽²⁾.

أما الاتجاه الآخر وعلى رأسهم الفقيه بروشي (Brocher) اعتبر أن صحة التراضي خاضعة لقانون محل الإبرام وليس قانون الإرادة وأساسها في ذلك أن قانون الإرادة لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان العقد صحيحا غير مشوب بعيوب، ولكن الرأيين السابقين لقي فشلا ولم يعد يأخذ بهما⁽³⁾.

لذلك ظهر هناك تمييز بين عيوب الإرادة وعيوب الرضا، فعيوب الإرادة أوعوارض الأهلية كنقص الأهلية والعتة والجنون والسفه والغفلة كلها تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وهذا ما نصت عليه المادة 10 من ق م ج ويطبق عليها قانون جنسية الشخص لأن هذه العيوب تخص الشخص. أما عيوب الرضا من غلط، تدليس، إكراه، واستغلال فهي ليست عيوباً في الشخص ذاته ولكن هي عيوب في العقد، لذلك يجب إخضاعها لقانون العقد⁽⁴⁾ أو لقانون الإرادة .

¹ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 60.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 442.

³ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 102.

هذا الرأي أيدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1957/6/25 من خلال حكم صدر عن محكمة سان، أقرت فيه تطبيق قانون انجليزي الذي هو قانون يحكم العقد كذلك من حيث تكوينه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب

بعد أن تناولنا في السابق القانون الذي يحكم الرضا سوف نتطرق في هذه الحالة إلى تبيان القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على المحل:

يخضع محل العقد وشروطه من حيث كونه معيناً أو قابلاً للتعيين وممكناً ومشروعاً وموجوداً لقانون العقد. ويرى نبوايه أنه إذا كان محل العقد مالا غير العقار فإنه يجب الرجوع إلى قانون محل هذا المال لبيان ما إذا كان قابلاً أو غير قابلاً للتعامل فيه وكذلك الأمر إذا كان عملاً فيجب الرجوع إلى قانون محل تنفيذ العمل لبيان ما إذا كان جائزاً أو غير جائز⁽²⁾، أما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فإنه ينبغي التفرقة في شأنها بين العقود المتعلقة بعقارات من جهة والعقود الواردة على المنقولات من جهة أخرى، إذ تخضع الأولى لقانون موقع العقار وفقاً للاستثناء الوارد في المادة 18 ف2 من ق.م.ج أما الثانية تخضع لقانون الإرادة⁽³⁾.

ولكن يبقى التساؤل مطروحاً بالنسبة للغبن إن بيان القانون الذي يخضع له يتوقف على تحديد طبيعته وفقاً لقانون كل دولة، فقد يعتبر عيباً في الرضا وفي هذه الحالة يخضع للقانون الشخصي فقد يعتبر عيباً في العقد فيحكمها قانون العقد⁽⁴⁾، إن هذه المسألة مسألة التكييف فتخضع لقانون القاضي.

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 79.

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2005، ص 120.

³ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 443.

⁴ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 361.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على السبب

يخضع من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد مع مراعاة فيما يتعلق بمشروعية النظام العام في دولة القاضي، إذ يمكن أن يكون السبب مشروعاً وفق لقانون العقد ومخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، الأمر الذي يجعل القاضي يستبعده ويطبق قانون بلده⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس فالمشرع الجزائري يبطل العقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام أو الآداب العامة حسب نص المادة 97 من ق.م.ج.⁽²⁾.

الفرع الثالث

حدود قانون الإرادة فيما يتعلق بآثار العقد

تدخل آثار العقد كقاعدة عامة في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وإذا كان الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب كل الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين وهذه هي القاعدة العامة إلا أن هذه الأخيرة ترد عليها استثناءات التي تخضع هذه الآثار لقانون آخر غير القانون المختار وهذا ما سيتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالنسبة للأشخاص وكذلك الآثار المتعلقة بالنسبة للموضوع⁽³⁾.

أولاً : آثار العقد بالنسبة للأشخاص

يخضع لقانون العقد أثر العقد من حيث الأشخاص، أي الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، فهذا القانون هو الذي يحدد مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أو الخاص وهو الذي يحدد انصراف العقد إلى الغير بالاشتراط لمصلحة الغير⁽⁴⁾.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 285.

² - تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللأدب، كان العقد باطلاً".

³ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 103.

⁴ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 363.

ولكن يستثنى فيما يتعلق بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، حيث يسري عليها قانون الهالك⁽¹⁾.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات تقوم فيها عقود التجارة الدولية عن طريق النيابة بحيث تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعاقد مع الغير وبذلك يكون هناك ثلاثة أطراف في العلاقة الأصيل، النائب الغير، بحيث أثارت هذه النيابة الاتفاقية جدلا فقهيًا، فيما إذا كانت تخضع لقانون الإرادة أو غير ذلك، لذلك ظهر اتجاه فقهي يعتد بإرادة الأصيل في اختيار القانون الواجب التطبيق على النيابة بالنظر إلى العقد الأصلي بين النائب والغير، فهناك من قال بتطبيق قانون موطن النائب أو قانون محل إبرام عقد الوكالة مع الأصيل⁽²⁾.

ثانياً : آثار العقد بالنسبة للموضوع

أثر العقد من حيث الموضوع يخضع لقانون العقد، ومؤدى ذلك أنه يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامه، وتحديد نطاقه والتزام المتعاقدين بتنفيذه وتفسيره وتحديد المسؤولية العقدية⁽³⁾.

فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد إلا أنها تخضع في تنفيذها للقانون محل التنفيذ، الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفيته، لأن التنفيذ كثيرا ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد وبهذه الصفة تتمتع بالإقليمية وتسري على التنفيذ أيا كان القانون الذي يحكم الالتزام الذي عينته الإرادة⁽⁴⁾، هذا ما أخذ به القانون الانجليزي بحيث فرق بين الالتزامات المترتبة على العقد وبين تنفيذها، فتخضع الالتزامات لقانون العقد ويخضع تنفيذ كل التزام لقانون محل تنفيذه، بحيث أيد بعض الفقهاء الفرنسيين هذه التفرقة⁽⁵⁾.

¹ - المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي: (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته، ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها).

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 104 .

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 363.

⁴ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 105 .

⁵ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 120 .

أما بالنسبة للفسخ والدفع بالعدم التنفيذ، فإذا كان الفسخ اتفاقيا يسري عليه قانون العقد وكذا بالنسبة للفسخ القضائي، وفيما يخص إعطاء المهلة لهذا الفسخ فقد يخضع لقانون القاضي⁽¹⁾، وحق الحبس يعتبر عندنا حقا شخصيا يخضع لقانون العقد، أما عندما يعتبرونه حقا عينيا، فإنه من الحقوق العينية التبعية يخضع لقانون موقع المال. أما بالنسبة لتفسير العقد يخضع لقانون العقد وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا وإنجلترا وسويسرا، غير أن هناك رأي يرى أن تفسير العقد مسألة واقع تخضع لقانون محل إبرام العقد، وذلك لأن المتعاقدين قد يستعملان في عقدهما مصطلحات من التي يستعملها قانون محل انعقاد العقد، فينبغي حينئذ الرجوع إلى هذا القانون لتفسير المصطلحات⁽²⁾.

وأخيرا فإن قانون العقد هو الذي يبين أسباب انقضاء الالتزام وتعتبر المقاصة والتقدم من الحالات التي تثير مسألة الاختصاص لقانون غير قانون العقد كون هذا الأخير يحكم فقط حالة انقضاء الالتزامات بالوفاء. بالنسبة للمقاصة إذا كانت قضائية فإن قانون القاضي هو المختص، أما بالنسبة للمقاصة الاتفاقية فإنها تشكل عقدا جديدا مستقلا فتخضع بالتالي لقانون العقد أما إذا كانت المقاصة قانونية فإن الأمر يختلف فإذا كان الدينان خاضعين لنفس القانون، فإن هذا القانون هو الذي يطبق عليه، أما إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين فإن عدة حلول قد اقترحت والراجع منها هو الذي يقول بعدم قبول المقاصة إلا في الحالة التي يجيزها القانونان معا لأن المقاصة لا تؤدي إلى انقضاء أحد الدينين، وإنما تؤدي إلى انقضاء الدينين معا⁽³⁾.

كذلك اختلاف الشراح في القانون الدولي الخاص في شأن القانون الواجب التطبيق على التقدم بحيث ذهب رأي وهو سائد في الو. م. أ وإنجلترا إلى إخضاعه لقانون القاضي باعتباره من مسائل الإجراءات، وذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها القديمة إلى إخضاعها لقانون موطن المدين على أساس أن الحكمة منه هي حماية المدين ومن هذه الأحكام الحكم الشهير الذي صدر بتاريخ 13 يناير 1869، بحيث تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن اتجاهها القديم بحيث قررت في حكمها الصادر في 16 أبريل 1971 إخضاع التقدم لقانون الإرادة، إضافة إلى ذلك فاعتبار

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 105 - 106.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 120 - 121.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 287.

التقادم من المسائل الإجرائات وإخضاعها لقانون القاضي منتقد على أساس أن تطبيق هذا القانون مفاجأة لدائن الذي لم يتوقع تقادم حقه وفقا لقانون المحكمة التي رفع النزاع أمامها وإخضاعها أيضا لقانون موطن المدين يؤدي إلى نتائج غير منتظرة مثلا تغيير المدين موطنه على غير ما يتوقع الدائن⁽¹⁾.

¹ - عوض الله شبويه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية_مركز الأجنبي_تنازع القوانين_الاختصاص القضاء الدولي_تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 522 .

المبحث الثاني

إخضاع العقد الدولي لحكم القانون في اطار الاتجاه المقيد لقانون الإرادة لتحديد القانون

المختص

بعدما أن ظهر اتجاه فقهي يريد تحرير العقود الدولية من هيمنة القانون، والمتمثل في أنصار النظرية الشخصية⁽¹⁾. ظهر اتجاه فقهي آخر يرفض مثل هذا التوجه إذ يرى أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لا يتوقف تحديده على إرادة الطرفين وحدها، وإنما يستخلص وفق أسس موضوعية تأخذ في عين الاعتبار ظروف العقد و المتعاقدين معا.

على هذا الأساس سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في (المطلب الأول) مضمون فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون و(المطلب الثاني) نتائج المترتبة من فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون.

المطلب الأول

مضمون فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون

يتجه أنصار النظرية الموضوعية في تشييد نظريتهم من تقديم لنظرية الشخصية. وينحصر تقديمهم في كون أن منطق النظرية الشخصية يتناقض حقيقة مع اختيار القانون، فاختيار قانون العقد لا يمكن أن يستند إلى مطلق سلطان الإرادة لأن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط، وإنما هو قبل ذلك واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة ، ولا يترتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به قانون الجماعة التي نشأ في كنفها⁽²⁾، وبالتالي يرى أنصار هذه النظرية بأن العقد لا يسمو على القانون ويتم إخضاع العقد لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة ويتحفظ القانون الواجب التطبيق الذي

1- يذهب أنصار النظرية الشخصية إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف بحق المتعاقدين ليس فقط في إبرام العقد وتحديد مختلف شروطه وأيضاً في اختيار القانون الذي يراه الأطراف أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 95 .

حدده الإرادة بصفته الأمرة و الناهية والملزمة⁽¹⁾. وعلى ذلك، فإن الاعتراف بقدرة الإرادة على اختيار القانون إنما يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي التي جعلت من إرادة الأطراف ضابطا لاستناد الذي من خلاله يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق⁽²⁾، وأساس ذلك هو أن اختيار قانون العقد لا يستند إلى حرية إرادة الأطراف ذاتها، بل يستند إلى نصوص القانون التي أعطت لإرادة الأطراف هذه الحرية⁽³⁾.

يترتب على ذلك أن ممارسة الإدارة لحقها في اختيار القانون، ينحصر في اختيار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه، لا في إخراج العقد من دائرة القانون⁽⁴⁾.

الفرع الأول

الأساس الذي تقوم عليه فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون

أدى تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى إفلات العقد من حكم القانون وترتب عنه انكماش دور القاعدة القانونية وتضائل تدخل الدولة سواء لحماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة وأصبحت إرادة الفرد هي جوهر القاعدة القانونية حيث تسمو فوق القانون الذي استمد منها قوته الملزمة وأقتصر دوره على حمايتها⁽⁵⁾.

ليس من المنطق أن يستمر رواج هذه الأفكار التي ولدت في ظل تعاليم المذاهب الفردية في القرن التاسع عشر، حيث تدخل المشرع حتى في الدول الرأسمالية ذاتها لتنظيم العملية التعاقدية بفرضه للعديد من القواعد الأمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على إستبعادها وذلك بهدف حماية المصالح العليا للجماعة. وهكذا فإن الإرادة ليست حرة إلا في حدود ما يسمح به القانون الذي تستمد منه سلطانها.

¹ - محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، (أركانها، إثباتها، القانون الواجب التطبيق، حمايتها "التشفير" التوقيع الإلكتروني): دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 143.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 37.

³ - قبائلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 338.

⁴ - بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 105.

⁵ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 96.

فالعقد لا يمكن أن يستند إلى فراغ وإرادة المتعاقدين لا تستطيع أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته. فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل، وهو لا يرتب آثاره القانونية بوصفها هذا إلا باستناده إلى هذا النظام الذي يمنحه الوجود ويكفل له الحماية⁽¹⁾. وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليس قاعدة فلسفية وإنما هي قاعدة قانونية تستند إلى نظام قانوني معين يقرها ويضع لها الضوابط والحدود⁽²⁾.

رحب فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصرين بدور الإرادة وقدرة الأطراف المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، إلا أنهم انتهوا وإلا أن أساس اختيار هؤلاء للقانون يستند إلى حكم القانون الذي يمنح للإرادة هذا الاختيار وليس إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث يقتصر دور الإرادة وفقا لهذا النحو في اختيار القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من قيود هذا القانون⁽³⁾. إذا كان العقد الدولي يتصل بطبيعته بأكثر من نظام قانوني واحد فليس معنى ذلك أنه لا يوجد قانون يدعي الاختصاص بحكم الرابطة العقدية في هذا الفرض، بل أن العكس تماما هو الصحيح فالعقد الدولي يرتبط بالضرورة بوسط اجتماعي معين هو الوسط الذي تتركز فيه عناصره الأساسية وتترتب فيه معظم آثاره، وهو على هذا النحو يخضع بالضرورة للقانون السائد في هذا الوسط الاجتماعي على الأقل عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون آخر⁽⁴⁾.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط مما يؤدي إلى إخضاعها بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام وهو الأمر الذي يتحتم معه تناول فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بما تقتضيه من إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع

¹ - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 51-52.

² - صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 197.

³ - عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 136.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 267.

القوانين في دولة القاضي تؤدي إلى اختصاص القانون السائد في مقر الرابطة العقدية والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل فيها وهذا ما سنتناول دراسته في الفرع الثاني⁽¹⁾.

الفرع الثاني

نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني سافيني ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي باتيفول⁽²⁾، الذي يرى أن قاضي العقد لا يتلقى اختيار الأطراف مكتوف اليدين، بل يجب أن يعيد النظر في هذا القانون للنظر في مدى توافر الرابطة جدية بينه وبين العقد، بحيث أن إرادة الأطراف ليست كافية بحد ذاتها لاختيار القانون الواجب التطبيق وهو منهج التركيز الذي يجب إتباعه سواء في حالة الاختيار الصريح أو في حالة غيابه⁽³⁾.

مؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد، ولكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر، على ذلك إن كانت الإرادة عنصراً رئيسياً في عملية التركيز إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع⁽⁴⁾.

لتحقيق فكرة تركيز العقد حسب هذه النظرية يمكن اعتماد وسائل ثلاث :

أ - اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها للقانون محل الإبرام
ب- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمداً في ذلك على ظروف وملابسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين، وهو ما يعرف عند فقهاء الأنجلوسكسون بمنهج القانون الخاص بالعقد.

¹- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 97.

²- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 55.

³- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند الحاج، البويرة، 2012، ص 112-113.

⁴- سعد الدين أمجد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص 27.

ج- اعتماد منهج وسط، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية، ويتم إعمال فكرة تركيز العقد والبحث عن القانون الواجب التطبيق إذا لم تكن الأطراف المتعاقدة قد قررت صراحة أو ضمناً إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون معين. لما لهذا التركيز من أهمية في توحيد الحلول وضرورة توافر صلة بين القانون المصرح باختياره والعقد أو المتعاقدين⁽¹⁾.

الجدير بالذكر هو أن مسألة تركيز العقد ليس بالأمر الهين بحيث نجد القضاء الفرنسي لم يبين فكرة تركيز العقد وإعمالها بل تجاوزها إلى تبيان دور قاضي الموضوع في استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال عملية التركيز⁽²⁾، ومن ضمن أحكام القضاء صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم بتاريخ 1959/07/26 الذي تم الإقرار فيه أنه "إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحة، فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث على هذا القانون مستندا في ذلك إلى ظروف التعاقد وملاساته⁽³⁾. هذا ومهما يكن من صعوبة في عملية تركيز العقد الدولي فإن اعتماد النظرية الموضوعية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق التركيز له أهمية في توحيد الحلول وضرورة توفر صلة بين القانون المصرح باختياره والعقد أو المتعاقدين، ونعتقد أن محكمة النقض الفرنسية تبنت هذه النظرية فيحكمها الصادر بتاريخ 1910/12/05 حينما أستبعد القانون المصرح به والذي يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية، وإذا كان المعول عليه أن تركيز العقد يتوافق مع الاختيار المبني على أسس موضوعية وذو علاقة حقيقية وكافية بالعقد أو المتعاقدين، قد أدرج القضاء في مختلف الأنظمة القانونية على تبنيه إلا أن القضاء في حالات نادرة استعمل غطاء التركيز لتمويه تطبيق قانون القاضي⁽⁴⁾.

إن الأخذ بهذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق من شأنه أن يحقق العدالة إلى حد ما⁽⁵⁾، لكونه لم يراع فقط طبيعة العقد الذاتية، وإنما المقننات التي صاحبت التعاقد، إلا أن هذا

¹ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 55-56.

² - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 28.

³ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 107.

⁴ - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 29.

⁵ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص 266.

الضابط لا يحقق للمتعاقدين العلم به وحتى القاضي إلا بعد البحث عنه عندما يعرض النزاع عليه بالتالي لا يمكنه توقعه ولا حتى توقع محتواه.

لذلك لا يتحقق شرط العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم العقد قبل تحديده الذي يمكن للضوابط العامة سواء كانت محل الإبرام أو محل التنفيذ أن تحققه، لكن هذا لا يمس بشرط العلم نظرا، لأن هذا الشرط يجد فعاليته عندما يكون الاختيار صريحا أو ضمنيا للمتعاقدين، أما عندما ينظر القاضي في هذه المسألة فقد يفقد هذا الشرط تلك الفعالية إذا استند إلى ظروف وملابسات التعاقد⁽¹⁾.

لكن رغم الانتقادات التي وجهت لكل هذه الضوابط، إلا أن هذا لا يدفعنا إلى القول بعدم إعمال هذه القوانين بل تبقى هذه الأخيرة تعبر على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية، ولقد حاولت اتفاقية روما تجنب هذه الانتقادات بفرض حل يعرف بالأداء المميز وهذا ما سنتولى دراسته في (الفرع الثالث).

تتمثل القوانين التي أخذت بأحد الضوابط السابقة الذكر هو القانون الجزائري بحيث أخذ بقانون محل الإبرام الذي يطرح عدة إشكالات، مما يؤدي إلى صعوبة تحديده خاصة مع التطور التكنولوجي الحاصل، والذي أثر على العقود إلى درجة وجود عقود تبرم في بعض الحالات تعرف بعقود التجارة الإلكترونية⁽²⁾.

الفرع الثالث

نظرية الأداء المميز في العقد

تقوم نظرية الأداء المميز كما يراه البعض "إن نظرية الأداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحث للروابط العقدية تحتل مركزا وسطا بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، والسابق الإشارة إليه، وهو إسناد يتميز بالوضوح يضمن للمتعاقدين توقعاتهم من البداية وإن عابه كما رأينا أنه يفتقد للمرونة التي يقتضيها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة، وبين نظرية التركيز الموضوعي للأستاذ باتيفول والتي وإن حققت المرونة في الإسناد في كل حالة على حدة وفقا لظروف التعاقد وملابساته، إلا أنها قد أضحت على هذا النحو باعتباريات

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 141.

² - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 109.

الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، نظرا لأن هذا التحديد لن يتم إلا بمعرفة القاضي عند نظر النزاع، وفي ضوء ملابسات التعاقد في كل حالة، أي في مرحلة متأخرة يتعذر على المتعاقدين قبلها أن يتعرفوا على القانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية سواء عند إبرام العقد أو تنفيذه"⁽¹⁾.

تقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه، وتماشيا مع ذلك عرف الأستاذ Jean-Baptist الأداء المميز للعقد بأنه "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن العقود الأخرى" وعرفه الأستاذ Overtraeten Van بأنه "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا "فكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهرى والهام في الرابطة العقدية"⁽²⁾.

وعليه ففي حالة غياب الإرادة يستوجب على القاضي أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية على ضوء طبيعتها الذاتية، والتي يمكن أن نحدد من خلالها منذ البداية الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهرى الذي يفرضه العقد، حيث يتم إسناد العقد في مجموعة إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي والذي يعد مركزا للعقد في مجموعه"⁽³⁾.

1. موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز في العقد

تعتبر نظرية الأداء المميز من أحد المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 ميلادي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثالثة، والتي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي على أساس أن أداء البائع هو المميز في العقد، كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 ميلادي كذلك هذا الضابط في مادتها الرابعة⁽⁴⁾. والتي أوضحت القانون الأوروبي المتعلق بالالتزامات التعاقدية إذ تنص على أنه عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي لها أكثر الروابط

¹ - وصاحب هذه المقولة هو هشام علي صادق.

² - نقلا عن بلاق محمد، المرجع السابق، ص 58.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 267-268.

⁴ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 59.

وثوقا، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا⁽¹⁾.

2. موقف التشريعات الوطنية من نظرية الأداء المميز في العقد

تبنت هذه النظرية كذلك العديد من القوانين الحديثة كقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 ميلادي (المادة 136 فقرة ب) كذلك نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998م التي تقضي بأن يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وإذا لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية"، والمقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز، كما وجدت نظرية الأداء المميز تطبيق لها في العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال قرار المحكمة الفدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966 الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد⁽²⁾. من خلال تطبيق نظرية الأداء المميز على بعض عقود الدولة نجد أن هيئات التحكيم المشكلة في إطار تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 18 ديسمبر عام 1985 بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية، والمتعلق بإنشاء خط سكة حديدية وأمام غياب بند القانون الواجب التطبيق، قررت تطبيق القانون الجزائري على العقد، حيث أن العقد يتمركز في القانون الجزائري، فقد أبرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها⁽³⁾.

لكن رغم أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتمادها في القانون المقارن، إلا أنها لم تسلم من النقد على، على الرغم من أنه من حيث المبدأ فلا أحد ينكر أهميتها

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 268.

² - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 60.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 269.

خاصة في الفرض الذي يكون فيه الطرف الملزم بالأداء قد أبرم عقده داخل نشاطه المهني الذي يحترفه، وبالتالي من الأنسب أن يتوحد القانون الواجب التطبيق في شأن مجموع عملياته التجارية⁽¹⁾.

¹ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 61.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة عن فكرة إخضاع العقد لحكم القانون المختار

يترتب عن إعمال النظرية الموضوعية أن للمتعاقدين قدرة اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، تستند إلى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي، مما يترتب عنه عدة نتائج سوف نرصدها على النحو التالي:

الفرع الأول

احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية وإمكانية إبطال العقد وفقا للقانون المختار

يترتب على خضوع العقد لأحكام القواعد الآمرة في القانون المختار النتائج التالية:

أولا: احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية

يرى فقه النظرية الموضوعية الغالب أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد لا تستند إلى مطلق سلطان الإرادة أو ترجع إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية الشخصية بل ترجع قدرة الإرادة على اختيار القانون المختص إلى قاعدة الإسناد التي تمنح للخصوم حرية اختيار هذا القانون وبذلك يرجع اختيار الإرادة للقانون المختص إلى سيادة القانون نفسه، حيث تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أن القانون المختار ينطبق على العقد بوصفه قانونا، وبالتالي لا يجوز للمتعاقدين مخالفة الأحكام الآمرة في القانون المختار، حتى ولو كانت هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي⁽²⁾.

ثانيا: إمكانية إبطال العقد وفقا للقانون المختار

بما أن العقد يخضع للقانون المختار و بالتالي يمكن أن يؤدي هذا القانون إلى إبطال العقد وخاصة أن هذا القانون لا يطبق على العقد بناء على مبدأ سلطان الإرادة ولكن استنادا إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وعليه فإرادة الأطراف المتعاقدة تعتبر مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق إعمالا للحكم الوارد بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، فإذا

¹ - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 94.

² - بن غرابي سمية، المرجع السابق، ص 106.

اختارت إرادة الأطراف هذا القانون يتعين معه في هذه الحالة إعمال أحكامه الآمرة حتى ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد⁽¹⁾.

على هذا الأساس يرى جانب من الفقه أنه إذا كان من المقبول أن يؤدي قانون العقد إلى إبطاله في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدان عن اختيار هذا القانون يتولى المشرع أو القاضي تحديده في هذه الحالة، فإنه من غير الممكن قبول هذه النتيجة في حالة اختيار المتعاقدان لهذا القانون صراحة .

السؤال الذي يمكن اثارته في هذا الصدد هو كيف يمكن تطبيق قانون الإرادة على أساس أنه القانون الذي يتماشى مع توقعات المتعاقدان إذا كان هذا الأخير يؤدي إلى إبطال تعاقدهم⁽²⁾. على خلاف الاتجاه السابق يرى جانب آخر من الفقه أن الاختيار الصريح لقانون العقد يمكن أن يؤدي إلى بطلانه عملاً بأحكام القانون المختار، بينما يصعب على القاضي إبطال العقد في حالة سكوت المتعاقدان عن هذا الاختيار وقيامه بالكشف عن إرادتهم الضمنية، لأن القاضي حين يعتمد على الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدان سوف يتجنب تطبيق القانون الذي يؤدي إلى بطلان العقد وتفضيله إعمال القانون المصحح للعقد باعتباره أكثر تعبيراً عن إرادة المتعاقدان⁽³⁾. ومن هذا المنطلق يرى البعض تدعيماً لهذا النضر قبول الإحالة في هذه الحالة إلى قانون آخر لا يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك تجنباً لإبطال العقد طبقاً لأحكام قانون الإرادة⁽⁴⁾.

1 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 95.

2- عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 141.

3 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدان في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 113.

4- محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 97.

الفرع الثاني

اشتراط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد والاعتداد بالتعديلات اللاحقة

بما أن القانون الذي يختاره الأطراف يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي فإنه يستوى الأمر في هذه الحالة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد باقتضاء توافر صلة بين القانون المختار والعقد وأكثر من ذلك فإن أنصار النظرية الموضوعية لا يعتدون باتفاق المتعاقدين على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة وفي هذا الإطار سوف نتولى دراسة هذين الشرطين في نقطتين أساسيتين وهما :

أولاً: اشتراط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد

إذا كان الأصل هو حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بضرورة أن يقع هذا الاختيار على الأقل على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية⁽¹⁾. لأنه إذا قامت الإرادة باختيار قانون ليس له أي صلة بالعقد فإنها بذلك تكون قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل هذه القاعدة في إطارها، الأمر الذي يؤدي إلى خرق أهداف تلك القاعدة التي يتعين على الإرادة احترامها حينما منحت لها قاعدة التنازع حق اختيار قانون العقد من بين القوانين التي تتنافس لحكم الرابطة العقدية، وهي قوانين تتصل بالضرورة بهذه العلاقة⁽²⁾. ولهذا استقر كل من الفقه والقضاء على اشتراط أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد، لأن تخويل حرية مطلقة المتعاقدين في اختيار قانون محايد يتيح لهم في النهاية التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد. فالنسبة للفقه وإذا كان قد اتفق على ضرورة توفر الصلة بين القانون المختار والعقد، إلا أن مناهجه قد اختلفت حول طبيعة هذه الصلة⁽³⁾.

يبدو أن بعض الشراح قد اكتفوا بوجود مصلحة مشروعة في اختيار قانون العقد حتى لو لم يكن هذا القانون على صلة بالرابطة العقدية. رغم ما يتضمنه هذا الرأي من مخالفة لوظيفة قاعدة

¹ - بن غراي سمية، المرجع السابق، ص 106.

² - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 142.

³ - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 109.

التنازع، والتي تستهدف أصلاً اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد⁽¹⁾. وتتزامن على حكمها وهو الأمر الذي يقتضي توافر صلة جادة بين القانون المختار والعقد،⁽²⁾ في حين يذهب "باتيفول" إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد⁽³⁾. أما القضاء فقد اختلفت مذاهبه . فنجد القضاء الإنجليزي يشترط في هذه "الصلة أن تكون حقيقية" في حين تذهب المحاكم الأمريكية إلى اشتراط أن يكون قانون العقد على صلة طبيعية بالعقد.

أما في ألمانيا يشترط القضاء ضرورة توافر "صلة جادة" بين القانون المختار وبين العقد⁽⁴⁾. أما في سويسرا فقد اشترطت المحكمة الفيدرالية بالإضافة إلى الصلة الإقليمية lien territorial أن تتوافر أيضاً مصلحة معقولة intérêt raisonnable من وراء اختيار قانون العقد⁽⁵⁾.

1. موقف التشريعات الوطنية من فكرة إخضاع العقد لحكم القانون

نلاحظ أن المشرع الجزائري إعتنق النظرية الموضوعية ويتجلى ذلك بوضوح من خلال المادة 18 من القانون المدني التي تنص على "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت الصلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"⁽⁶⁾.

وضع المشرع الجزائري القانون الذي يختاره المتعاقدين كضابط إسناد أساسي لكن بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد⁽⁷⁾، وهنا يحاول المشرع استبعاد فرض أن يختار

1 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 47.

2 - هشام علي الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 346.

3 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 120.

4 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 111.

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

6 - تنص المادة 18 من من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت هناك صلة حقيقية بين المتعاقدين أو بالعقد"، يظهر من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يمنح الحرية التامة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، مما يتأكد انعدم مبدأ سلطان الإرادة، إنما هو مقيد بشرط .

7 - عتيق حنان، المرجع السابق، ص 97.

المتعاقدين قانون لا صلة له بالرابطة العقدية محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفروض أن يطبق وهو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون⁽¹⁾.

أما في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه، فضلا على ذلك نلاحظ أن المشرع أولى اهتماما أيضا لضوابط الإسناد الأخرى في حالة عدم الاختيار لكن كان في ذلك الاهتمام أولويات بحيث رتب ضوابط الاسناد من حيث أولويتها في التطبيق.

ذلك الترتيب ملزم للقاضي بحيث يجب تطبيق القانون المختار أولا وإذا لم يكن يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية وإن لم يكن يطبق قانون محل إبرام العقد، وإنما نثمن هذا التعديل لأنه أصبح يساير مختلف القوانين العربية، ومن جهة أخرى يمنح سلطة للقاضي في تركيز العقد ما دامت المادة تركز على وجود الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد⁽²⁾.

كما اعتنقت أيضا نظرية فكرة إخضاع العقد لحكم القانون بعض التشريعات الحديثة حيث تنص المادة الأولى البند الأول من القانون التجاري الأمريكي الموحد على ضرورة وجود رابطة معقولة بين القانون المختار والعقد⁽³⁾، كذلك ينص القانون الإسباني الصادر في 31 مايو 1974 في مادته العاشرة الفقرة الخامسة، والتي أكدت خضوع العقد للقانون الذي تختاره إرادة الصريحة المتعاقدين على شرط أن تكون هناك صلة ما بين القانون المختار والرابطة العقدية التي يحكمها⁽⁴⁾ أما في إطار عقود نقل التكنولوجيا اتجه المشروع المقدم من مجموعة الدول الاشتراكية سابقا إلى ضرورة أن تكون هناك رابطة بين قانون الإرادة المختار وعقود نقل التكنولوجيا⁽⁵⁾.

قد رأت لجنة تعديل القانون المدني المصري تعديل نص 19 ف 1 المادة كالاتي "يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه

¹ - خليفي سمير، حل النزعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 33.

² - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 33.

³ - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 154.

⁴ - هشام علي الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 351.

⁵ - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 154-155.

الإرادة الصريحة أو الضمنية فإن لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقره القانون المصري" (1)، ويتضح من مطالعة نص المادة 19 ف1 أن المشرع المصري قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان المتمثل في الإرادة الصريحة، أو للقانون الذي يتبين من الظروف أن المتعاقدين قد أرادا تطبيقه وهذه هي الإرادة الضمنية. أي أن المشرع المصري قد اعتد أساسا بالإرادة سواء الصريحة أو الضمنية كضابط للإسناد في مسائل الالتزامات التعاقدية وهو الأمر الذي يتماشى مع اتجاه الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص المعاصر.

أما في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية فقد يتولى المشرع المصري بنفسه تحديد القانون الذي يحكم الرابطة العقدية في هذه الحالة حيث أخضع العقد لقانون الموطن المشترك في حالة اتحاد المتعاقدين في الموطن (2).

يتضح لنا أن مسلك المشرع المصري في المادة 19 ف1 من القانون المدني هو محض إعمال للنظرية الموضوعية، حيث أخضع الرابطة العقدية عند الاختيار الإرادي لقانون العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار أما في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، تخضع الرابطة العقدية في هذه الحالة الأخيرة لحكم القواعد الآمرة في القانون الذي تولى المشرع تركيز العقد في إطاره على نحو مسبق، وعليه فخضوع العقد في الحالتين السابقتين لحكم القانون هو جوهر النظرية الموضوعية أو بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في تحديد القانون الواجب التطبيق و ما إذا كانت اختيارا إراديا لهذا القانون من عدمه (3). يمكن تعميم ما جاءت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن المادة 19 على المادة 18 من ق. م. ج، بما أنه ليس هناك ما يفيد في المادة إخضاع العقد لأكثر من قانون فالمقصود بالالتزامات التعاقدية هو أن العقد بأكمله يخضع لقانون الإرادة باستثناء الحالات التي تخرج من نطاق الإرادة حسب ما نصت عليه بعض قواعد

1 - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين) : الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 164.

2 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 152.

3 - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 174.

الإسناد الأخرى، وهذا ما يؤدي إلى التجزئة غير الإرادية لمكونات العقد كونها تخرج من نطاق إعمال تطبيق قانون الإرادة⁽¹⁾.

ذلك على خلاف مما تبناه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي أخذ بالنظرية الشخصية وذلك بنصه على "أنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمناً"، وأكد من جهته القانون المدني الألماني في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 بمنح الأفراد الحرية في اختيار القانون حسب إرادتهم لحل النزاعات المتعلقة بالعقد، فنص القانون على أن يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف⁽²⁾.

2. موقف الاتفاقيات الدولية من فكرة إخضاع العقد لحكم القانون

إن اتفاقية روما 17 جوان 2008 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يلاحظ أنها جمعت بين النظرية الشخصية والموضوعية ويظهر ذلك جلياً من خلال تقرير خضوع العقد لقانون معين ولذلك لا تستطيع إرادة المتعاقدين التهرب من حكم القانون فالالتزامات الناشئة على العلاقة العقدية تخضع وفقاً لهذه الاتفاقية إلى القانون الذي ينظمها وهذا ما حرصته النظرية الموضوعية من خلال عدم اعتبار إرادة المتعاقدين السيادة العليا على القانون⁽³⁾. وأيضاً بنصها على إخضاع العقد إلى قانون الدولة الأكثر اتصالاً بالرابطة العقدية⁽⁴⁾. أما النظرية الشخصية التي لا تفرض على المتعاقدين أي شرط فنتجلى في اتفاقية روما من خلال عدم اشتراط في المادة الثالثة الفقرة الأولى التي تنص "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف"⁽⁵⁾ بحيث يكون للمتعاقدین أن يخضع عقدهما لأي قانون يحقق لهما مصالح ومنفعة مشتركة حتى ولو لم يكن هذا

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 24.

² - المرجع نفسه، ص 23.

³ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 162.

⁴ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 517.

⁵ - convention de rome du 17 juin 2008 relative a la loi applicable aux obligations contractuelles, l'article 3 stipule « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est expresse ou resulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent designer la loi applicable a la totalité ou a une partie seulement de leur contrat ».

القانون على صلة بالعلاقة العقدية أو بالمتعاقدين بما يترتب على العقد من التزامات أما بالنسبة للنظرية الشخصية تتجسد في في اتفاقية روما من خلال نصها على انه يمكن للمتعاقدین اختيار قانون محايد وليس المقصود من المحايد أي قانون لا ينتمي إلى جنسية أحد المتعاقدين في التهرب من القانون، الذي يكون مختصاً أصلاً وهذا غير متوفر في النظرية الموضوعية، ذلك لأنها تفرض قيود على اختيار المتعاقدين بشرط الصلة حتى ولو كانت إرادة المتعاقدين ضمنية يتولى القاضي إستنتاجها⁽¹⁾.

كما أقرت المادة الثالثة في فقرتها الأولى في الجملة الأخيرة منها على حق الأطراف في تجزئة العقد بحيث يخضع العقد في بعض أجزائه لقانون آخر غير القانون أو القوانين التي تحكم الإجراءات الأخرى وذلك تتعدى القوانين بقدر تعدد أجزاء العقد.

لقد حرصت الاتفاقية على تجزئة العقد تعبيراً منها عن الاحترام شبه المطلق الذي أضفته على إرادة الأطراف من جهة ومن جهة أخرى أخذت في الاعتبار طبيعة العقود الدولية المركبة التي يكون من صالح أطرافها عدم إخضاعها لقانون واحد يحكمها بل يكون لهم من الأفضل إخضاع بعض أجزائها لقانون معين، في حين تخضع بعض الأجزاء الأخرى لقانون أو لقوانين أخرى⁽²⁾.

وتتقيد إرادة الأطراف في تجزئة العقد، وهذه القيود لم تنص عليها الاتفاقية صراحة وإنما تؤدي إليها بالضرورة، الفلسفة العامة التي تنطلق منها الاتفاقية بأمرين، وهي أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى التعارض بين القوانين المتعددة والمختلفة لتحكم أجزاء العقد ولتقادي تلك النتيجة المحتملة يجب مراعاة العلاقة بين أجزاء العقد الخاضعة لنظام قانوني معين والأجزاء الأخرى ومدى ارتباط هذه الأجزاء ببعضها البعض الآخر، والعقد يمكن فصل بعض أجزاءه وإخضاعها لإسناد خاص مثل الشرط الخاص بحساب الفوائد التأخيرية أو الدفع بالذهب⁽³⁾.

¹ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 162.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 480.

³ - وهذا ما كرسه مشروع المجتمع الدولي في المادة السابعة في دورة انعقاده في مدينة "بال بسويسرا" 1991 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المبرمة بين أشخاص القانون الخاص.

على خلاف الاتفاقيات الدولية الأخرى التي أخذت بالنظرية الشخصية إذ تبنت مبدأ سلطان الإرادة وذلك نتيجة للأهمية التي يحضى بها في حل نزاعات العقود الدولية، ومن بين الاتفاقيات التي أخذت بهذا المبدأ نجد اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية فذكرت المادة 2 ف 1 من الاتفاقية على أن عقد البيع يخضع لأحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾

ثانيا : الاعتداد بالتعديلات اللاحقة

يرى أنصار النظرية الموضوعية أنه لا يجوز للأطراف المتعاقدين الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد متى اتصفت هذه التعديلات بالصفة الآمرة، فمادام القانون المختار ينطبق على العقد بصفته هذه فإن الرجوع لقواعد التنازع الزمني للقوانين في هذا القانون سيؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على العقد بأثر فوري مما يتعين معه في هذه الحالة إعمال القوانين المعدلة إستادا إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للأطراف المتعاقدة استبعادها⁽²⁾. في حين أنه يحق للخصوم الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة التي تتسم بالصفة المكملة فقط.

وهو الأمر الذي ذهبت إليه المادة 8 من المشروع الذي أعده مجتمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة Bâle السويسرية عام 1991 بالنسبة للعقود الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاصة، حيث لم يعتد المشروع بشرط الثبات التشريعي إلا في إطار القواعد المكملة دون القواعد الآمرة في القانون المختار وبصرف النظر فيما إذا اتفق الطرفين على خلاف ذلك، حيث نصت المادة المذكورة على أنه إذا اتفق الأطراف على اختيار النصوص السارية عند التعاقد لقانون دولة معينة.

فإن هذه النصوص تندمج في العقد وتنزل منزلة الشروط العقدية، ومع ذلك فإذا قام مشروع هذه الدولة بتعديل هذه النصوص أو إلغائها بقواعد تزيد الانطباق بصفة آمرة على العقود الجارية فإن هذه القواعد يتعين تطبيقها، ومن مطالعة نص م 8 يتضح أنه رغم اعتداد نص المادة المذكورة

¹ - نقلا عن خليفي سمير، المرجع السابق، ص 24.

² - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 143.

بشرط الثبات التشريعي المدرج في العقد ونزول أحكام القانون المختار عند التعاقد منزلة الشروط العقدية، إلا أن ذلك الوضع يقتصر فقط على القواعد المكملة في القانون المختار دون قواعده الآمرة، والتي يخضع لها على هذا النحو الرابطة العقدية، رغم تضمن العقد لشروط الثبات التشريعي لهذا القانون⁽¹⁾.

أما اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد أجازت للمتعاقدين إدراج شرط الثبات الزمني في العقد، نلاحظ أن هذه المثابة اعتبرت الاتفاقية اختيار المتعاقدين لقانون العقد عند التعاقد ليس اختياراً تنازعيًا حسب ما نصت عليه المادة 3 منها والتي تسند العقود لقانون الإرادة وفقاً لقاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية، وهكذا اعتدت اتفاقية روما بإرادة المتعاقدين في التجميد الزمني لقانون العقد عند التعاقد، دون أن يؤدي في نفس الوقت إلى إفلات العقد من سلطان القانون⁽²⁾.

أما الوضع في التشريع الجزائري فهو من القوانين التي تريد تشجيع الاستثمارات الأجنبية فقد سنت قوانين في هذا الشأن تضمن للمستثمر الأجنبي المتعاقد معها كل ما يكفل له الثقة والطمأنينة والأمان من حيث العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على مختلف النزاعات التي يحتمل وقوعها في المستقبل ألا وهو القانون الذي تعاقد في ضل أحكامه إن أراد ذلك وهذا ما تقرره المادة 15 من الأمر المتعلق بالاستثمار والتي تنص على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁽³⁾.

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 123.

² - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق ص 116 - 117.

³ - أمر 01 - 03، مؤرخ في 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 47 سنة 2001 .

وعليه فالمشرع الجزائري أخذ بالتجميد الزمني لقانون العقد لكن لا يرجع هذا الشرط إلى فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد، وإنما يرجع إلى إرادة المشرع الجزائري في ذلك قصد تشجيع عمليات الاستثمار⁽¹⁾.

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 مايو 1935 قبول التجميد الزمني لقانون العقد بل أقرت بضرورة تثبيت قانون العقد في اللحظة إبرام العقد، بحيث أن القوانين الجديدة اللاحقة لا تسري على العقد الذي بمنأى عنها. لقد اتبعت هذا الحل محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 24 فبراير 1938 بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة ANVERS مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية والمتضمن في حيثيات الحكم أن المحكمة في معرض تدليلها قد أقرت فكرة تجميد القانون الواجب 'التطبيق في الزمان وبحق الأطراف المتعاقدة في ذلك، لأن الحكم أقر بصريح العبارة أنه إذا استبعدت إرادة المتعاقدين كل مساس بهذا الشرط شرط الوفاء على أساس الذهب من قبل القوانين المستقبلية لتلك الدولة - نيويورك- فكان يمكنهم بل كان واجب عليهم أن يقولون أو يصرحوا به⁽²⁾.

كما أن قضاء التحكيم لم يكن في غفلة عما يجري في ساحة القضاء الوطني فقد اعترف هو أيضا بإمكانية تثبيت القانون الواجب التطبيق عند وقت إبرام العقد .

حيث جاء في حيثيات قرار التحكيم الصادر في قضية sapphire international petroleum بتاريخ 15 مارس 1963 بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية أن الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية، وهذا يضمن بالنسبة لها استثمارات ومسؤوليات ومخاطر واسعة، ويبدو من الطبيعي أن تحمي من التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني.

في قضاء التحكيم الدولي الحديث نسبياً صدر قرار في قضية LIAMCO في 1977/04/12 يقضي بأن شرط التجميد الزمني لقانون العقد أو شرط الثبات التشريعي عموماً

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 38.

² - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 52.

يتفق مع المبدأ العام المتضمن عدم جواز خرق العقود المعترف بها عموماً في القانون الداخلي والدولي على حد سواء⁽¹⁾.

الفرع الثالث

رفض الإحالة و السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون واحد

بما أن فقه النظرية الشخصية قد سبق وأن رفض الأخذ بالإحالة في مجال العقود وذلك حماية لتوقعات المتعاقدين، فإن انصار النظرية الموضوعية قد رفضوا الأخذ بهذه الفكرة وذلك نظراً لتعارضها مع ضابط الإسناد الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي في حين يجيز أنصار النظرية الموضوعية للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون واحد وهذا ما سوف نتولى إظهاره بإيجاز:

أولاً : رفض الإحالة

يرفض أنصار النظرية الموضوعية الأخذ بفكرة الإحالة، نظراً لتعارض الإحالة مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي والتي حولت الأطراف المتعاقدة حق اختيار قانون العقد⁽²⁾. حيث أن استشارة قواعد الإسناد في القانون المختار يؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي ارتضاه المتعاقدین الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم⁽³⁾. المشروعة، هذا بطبيعة الحال ما لم تتصرف إرادة المتعاقدين إلى غير ذلك . لهذا يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية سواء كان خضوع العقد لقانون الإرادة قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، أو بناء على قاعدة مادية في هذا القانون حسب ما يتجه إلى ذلك جانب من الفقه⁽⁴⁾.

¹ - سعد الدين أمجد، المرجع السابق، ص 53.

² - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 143.

³ - بن غرابي سمية، المرجع السابق، ص 107.

⁴ - محمود محمد ياقوت الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية والموضوعية المرجع السابق، ص 117 -

رأينا من قبل أن مسألة تجزئة قانون العقد على النحو الذي يمكن للمتعاقدين من خلاله اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية الدولية هو اتجاه يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تسمح للمتعاقدين باختيار قانون ليس له صلة بالعقد، كما تسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف بحقهم في اختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد⁽¹⁾.

إلا أنه قد يرد على هذه الحرية قيدين، الأول أن لا تؤدي هذه الحرية إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية⁽²⁾. وإلى إفلات العقد من سلطان القانون⁽³⁾. وبالتالي فاختيار المتعاقدين لأكثر من قانون يجب ألا يؤدي إلى إخراج المسائل التي تتضمنها هذه القوانين تنظيماً آمراً من سلطان القانون بحيث يمكنهم بفضل ذلك الخط القانوني على حساب البعض من الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة⁽⁴⁾.

ثانياً: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون واحد

يسمح فقه النظرية الموضوعية للمتعاقدين بإخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد مادامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المتطلبة في العقد، مع تقييد هذه الحرية بقيدين لا يمكن الخروج عنهما الأول أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، وذلك منعاً للتضارب المتوقع في حالة تطبيق قوانين مختلفة، والثاني أن لا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطان القانون، هذا القيد الأخير هو ما يميز هذا الفقه عن فقه النظرية الشخصية⁽⁵⁾.

يشير البعض كمثال لهذا الوضع إلى عقد الإيجار المبرم بين إحدى الشركات التابعة للدولة (أ) ورجل صناعة يقيم في الدولة (ب) واستأجر بمقتضاه هذا الأخير من الشركة المذكورة أجهزة صناعية لمدة معينة مقابل مبالغ نقدية يلتزم بدفعها للشركة المؤجرة بصفة دورية، وقد تضمن العقد

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 125.

² - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 143.

³ - بن غراي سمية، المرجع السابق، ص 107.

⁴ - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 121 .

⁵ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 45 .

شرطاً ربطت فيه الشركة مبلغ الإيجار بسعر الذهب وشرطاً آخر ذو طابع جزائي يؤكد انفساخ العقد تلقائياً مع استحقاق الأجرة في مدة العقد كاملة في حالة تأخر المستأجر عن دفع أي قسط من أقساط الإيجار في موعد استحقاقها⁽¹⁾. فإذا فرض أن قانون الدولة (أ) كان يبطل شرط الذهب ولكنه يجيز الشرط الجزائي، في حين أن قانون الدولة (ب) العكس كان يبطل هذا الشرط الأخير بينما يجيز الشرط الأول، فإنه يمكن للشركة المؤجرة بالرغم من التنظيم القانوني الأمر للشروط العقدية أن نتوصل لإدراك غايتها فيما لو ضمنت العقد شرط يفيد اتفاق الطرفين على خضوع شرط الذهب لقانون الدولة (ب) وشرط الجزائي لقانون الدولة (أ) هكذا يفلت العقد من الأحكام الآمرة التي يتضمنها قانون كل من الدولتين، مما يتحتم معه على القاضي في هذه الحالة أن لا يعتد بإرادة المتعاقدين في التجزئة لما أدت إليه من إفلات العقد من حكم القواعد الآمرة في القوانين التي تحكم الرابطة العقدية⁽²⁾. على أن جانباً آخر من الشراح يرفضون الأخذ بمبدأ احترام سلطان القانون كقيد على حرية الإرادة في تجزئة العقد. ويشير الأستاذ "لاجارد" إلا أن تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم شروطه المختلفة القابلة للانفصال في المثال السابق هو مجرد أعمال لمبدأ الاختيار الإرادي لقانون العقد أما النتيجة التي أدى إليها أعمال هذا المبدأ وهي إفلات العقد من القواعد الآمرة في القوانين المتصلة بالرابطة العقدية فهي نتيجة يمكن للمتعاقدين مع ذلك إدراكها بغير سبيل تجزئة العقد على النحو السابق.

إذا كان يكفيهم مثلاً اختيار قانون آخر على صلة بدوره بالعقد، مثل قانون دولة إنتاج الأجهزة الصناعية والذي نفرض أنه يجيز كل من شرط الدفع بالذهب والشرط الجزائي المدرجين بعقد الإيجار، حتى يتوصلوا إلى النتيجة المرجوة دون حاجة لتجزئة العقد⁽³⁾، فلماذا يعاب عليهم إذن استخدام التجزئة كوسيلة لتحقيق أهدافهم في الوقت الذي يسمح لهم بالتوصل لهذه الأهداف بوسيلة أخرى؟

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 377.

² - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 127.

³ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 378-379.

ومع ذلك فالعقد لا يفلت في الواقع من نطاق تطبيق القواعد الآمرة في أي من قانون الدولة (أ) أو الدولة (ب) رغم خضوعه لقانون الدولة (ج)، ذلك أن مراعاة القاضي لإعمال قواعد البوليس في أي من الدولتين (أ) أو (ب) والتي تدخل الرابطة العقدية في نطاق تطبيقها كما حدده مشرعها ولو لم تكن هذه القواعد جزءاً من قانون العقد، سيؤدي إلى إبطال الشرطين العقدين في أي من الدولتين السابقتين شرط الدفع بالذهب والشرط الجزائي وفق للمنهج الأحادي المتبع عند إعمال هذه القواعد ضرورية التطبيق، مع إخضاع باقي عناصر العقد لقانون الإرادة أي قانون الدولة (ج) عملاً بمنهج التنازع السافيني، وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد والتي تتم في هذه الحالة بمعرفة القاضي احتراماً لسلطان القواعد القانونية ضرورية التطبيق وليس بناء على إرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 128

الفصل الثاني

خضوع عقود التجارة الدولية

لحكم القواعد الآمرة

إذا كان المبدأ هو حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية فإنه يرد على هذا المبدأ استثناءات يستبعد فيها القانون المختص لحكم العقد التجاري الدولي ليحل محله قانون آخر⁽¹⁾.

ويظهر ذلك في حالة ما إذا تبين للقاضي عند تطبيقه للقانون المختص، أنه يصطدم بالمبادئ الأساسية السائدة في دولته التي حددها مشرعه في مختلف القواعد القانونية التي لها حصانة خاصة يستوجب عليه أن يقوم باستبعاد هذا الاختيار كون المصلحة العامة هي الأولى بالحماية من المصلحة الخاصة⁽²⁾.

في هذا السياق نتناول في هذا الفصل أحكام القواعد الآمرة التي تلعب دور تدخل في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف وذلك بتجزئته إلى مبحثين، بحيث نتناول في (المبحث الأول) النظام العام وفي (المبحث الثاني) القواعد ذات التطبيق الضروري.

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 88.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 73 .

المبحث الأول

تدخل النظام العام لاستبعاد قانون الإرادة

من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليميه في بعض الفروض، فإن هذا لا يعني - كما قرر البعض - أنه قد منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا. إذ من الغير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته⁽¹⁾.

ومن هنا ففكرة النظام العام تلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون المختار الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، ولدراسة هذه الفكرة، نتناول فكرة النظام العام في (المطلب الأول)، وإعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فكرة النظام العام

إذا كان هناك محل اتفاق في القانون الدولي الخاص فقها وقضاء وتشريعا فإنه يكمن واضحا في مبدأ النظام العام والآداب وتأثيرهما على تنازع القوانين. لا توجد دولة في العالم لا تجعل النظام العام سببا نحو عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وفق قواعد الإسناد الوطنية⁽²⁾، نحاول البحث تباعا في تحديد مفهوم النظام العام، وتطوره، وخصائصه، ثم نتطرق إلى التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.

¹ - هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 186.

² - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 195.

الفرع الأول

تعريف النظام العام

ليس من اليسر تحديد المقصود بالنظام العام لأن هذه الفكرة نسبية غير ثابتة تتغير بتغير الزمان والمكان، ولأنها تضيق وتتسع حسب ما يعيده الناس في حضارة معينة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان، وحسب المستشار PILON "البحث عن مفهوم للنظام العام معناه المشي على رمال رخوة"⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن معظم التشريعات التي قننت النظام العام اكتفت بالنص على دوره الاستعبادي، دون إعطاء تعريف له⁽²⁾ كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 24 من ق. م. ج حيث تنص على ما يلي "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو تثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

بحيث بذلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود. جاءت التعارف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام، ويرجع ذلك لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت، كما قلنا سابقا أن فكرة النظام العام تتطور وتتغير من مكان إلى آخر ومن زمان لزمان⁽³⁾، ومن بين هذه التعارف نجد التعريف الذي جاء به التشريع الألماني حيث جاء في المادة 30 من القانون المدني الألماني "على أنه القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه"⁽⁴⁾.

¹ - مندي اسيا يسمنة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص 06.

² - درية أمينة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان 2008 ص 90.

³ - حسن الهداوي، المرجع السابق، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ص 188-189.

⁴ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1998، ص 197.

كما تعددت المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية التي قيلت في شأن التعريف للنظام العام حيث عرفه البعض بأنه "سلاح للدفاع ضد قانون أجنبي واجب التطبيق إذا ما ظهر تعارض فحواه أو مضمونه مع المفاهيم العامة لدولة القاضي المراد تطبيقه فيها"⁽¹⁾.

ويعرف أيضا بأنه "أداة تصويب استثنائية، تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص ويتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها"⁽²⁾.

وحسب الأستاذ جابر جاد عبد الرحمان: "يقصد بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن العلاقة قانونية معينة، وإحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله، نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد جوهريا، أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن"⁽³⁾.

كما عرفه أيضا الفقيه ريو: "بأنه حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى" أما "جودوليوري لامرداندير" النظام العام هو مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقتهم الاقتصادية"⁽⁴⁾.

أما الدكتور احمد مسلم يري أن "النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية والمعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"⁽⁵⁾.

¹ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 184.

² - زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 15.

³ - بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص 120.

⁴ - فيصل نسيغة، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 166.

⁵ - حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردن، المرجع السابق، ص 189.

وقضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 5 أبريل 1967 بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو سياسية للجماعة⁽¹⁾.

وفي مقابل ذلك فإن أغلب المشرعين فضل عدم إعطاء تعريف محدد لنظام العام، بل اكتفوا بتقريب معناه إلى الأذهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية متعلقة بالتنظيم الدولة أو اجتماعية متعلقة بتنظيم الأسرة أم اقتصادية متعلقة بتنظيم الإنتاج، وترتيب بطلان أي اتفاق خاص بين الأفراد يخالف أحكامه ويستبعد تطبيقه. والمشرع الأردني شأنه شأن المشرعين الآخرين أورد مصطلح النظام العام في نصوص كثيرة مثال ذلك ما نصت عليه المادة 163 تنص: "1- يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.

2 - فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً لنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً.

كما تضيف المادة 165: "1 - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد

2 - ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالفاً للنظام العام أو الآداب"، رغم أنه لم يأت بتعريف محدد له في قواعد الإسناد الأردنية، واكتفى بذكر ما يعد منه على سبيل المثال في المادة 163 ف 3 من القانون المدني "ويعتبر النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين استثنائية⁽²⁾". كما تنص المادة 29 من قانون المدني الأردني على ما يلي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة

¹ - زهير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 15

² - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 239-240.

للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية"، وهو نص لم يحدد المقصود بالنظام العام بل ترك ذلك إلى القاضي المرفوع أمامه النزاع⁽¹⁾.

وفي الأخير نستنتج أن النظام العام والآداب العامة يتشكل من الأسس يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في دولة ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتأصلة في المجتمع، ومن هذا المنطلق نفضل تعريفه بأنه مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وقانونيا ودينيا و من هذا التعريف نستنتج ما يلي:

- 1- الصفة الآنية للنظام العام، وتقدر بوقت الفصل في النزاع وليس قبل ذلك.
- 2- نسبية النظام العام في المكان، بحيث لا يتصور وحدته في مختلف الدول وذلك لاختلاف المفاهيم الفلسفية والدينية والأخلاقية والقانونية والاقتصادية بينها.
- 3- وحدة النظام العام ولو اختلفت وظيفته في النطاق الداخلي والدولي.
- 4- ضرورة اعتماد معيار موضوعي لتحديد مفهومه.
- 5- تعدد مجالات تدخل النظام العام، نظام الأسرة، علاقات العمل، العدالة التعاقدية وكفالة الحريات والحقوق الأساسية⁽²⁾.

الفرع الثاني

تطور فكرة النظام العام

لم يكن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه معروفا في القديم، بل كان دور النظام العام يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، ولم يبرز دور النظام العام وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني "سافيني"، وسنتولى فيما يلي التعرض لكل من الدور التقليدي والدور الحديث للنظام العام في مجال تنازع القوانين⁽³⁾.

¹ - حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، المرجع السابق، ص 190.

² - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 66 .

³ - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 187.

أولاً : النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي:

بعد أن بينا في السابق أن النظام العام ليس إلا وسيلة يتخذها القاضى كأساس لإستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد بل وأكثر من ذلك فهو يستخدم أيضا كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي، وعليه سوف نبين كل من دور النظام العام في فقه القديم والحديث:

أ- فقه الأحوال الإيطالي القديم :

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم حيث فرق "بارتول" Bartole بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى لو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، ورغم أن فقه الأحوال القديم لم يشر إلى تعبير فكرة النظام العام، إلا أنه أعمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما أسماه القوانين البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم⁽¹⁾.

وقد رأى الفقه في هذا التمييز البذرة الأولى لفكرة النظام العام، غير أن هذه الفكرة لم تلق تطورها المنشود، ويرجع ذلك إلى كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة، وهذه الأحوال قريبة من بعضها لكونها مستمدة من القانون الروماني الذي هو الشريعة العامة ومن المسيحية⁽²⁾.

ب- دور النظام العام لدى الفقه الحديث نسبيا:

ثم جاء "مانشيني" في القرن التاسع عشر واستخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، وكان أول من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي، حيث وضع نظريته الشهيرة التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم. غير أن هذا الفقيه لم يأخذ بهذا المبدأ بشكل صارم، فقد أورد عليه عدّة استثناءات، أولها يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على العقود، وثانيهما يتعلق

¹ - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 187-188.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 156 .

بتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، أما الاستثناء الثالث، فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني، وبالملكية العقارية، فقد قرر مانشيني أن هذه القوانين تنطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام⁽¹⁾، بمعنى أنها تنطبق على كل من يقطن في الإقليم وطناً كان أم أجنبياً ومن جهة أخرى فهي لا تنطبق على الوطنيين الموجودين في الخارج .

فكان فكرة النظام العام لدى مانشيني قد استخدمت أساساً كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع، وذلك لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً، فالفقيه مانشيني اعترف بفكرة النظام العام بدورها الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون (قانون الإدارة أو القانون الذي يحكم شكل التصرف) مثلاً يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه⁽²⁾.

ثانياً : النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق :

إبراز دور النظام العام الإستبعادي تبلور لأول مرة بصورة واضحة على يدي الفقيه الألماني الشهير Savigny في القرن التاسع عشر الذي أوضح أن قواعد الإسناد تعمل في نطاق الذي يسمح به "الاشتراك القانوني" بين الدول.

ومضمون فكرته أن هناك اشتراكاً قانونياً بين الدول المسيحية التي استمدت قوانينها من القانون الروماني، هذا الاشتراك القانوني يسمح بعمل قواعد التنازع بين الدول المسيحية بما يتيح تطبيق كل دولة قانون غيرها من الدول التي تتفق معها في وحدة المصدر القانوني، على النقيض من ذلك فإنه يتعين استبعاد القانون الأجنبي في الحالات التي تتقطع فيها عوامل الاشتراك وقد أفاد الفقه الحديث من فكرة الاشتراك القانوني التي اعتمدها سافيني في تشييد نظرية النظام العام، "غير أن هذه الفكرة لم تعد تتحدد بأن مناطها وحدة المصدر التي هي وليدة التطور التاريخي على نحو ما قاله سافيني، بل يقصد بفكرة الاشتراك القانوني في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متافراً تافراً بينا في الأحكام الموضوعية في قانون القاضي، وعلى هذا الأساس انتهى تطور فكرة النظام العام إلى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا

¹ - هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 188 .

² - حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 259 - 260 .

استثنائيا عاما، يقيد من حكم قواعد الإسناد، حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص إختصاصا عاديا طبق لقاعدة الإسناد في كل حالة يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي⁽¹⁾.

بعبارة أخرى أن فكرة النظام العام عند سافيني هي أداة لاستبعاد تطبيق قوانين الدول التي ليس بينها وبين الدول الغربية اشتراك قانوني، وبانتشار حركة التقنين في مختلف دول العالم، واتساع رقعة التجارة لتشمل دول القارات الخمس، وزيادة حركة الأشخاص بين الدول أصبحت حاليا فكرة النظام العام أداة في يد قضاة مختلف الدول لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يظهر محتواه متعارضا مع مبادئ الأساسية السائدة في دولتهم⁽²⁾.

الفرع الثالث

خصائص النظام العام

ترجع صعوبة تعريف النظام العام تعريفا دقيقا إلى خصائصه التالية:

أولا : فكرة النظام العام فكرة وطنية

ترجع أسباب غموض فكرة النظام العام في علم تنازع القوانين أنها ذات طابع وطني، تختلف من بلد إلى آخر أو من شعب إلى آخر فيتنصف النظام العام بالوطنية، لأنه موجه أساسا لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني⁽³⁾.

بحيث تجدر الإشارة على أن بعض الكتاب فرق بين النظام العام الدولي، أو المطلق وبين النظام العام الداخلي أو النسبي، فالنظام العام الداخلي هو ما يكون أثره قاصرا على داخل الدولة الواحدة وفي العلاقات القائمة بين السلطة الإقليمية والرعايا الخاضعين لها، أما النظام العام الدولي فيظهر في العلاقات الخاصة الدولية أي بين أجنبي ودولة لا يتبعها، هذه التفرقة ترمي إلى التمييز بين كل من النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية و النظام العام في نطاق الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ولكن هذه التفرقة في المصطلحات كانت دوما مثارا للالتباس، في

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 532.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار الهومة، الجزائر ص169.

³ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 22 .

الحقيقة لا يجوز القول بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي والنظام العام في العلاقات الداخلية، لأن النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني صرف، وذلك حتى بوجود حالات متماثلة مشتركة بين الدول التي يمكن أن يتدخل فيها النظام العام للدفاع عن بعض المثل والقيم الإنسانية المشتركة، كمبدأ حرية الزواج وعدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللون، العرق أو الدين فإن ذلك لا يجعل من النظام العام نظاما دوليا لأنه لا بدّ لذلك من هيئة دولية فوق الدول لها قوانينها وأنظمتها الخاصة بها الأمر الذي لم نصل إليه بعد⁽¹⁾. معنى ذلك عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ، فيكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني، وليس النظام العام الدولي.

ثانيا : فكرة النظام العام فكرة نسبية

معناه أن النظام العام متغير في المكان والزمان، ما قد يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة يصبح غير ذلك في وقت آخر، مثال ذلك المادة 442 ف3 من قانون الإجراءات المدنية، التي كانت تمنع الأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم من سنة 1966 إلى غاية 1993⁽²⁾، بحيث نصت المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 في الفقرة الثالثة على أنه "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية"⁽³⁾، ففي فرنسا مثلا كان الطلاق بالتراضي ممنوع إلى أن صدر قانون يبيحه سنة 1975 وقد يحدث العكس، بحيث يصدر قانون لمنع ما كان مباحا، فمثلا في تركيا، أصبح تعدد الزوجات يصطدم مع النظام العام التركي، بينما كان في السابق أمرا مشروعاً⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى نسبية النظام العام من حيث الزمان، فهو نسبي أيضا من حيث المكان، فما يعتبر متعارض مع النظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، مثال ذلك، التبنّي حيث

¹ - سعد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، (تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية)، تنازع القوانين

المعاهدات، التحكيم التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 226.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 177.

³ - أنظر المادة الأولى الفقرة الثالثة من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09، مؤرخ في 30 ذي القعدة ل 25 أبريل 1993 والمتعلق بالتحكيم الدولي المعدل والمتمم لأمر 66 - 154، مؤرخ في 8 يوليو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد 27، المؤرخة في 27 أبريل 1993 .

⁴ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 23.

تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على منعه شرعا وقانونا⁽¹⁾، والقانون التونسي الذي يبيحه⁽²⁾ ومشروع كذلك في دول أخرى كفرنسا وإسبانيا، ومن ذلك يعتبر مبدأ الزوجة الواحدة في فرنسا والدول الأوروبية من النظام العام، بينما تجيز التشريعات المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات .

تجدر الإشارة إلى أن النظام العام في القوانين الوضعية يتميز بعدم ثبات يعني نسبي هذا ما يجعله قابلا للتغيير باستمرار ويكون معياره في هذه الحالة المصلحة العامة للمجتمع بينما يتميز في الشريعة الإسلامية بالثبات، وذلك متى كان الحكم الذي دل عليه يقوم على نص صريح قطعي الثبوت سواء كان القرآن الكريم أو السنة المتواترة أو إجماع الفقهاء⁽³⁾.

ثالثا: فكرة النظام العام فكرة وقتية

استقر الفقه على الأخذ بمبدأ آنية أو حالية النظام العام "L'actualité de l'ordre public" بمعنى ذلك أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام بال لحظة الفصل في الدعوى دون النظر إلى ما قبل ذلك، فإن كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى فيتوجب على القاضي في هذه الحالة أن لا يستبعده لأن العبرة بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء المركز القانوني⁽⁴⁾.

مبدأ آنية النظام العام مستقر عليه في غالبية التشريعات المقارنة وأكدت عليه أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية⁽⁵⁾.

¹ - القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم .

² - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 177.

³ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 338.

⁵ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 26 .

الفرع الرابع

التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي

إن بعض المؤلفين ومنهم جارلس بروسيل (sharles brocer) أستاذ القانون في كلية الحقوق جنيف، وكذلك بعض الأحكام القضائية يدعون إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي في القواعد القانونية الداخلية البحتة والنظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص، بحيث قالوا إن نطاق مفهوم الثاني أضيق من نطاق مفهوم الأول⁽¹⁾، ويتمثل هذا التمييز فيما يلي:

أولاً: من حيث الاعتراض

يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها، بينما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

ثانياً: من حيث الآثار:

أن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد أمرة، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وأن أي اتفاق على خلافها يعتبر باطلاً⁽²⁾.

بحيث تنص في هذا الصدد المادتان 93 و 97 من ق. م. ج على ما يلي:

المادة 93 : "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً بطلان مطلقاً".

المادة 97: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد أمرة تمنع تطبيق القانون الأجنبي وتحل قانون القاضي محله⁽³⁾، المقصود بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في الجزائر هو عدم التطابق أي عدم توافر الإشتراك القانوني بين القانونين هو الذي يؤدي إلى

¹ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 246.

² - حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامها في القانون الدولي الخاص الأردني، المرجع السابق، ص 193.

³ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 246.

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما نصت عليه المادة 24 من ق. م. ج كما رأينا سابقا والمادة 29 من القانون المدني الأردني⁽¹⁾.

ثالثا: من حيث الوظيفة:

رغم أن هدفهما واحد هو حماية المصالح العليا للمجتمع إلا أن وظيفتهما مختلفة، فالنظام العام في القوانين الداخلية (النظام العام الداخلي) يستخدم لمنع خروج الأفراد على أحكام قواعدها الآمرة، أو تعطيلها باتفاقاتهم الخاصة، واعتبار أي اتفاق يخالفها باطل، أما دور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه واستبدال قانون القاضي به، بحيث أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يعتبر كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة استثنائية بحيث يترتب على هذا الطابع الاستثنائي على وجوب إعمالها في أضيق نطاق وقصرها على الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الأجنبي مصلحة أساسية لحياة المجتمع، ومثال ذلك شرط الوفاء بالذهب، يعتبر باطلا في العقود الوطنية لأنه يخالف قاعدة أمره التي توجب التعامل بالعملة الوطنية لأن الخروج عنها يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، أما على صعيد العلاقات الدولية فبالعكس فإن شرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين الدول المختلفة دون إضعاف الثقة بالعملة الوطنية وفي هذه الحالة لا يستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب⁽²⁾.

وفي الأخير نقول أنه عندما نسمع بالمصطلح النظام العام الدولي هذا لا يعني أن هناك نظاما عاما مشتركا بين الدول، فالنظام العام دائما وطني وتحديدته يكون بواسطة القاضي، والفقهاء أطلقوا مصطلح النظام العام الدولي في مجال تنازع القوانين لتمييز بينه وبين النظام العام الداخلي⁽³⁾.

¹ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 164.

² - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 188 - 189.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 162.

المطلب الثاني

اعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف

من المعروف أن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجوب إخضاع العقد التجاري الدولي إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه⁽¹⁾، ومتى تقرر الاختصاص للقانون الأجنبي وأصبح هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، وعند تطبيقه تبين للقاضي أن مضمونه يخالف النظام العام في دولته يجب استبعاده وفقا لما نصت عليه المادة 24 من ق. م. ج السالف الذكر ويطبق القانون الوطني محله⁽²⁾، ولحصول هذا لا بد أن تتوفر مجموعة من الشروط لإعمال الدفع بالنظام العام، هذا ما يؤدي بنا إلى تحديد هذه الشروط إضافيا لذلك نحدد آثار الدفع بالنظام العام.

الفرع الأول

شروط إعمال الدفع بالنظام العام

تتمثل شروط الدفع بالنظام العام فيما يلي:

أولا : أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا

معنى ذلك يجب أن يكون القانون مختصا حسب القواعد التنازع في قانون القاضي وعليه فالقانون المختص طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي وحتى الدول الأخرى، هو قانون الإرادة وليس قانون آخر، بشرط أن تتوافر صلة ما بين العقد والمتعاقدين وبين القانون المختار، فالمشرع الجزائري ذكر هذه القاعدة في المادة 18 ف1 من ق. م. ج أكد فيه أن اللجوء إلى الدفع بالنظام العام مقرر إذا كان القانون الأجنبي المختص وفقا لنص هذه المادة، فلا داعي إلى إثارة هذا الدفع إذا لم يتوفر هذا الشرط، وإلا فيستبعد لعدم الاختصاص، مثلا إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون أجنبي الذي تم تعيينه صراحة أو ضمنا ليحكم علاقتهم التعاقدية ذات الطابع الدولي وبعد ذلك تبين للقاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المختار لا صلة له بالعقد والمتعاقدين، وأنه إضافة إلى ذلك مخالف للنظام العام في دولته، فهنا يستبعد قانون الإرادة بقانون آخر مناسباً لعدم توفر شرط الصلة وليس

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 88.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 80.

لمخالفته للنظام العام، لأنه لا يثار هذا الدفع بوجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي

هذا المعنى عبر عنه المشرع التونسي في المادة 37 ف1 "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"⁽²⁾. وضعت قاعدة الإسناد لاختيار القانون الأنسب لحكم المنازعة ذات الطابع الدولي، وهذا القانون الواجب التطبيق لا يكفي أن يكون مناسباً في أحكامه وتنظيمه بالنسبة للعلاقة موضوع النزاع بل لابد أن يكون متناسقاً أيضاً مع مبادئ وأحكام القانون الوطني لدولة القاضي وهذا يتم بعدم تعارضه مع تلك المبادئ والأحكام⁽³⁾.

فأساس أخذ الدفع بالنظام العام لدى سافيني هو أن التمسك بالنظام العام من قبل القاضي يكون في حالة انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص الذي يحكم النزاع، ذلك أن فكرة الاشتراك تقضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، ولكن في الواقع أن الاشتراك القانوني كثيراً ما يفقد بين التشريعات⁽⁴⁾، ولهذا تظهر صعوبة في تحديد الحالات التي يتحقق فيها تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، وإضافة إلى ذلك فشلت محاولات الفقه وكذا المؤتمرات الدولية للتوصل إلى تحديد المسائل المتعلقة بالنظام العام ولذا اتجه الفقه إلى وضع بعض الضوابط لتساعد القاضي في تحديد دائرة النظام العام، فقليل باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان من شأنه إهدار مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة أو المساس بشخصية الإنسان، ومنتفق مع هذا الرأي لأن فكرة النظام العام مرنة ومتطورة تختلف من زمان إلى زمان ومن بلد إلى آخر وهي فكرة يترك تقديرها للقاضي.

¹ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 91-92.

² - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 579.

³ - عوض الله شبيه الحمد السيد، المرجع السابق، ص 395.

⁴ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 92.

حيث أكدت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1967/11/7 ما يلي:
"بأن مؤدي نص المادة 28 من ق. م. المصري على ما جرى به قضاء محكمة النقض، هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في دولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع"⁽¹⁾.

ثالثاً : أن تكون المخالفة للنظام العام حالية:

قرر الفقه والقضاء أن العبرة في تقدير القاضي لمدى مخالفة القانون الذي اختاره المتعاقدان ليحكم العقد الدولي للنظام العام من عدمها إلى وقت النظر في الدعوى والفصل في النزاع، ليس وقت نشوء العلاقة العقدية موضوع النزاع والمتمثلة في وقت إبرام العقد الدولي لأن كل هذا يتفق مع طبيعة النظام العام الذي يتغير حسب الزمان والمكان في المجتمع الواحد، فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في فترة معينة وفي دولة معينة قد لا يعد كذلك في وقت آخر في نفس الدولة ومثال ذلك أن الطلاق كان محضوراً في الدول الغربية كفرنسا وإيطاليا وإسبانيا وبالتالي مخالفاً للنظام العام بينما أصبح اليوم جائزاً في تلك الدول⁽²⁾.

وعلى هذا يترتب على شرط حالية النظام العام ما يلي:

أ- إذا كان الحق الذي نشأ طبقاً لقانون أجنبي مختصاً مخالفاً للنظام العام في قانون القاضي عند نشوئه ثم تغير قانون القاضي فأصبح ذلك الحق غير مخالف للنظام العام عند النظر في النزاع فلا يعتد القاضي بالمخالفة السابقة للنظام العام عند نشوء الحق.

ب- أن الروابط القانونية القائمة في ظل تغيير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد، لو فرضنا أن قانوناً جديداً صدر في دولة القاضي أباح الطلاق بينما كان القانون السابق يمنعه فيسرى في هذه الحالة حكم القانون الجديد على الروابط القانونية القائمة عند تطبيقه، ولو كانت قد نشأت قبل صدوره⁽³⁾.

¹ - عوض الله شبيه الحمد السيد، المرجع السابق، ص 396.

² - شريف هنية، المرجع السابق، ص 96.

³ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الثاني

آثار الدفع بالنظام العام

تتقسم آثار النظام العام أساسا إلى الآثار العامة والآخر المخفف والآخر الإنعكاسي وهذا ما سوف نتولى إظهاره بإيجاز.

أولا : الآثار العامة للدفع بالنظام العام:

يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أثرين، يتمثلان أساسا في الأثر السلبي وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كليا أو جزئيا، أما الأثر الإيجابي فيتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي⁽¹⁾.

أ- الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 ف01 من ق.م.ج، والسؤال الذي يطرح هنا هل يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كليا، أو ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي، للإجابة على هذا السؤال نتعرض إلي جانب من الفقه في فرنسا الذي يرى أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفته للنظام العام ينبغي أن يكون كليا لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ تهدف هي إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه دون البعض الآخر بإضافة إلى ذلك أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه⁽²⁾.

فقد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطا ارتباطا وثيقا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بحيث يصبح من المعتذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، في هذه الحالة يؤكد البعض أنه لا داعي من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأخرى وتطبيق قانون القاضي بدلا منه. ومثال ذلك أن يكون قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين زوجين مختلفين

¹ - هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 200.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 163-164.

الدين، فلا يمكن أن يحول هذا القانون دون إبرام واجهما وفقا للقانون الفرنسي لأن النظام العام فيها يستبعد تطبيق هذا القانون عليهما رغم اختصاصه، إذا ما طرح مستقبلا على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفق لأحكام القانون الفرنسي ينبغي عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار استبعادا كليا لأنه من الغير المعقول أن يطبق هذا القانون على آثار زواج يعد باطل وفقا لأحكامه، وذلك حتى ولو لم يتعارض القانون الأجنبي بالنسبة للآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الفرنسي⁽¹⁾، أما الفقه الغالب في فرنسا و مصر يرى أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنه استبعاد القانون الأجنبي كليا، وإنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام وهذا القانون الأجنبي يطبق على باقي عناصر النزاع⁽²⁾، وهذا الرأي له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي. ومثلا نشير إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل، فاستبعدت الجزء فقط من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وأبقت على الأجزاء الأخرى الغير المخالفة له، من هذه الأحكام حكمها الصادر في قضية fayeulle في 8 نوفمبر 1943 فقد استبعد طرق إثبات النسب الطبيعي المقرر في القانون الألماني المختص، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي، ومن الأحكام أيضا حكمها الصادر في 1964/11/17 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم في حقه في الميراث وعليه فإنه لا يستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلق بحرمان غير المسلم من الميراث أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة الورثة فيتم وفقا لأحكامها⁽³⁾.

حيث جاء في هذا القرار "أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين مسلم والغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة

¹ - هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 202 - 203.

² - المرجع نفسه، ص 200 - 201 .

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 164.

الإسلامية في هذه النقطة وحسب، ومن دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة أنصبتهم" ، وهذا الرأي سار عليه القضاء المصري أيضا⁽¹⁾.

ب- الأثر الإيجابي للنظام العام:

يتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 24ف02 من ق.م.ج حيث تنص علي ما يلي: "... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة " .

إن الاتجاه الفقهي الغالب ومعظم التشريعات تؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، كالقضاء الفرنسي والمصري مثلا، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي اللون، فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته للنظام العام ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج، بإضافة إلى هذا نجد أن هناك حالات التي يقترن بها الأثر الإيجابي، بالأثر السلبي ومثال ذلك الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي لنشوء العلاقة زوجية لا يسمح بنشؤها قانون القضاء كالزواج بين مسلمة وغير مسلم، فالقانون الفرنسي يجيز هذا الزواج وفي الجزائر يعتبر مخالفا للنظام العام، والنظرة السطحية تجعلنا نعتقد أن أثر النظام العام يكون في هذه الحالة سلبيا فقط إذ يقتصر على استبعاد القانون الفرنسي، وواقع الأمر أن القاضي لما يستبعد حكم القانون الأجنبي في هذه الحالة لا يسمح بنشوء العلاقة يكون قد طبق قانونه الوطني الذي لا يسمح بمثل هذا الزواج⁽²⁾.

إلى جانب هذا الرأي هناك رأي آخر يسود في ألمانيا، بحيث الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام بحيث يستند هذا الاتجاه إلى قرار صادر عن محكمة النقض الألمانية⁽³⁾، حيث استبعدت نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة التقادم نص عليه القانون السويسري نفسه، إلا أن هذا الرأي محل نقد لكون القانون الأجنبي

¹ –PIERE Baurel, yvon Loussouarne , droit international privé, DALLOZ 4eme édition 1993 p280.

² – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص165- 166.

³ – PIERE Baurel , YVON Laussouarne, op.cit, p279.

المطبق في هذه الحالة لا علاقة له بالنزاع كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل، وبالتالي يتنافى مع مبدأ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو فتطبيق القاضي الوطني للقانون أجنبي في غير الحالات التي يرى المشرع الأجنبي إخضاعها لحكمه ينطوي على تحويل لهذا القانون وتغيير لطبيعته⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك نقول أن الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون القاضي على افتراض ملائمة القانون الوطني لطبيعة النزاع أما إذا كان العكس في حالة ما إذا تعارضت نصوص قانون القاضي مع طبيعة العلاقة محل النزاع، معناه غير قابلة للتطبيق على موضوع النزاع بحكم عدم ملائمتها أو خلوها وسكوته من أي حل للمسألة المعروضة، يستوجب على القاضي في هذه الحالة حل النزاع وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، بحيث تعرض القضاء المغربي لمثل هذه المسألة وكانت تتعلق بحالة الأشخاص الأجانب، ونظراً لصعوبة تطبيق النصوص الوطنية في هذا الخصوص على الأجانب المقيمين في المغرب فقد استقر القضاء في هذا الشأن أن يحكم في الدعوى وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي⁽²⁾.

إن القضاء السابق اعتمد على فكرة مبهمة وغامضة التي تتمثل في القانون الطبيعي إلا أنه قد حاول على أي حال أن يسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، بعد أن تعذر عليه أن يجد في قواعد القانون الوطني ما يمكن به أن يسد هذا الفراغ⁽³⁾.

ثانياً : الأثر المخفف للنظام العام:

حيث ميز الفقه والقضاء في صدد أثر النظام العام بين حالتين: أولها الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في دولة القاضي، وبين الحالة التي يثار الدفع أمام القاضي بشأن علاقة تمت في الخارج، ويراد التمسك بآثارها في بلده، وبعبارة أخرى أن يثار الدفع بشأن حق اكتسب في الخارج بحيث يرون أن النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين، فبالنسبة للحالة الأولى مثل إبرام

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 166-167.

² - سعد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 240.

³ - عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 207.

الزواج، إيقاع الطلاق، ... إلخ يكون للنظام العام أثره كاملاً *plein effet* بحيث يستبعد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام ليحل محله قانون القاضي.

أما الحالة الثانية التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية وتنتج آثارها في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثراً مخففاً لا يترتب كامل أثره، ومثال ذلك تعدد الزوجات الذي نشأ في الخارج، رغم أن القانون الفرنسي لا يقربها لكن إذا أريد الاعتراف ببعض آثاره كحق الزوجة في طلب النفقة أو الإرث فإن هذا الأثر ليس فيه ما يمس النظام العام في فرنسا⁽¹⁾.

كذلك فيما يتعلق بمسألة التبني، لو تبني شخص في تونس فتكون له آثار في الجزائر، حيث لا يقول القاضي الجزائري باصطدامه بالنظام العام، هذا ما يعبر عنه بأثر المخفق للنظام العام واختلاف أثر النظام العام في الحالتين يرجع إلى كون الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوؤه في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي ورغم اختلاف الفقه والقضاء "بالأثر المخفق للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج" فإن هذا لا يعني إهدار كل أثر لهذه الفكرة، إذ قد يتعارض نفاذ حق الذي اكتسب في دولة أجنبية مع اعتبارات النظام العام في فرنسا حتى على وجهها المحقق.

ومثال ذلك أن القضاء الفرنسي حكم بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول ولو كان هذا الحق قد اكتسب في الخارج وفقاً للقانون الذي تشير قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه (قانون موقع)، ما دام أنه قد تبين أن هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكية دون تعويض معناه عدم جواز الاعتراف في فرنسا بحق الملكية الذي اكتسب في الخارج عن طريق نزع الملكية دون تعويض⁽²⁾، فأثر المخفق لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بدهاءة إنكار كل أثر النظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهريّة في المجتمع⁽³⁾.

¹ - صلاح الدين، جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 355-356.

² - سعد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، لبنان، ص 757.

³ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 279.

ثالثاً : الأثر الانعكاسي للنظام العام:

قد يحدث أن تطرح على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بحقوق اكتسب على أساس نظام عام في دولة أخرى، فما هو موقف القاضي الفرنسي، هل سيأخذ بعين الاعتبار النظام العام الأجنبي؟ أم أنه ليس ملزماً بذلك مبدئياً⁽¹⁾.

لتوضيح هذه الفكرة يشير الفقه الفرنسي إلى مثال تزوج بولونيان في بلجيكا وفقاً للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفته للنظام العام لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة، فهل يجوز الاحتجاج بهذا الزواج في فرنسا وفي هذه الحالة يفرق الفقه بين حالتين:

يرى البعض أنه لا يجوز التمسك بهذا الزواج في فرنسا، لأن هذا الحق قد نشأ في بلجيكا فالنظام العام فكرة وطنية بالدرجة الأولى، ولا يجوز الاعتراف بآثارها خارج الإقليم، رغم اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا، والفقه الحديث ذهب إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي، والحالة التي لا يكون متطابقاً معه ففي الحالة الأولى، تطبيق للمثال السابق، فإنه يمكن للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقاً لمقتضيات النظام العام البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا، أما الحالة الثانية لا يصح الاعتراف بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقاً لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي، حيث برر موقفه في ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداءً⁽²⁾.

¹ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 185.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، الزيتونة للإعلام والنشر، ص 169-170.

المبحث الثاني

تدخل القواعد ذات التطبيق الضروي و تجاهل القانون المختص

إذا كان خضوع التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين باعتباره الأصل وفق لما تشير إليه قواعد التنازع قد تعرض إلى انتقادات شديدة استهدفت النيل من هذه القواعد بالنظر لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، فهذا ما دعى بعض الشراح إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى.

قد وجدت نقطة التوازن تلك ضالتها في قواعد داخلية لا تحتاج في تطبيقها لمنهج التنازع رغم أنها لم توضع خصيصاً لتنظيم الروابط العقدية الدولية، كل ما في الأمر أن صفتها الآمرة قد بلغت حداً يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكمها بشكل مباشر، وهذا بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقات وما إذا كانت ذات طابع داخلي أم ذات طابع دولي.

سيرا في هذا الاتجاه ظهرت صورة أخرى تخضع بموجبها عقود التجارة الدولية إلى سلطان القانون سميت بمنهج ذات التطبيق الضروي أو قواعد البوليس⁽¹⁾.

بالتالي تعد قواعد البوليس من القواعد التي تتضمن قيوداً على الحرية الإرادة في إبرام العقود وتنفيذها، حيث تؤدي إلى استبعاد قانون العقد في صدد المسائل التي تدخل في نطاق سريانها⁽²⁾. لعل ذلك ما يجعلنا نتناول بالدراسة وضع الإرادة من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروي.

وعليه نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نتناول في (المطلب الأول) القواعد ذات التطبيق الضروي، وفي (المطلب الثاني) إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي.

¹ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 67-68.

² - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 71.

المطلب الأول

مفهوم قواعد ذات التطبيق الضروي.

تعرض المنهج القائم على قواعد التنازع إلى هجمة ثانية وجدت دعامتها في إفراط هذا المنهج في دوليته، والناجم عن معاملة القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة فوجدت لها إلى جانبه ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروي لتعايش مع قواعد التنازع وتنافسها، بل ولعلها المنافس الوحيد لهذه القواعد وفقا لما يراه بعض الشراح⁽¹⁾.

إن فكرة قوانين البوليس ليست فكرة مستحدثة، فقد تضمنها القانون المدني الفرنسي في المادة 3 ف3 عندما تحدث عن قوانين البوليس والأمن، Loi de police et de sureté وفي الآونة الأخيرة، ومنذ قرابة ربع قرن عرفت قوانين البوليس نوعاً من التطور، بحيث يراها بعض الفقه من نهج منافسا للمنهج القائم على قاعدة التنازع⁽²⁾.

فمع انتشار الفكر الاشتراكي في الربع الأول من القرن العشرين، بدأ يبرز مبدأ تدخل الدولة للحد من حقوق وحرقات الأفراد بالقدر اللازم لإدراك المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف وذلك بسنها للعديد من القوانين المنظمة لهذه الحياة مثل قوانين الرقابة على النقد والقوانين الخاصة بالائتمان والصرف، والبنوك والتشريعات الضريبية والقوانين المتعلقة بالدفاع عن البلد⁽³⁾. وذلك حفاظاً على المصلحة العامة وتتجسد هذه المصلحة إما حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية كحماية المستهلك والعامل من الجهة أو حماية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى وهي عبارة عن حوافز وقيود توضع لتقييد حرية الأفراد في إبرام العقود وتنفيذها، فعند إعطاء الإرادة للأطراف فاختيار القانون الذي ينظم نزاعاتهم يمكن أن يؤدي ذلك إلى الإفلات من القواعد الآمرة لتلك الدولة، لذا تم الاستعانة بسلطة القاضي في إعمال قواعد البوليس⁽⁴⁾.

1 - بلاث محمد، المرجع السابق، ص 68.

2 - أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، 1989، الإسكندرية، ص 58.

3 - مسعود بورغدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 11-12.

4 - بوكلال مبروك، لخصير حكيم، المرجع السابق، ص 47-48.

ففي فرنسا مثلاً منذ 1804 نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من التقنين المدني الفرنسي على أن تطبيق القوانين الفرنسية يفرضها قوانين البوليس والأمن، لكن الاستعانة بلفظ قواعد ذات التطبيق الضروري كان حديثاً، ولو كان ذلك بفضل الفقيه فرانسيسكا كيس، الذي عرف تلك القوانين بأنها تلك القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية الأساسية، وتطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية داخلية كانت أو تتصف بالأجنبية⁽¹⁾. حيث يرى جانب من الفقه العربي أنه يجب على المشرع السعي إلى التحرر من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تعبر بطبيعتها عن نزعة إقليمية ضيقة تحت ستار الطابع الوقائي والحماي لمصالح يعتبرها المشرع أساسية لا تمس. ولكن هل يعني هذا أنه يجب على الدول العربية أن تقلل من سطوة القواعد ذات التطبيق الضروري؟.

يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في تعليقه على أصحاب فكرة العقد بلا قانون " لقد تناس هؤلاء أن القوانين الوطنية يمكن أن يقع تحت طائلتها العقد الدولي عن غير قاعدة الإسناد وذلك عندما تكون تلك القوانين داخلية تحت وصف القوانين ذات التطبيق الضروري وعندئذ لن يكون هناك عقداً خارجاً عن القانون الوضعي.

هذا هو ما يمكن تأكيده دون خشية فقد مضت الإشارة إلى أن القواعد ضرورية التطبيق في تزايد يوم بعد يوم. وبعد نمو الاتجاه التدخلي والتوجيهي للدولة، فكيف مع تلك القواعد تصور عقداً دولياً طليقاً؟⁽²⁾.

إن تلك القواعد تتزاحم على حكم العقد، دولياً كان أم داخلياً بالنظر إلى ضرورتها لتضامن وتماسك الأسس والتنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدولة، ولن يكون العقد بقادر على التحرر ونحاول تقريبه من النظام الذي تهيمن عليه قوانين الدولة لا إرادة المتعاقدين .

وبهذا فإن تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري يعطل أعمال قاعدة الإسناد في خصوص المسألة التي تدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري⁽³⁾ .

¹- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 79.

²- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 312.

³- المرجع نفسه، ص 313.

وقبل الخوض في تحليل القواعد ذات التطبيق الضروري يتعين علينا أن نتعرض إلى المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري الذي سنتناوله في (الفرع الأول) ثم نتطرق بعد ذلك إلى تمييز هذه القواعد عن غيرها الذي سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري.

وردت عدة تعاريف بشأن القواعد ذات التطبيق الضروري، والتعريف الذي ورد بصفة عامة هو أنها مجموعة من القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في قانون دولة القاضي والتي يتعين تطبيقها على كل العلاقات القانونية المرتبطة أي الوثيقة الصلة مع هذا القانون، بغض النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها أصلاً بناء قاعدة الإسناد المعمول بها في قانون دولة القاضي⁽¹⁾. والمقصود بقوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري هي مجموعة من القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة، دون النظر إلى تصنيفها إلى القانون العام أو الخاص، دون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد⁽²⁾.

أما التعريف الذي يعطي لهذه القواعد بعض الخصوصية، فيمكن القول بأنها مجموعة من القواعد التي تهدف بصفة خاصة إلى معالجة مسائل محددة أو أمور خاصة، كالقوانين المتعلقة بالمنافسة أو بالمتعلقة بالرقابة على تغيير العملة أو تلك التي تهدف إلى حماية المستهلك، فكل هذه القوانين تطبق بصفة مباشرة، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق، حتى ولو كان قانون الإرادة⁽³⁾ أما الأستاذ FRANCESKAKIS عرف قوانين البوليس على أنها "تلك القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع والنظام السياسي والاقتصادي للدولة"⁽⁴⁾.

¹ - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العقود الدولية في التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، مصر، 1999 ص 510.

² - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2010، ص 99.

³ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 86.

⁴ - Sabine Robert, les loi de police, Diplôme de maitrise, Droit international privé, faculté de droit de Lyon, 2006 p 03.

لقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني لقواعد قوانين البوليس حيث يمكننا أن نفرق في هذا الصدد بين ثلاث اتجاهات أساسية .

أولاً: قوانين البوليس والأمن

ذهب الفقه التقليدي على رأسه الفقيه BOUIHIER إلى إطلاق اصطلاح قواعد أو قوانين البوليس على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة⁽¹⁾.

ثانياً: القواعد فورية التطبيق

وفقاً لهذا الاتجاه فإنه من الأنسب استعمال اصطلاح القواعد فورية التطبيق بدلاً من اصطلاح قوانين البوليس، ذلك لأنه اصطلاح يحقق بعض المزايا التي لا تتوفر في تعبير قواعد الأمن والبوليس حيث يقدم هذا الاصطلاح أساساً منطقياً لاختصاص القاضي بدلاً من الالتجاء إلى أفكار غير واضحة كفكرة قوانين النظام العام أو فكرة الإقليمية لتأسيس ذلك الاختصاص بصدد قوانين النظام العام الاقتصادي والاجتماعي للدولة حيث يبرر أن تلك القواعد لها نطاق مكاني محدد تنطبق فيه أوسع من ذلك الذي تعينه لها قاعدة الإسناد، ولاشك أن تحديد هذا النطاق يعد هدفاً يسعى كل مشرع وضعي إلى إدراكه وتحقيقه⁽²⁾.

ثالثاً: قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التعبير عن القواعد المسماة بقواعد البوليس والأمن بقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي، حيث يرى هذا الفقه أن قوانين البوليس ليست إلا للنظام العام الإقليمي، لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه. غير أن البعض من مناصري هذا الاتجاه يرى ضرورة عدم تعميق الخلاف بين قوانين البوليس والأمن وقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي، لأن كلاهما يهدف إلى هدف مشترك وهو الحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع⁽³⁾.

1 - جارد محمد، المرجع السابق، ص 99.

2- عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 229.

3- جارد محمد، المرجع السابق، ص 99 - 100.

إن الغرض من القواعد ذات التطبيق الضروري هو إعطاء الاختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، وقد أخذت بهذا الحل مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 3 ف 1 على أن قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم⁽¹⁾. وتقابلها المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

هذا ما نص عليه كذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986 في المادة 34 منه، إذ جاء فيها أن أعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد التي قررها هذا القانون، لا ينال من النصوص الآمرة في القانون الألماني الذي يحكم مركز النزاع، بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد كما نص القانون الدولي الخاص السويسري على هذه الحالة، حيث ورد في م 18 منه ما يلي:

"إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في القانون لا ينال من مجال سريان القواعد الآمرة في القانون السويسري والتي تفرض أهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع⁽²⁾.
لم تكثف التشريعات الحديثة بالنص على ضرورة مثل هذا التطبيق في القوانين الخاصة التي تنظم مجالا محددا بذاته، كما هو الشأن في التشريعات المتعلقة بالنقد والقرض والمنافسة وقانون الإستهلاك ، ذات الصلة الوثيقة بالاقتصاد الوطني أو تلك التي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية .

حتى الاتفاقيات الدولية أخذت بهذا الاستثناء، وسمحت للدول التي يطرح عليها النزاع أن تعطي الأولوية للقواعد الآمرة التي تنتمي إلى قانونها والتي تطبق على النزاع، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق، كما هو الشأن في اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة 7 ف 2 على ما يلي:

« *les règles de la loi du pays juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit loi applicable au contrat* »

¹- عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 88.

²- المرجع نفسه، ص 89.

يتبين من خلال هذا النص أن هذه الاتفاقية سمحت باستبعاد القوانين الأجنبية في دولة القاضي إذا ما كانت قواعد قانونية لا تقبل المزاحمة من قبل القوانين الأجنبية⁽¹⁾. وقد أقر مجمع القانون الدولي بدوره هذا الحل في دورة انعقاده بمدينة "بال" بسويسرا عام 1991 حيث نصت المادة 9 ف 1 من المشروع الذي أقره المجمع على أن "تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدون لا ينال من النصوص الآمرة في قانون القاضي التي تحكم المركز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد"⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد

في هذا الصدد يتعين علينا أن نميز بين كل من قواعد ذات التطبيق الضروري وبين القواعد ذات التطبيق المباشر وأيضا تمييزها عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة وفي الأخير تمييزها عن منهج التنازع.

أولاً: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن القواعد ذات التطبيق المباشر

إن القواعد القانونية التي تطبق على النزاع مباشرة يمكن أن تكون القواعد ذات التطبيق الضروري أو القواعد ذات التطبيق المباشر، فإن العكس غير صحيح، بمعنى أن القاعدة ذات التطبيق المباشر لا يمكن وصفها من قواعد البوليس، ومثل هذا التمييز نجده فيما ذهب إليه المشرع الفرنسي حينما جعل كل قواعد القانون البحري الفرنسي ذات تطبيق مباشر وذات اختصاص إقليمي يتم تطبيقه على كافة عمليات النقل البحري المتجهة من وإلى الموانئ الفرنسية لغرض توسيع نطاق تطبيق القانون البحري، فمثل هذا القول قد لا يعني أن كل قواعد تدخل ضمن قواعد البوليس، و إن كانت بعض أحكامه تعد حقا من قواعد البوليس، إلا أنه لا يجب تعميم الحكم على بقية القواعد الأخرى⁽³⁾.

¹ - نقلا عن عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 89-90.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 679.

³ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 87-88.

ثانياً: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن المنهج قاعدة الإسناد المزدوجة.

يركز منهج قاعدة الإسناد على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع وبالتالي فهو يعتمد في حل التنازع على تحليل هذه العلاقة وردها إلى الفئة المسندة وبعدها يتم تمهيدها لتطبيق القانون المختص بشأنها.

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فهو لا يهتم بالعنصر الأجنبي، وإنما يعتمد على تحليل القواعد القانونية من حيث سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي وتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي⁽¹⁾.

ثالثاً: تمييز قواعد التطبيق الضروري عن منهج التنازع:

يبدأ منهج التنازع من الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملائم لحكمها⁽²⁾، بينما يبدأ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري من البحث في القواعد القانونية الوطنية للتعرف على ما يعد منها ذات تطبيق مباشر وما لا يعد، ومن ثم معرفة المسائل التي ينزل عليها حكمها ويتعين على القاضي إعمالها بصفة مباشرة⁽³⁾.

الفرع الثالث

معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.

بعد أن تطرقنا إلى تحديد مفهوم قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري وتمييزها عن غيرها من القواعد فعلياً الآن أن نتصدى للمعايير الواجب الإلتباع من بين المعايير المختلفة التي تمسك بها الفقه للوصول إلى تحديد هذه القواعد والكشف عنها.

اختلفت مناهج الفقه حول المعيار الذي يمكن بمقتضاه تمييز قواعد البوليس عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى أو بمعنى آخر معيار تشخيص أو بيان متى توجد قواعد البوليس⁽⁴⁾.

¹- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 26-27.

²- عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، دار الجامعة الجديدة، ص 539.

³- عكاشة محمد عبد العال، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ص 539.

⁴- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 200.

فاتخذ البعض من مجرد التحديد التشريعي الصريح لنطاق تطبيق القواعد القانونية أساساً لاعتبارها من قواعد البوليس وهو ما يطلق عليه بالمعيار الشكلي. بينما ذهب جانباً آخر الاستناد إلى بعض المعايير الفنية المألوفة في فقه القانون الدولي الخاص كمؤشر للكشف عن هذه القواعد. بحيث اتجه فريق ثالث لتكييف هذه القواعد من خلال بعض المعايير الغائية. وسوف نتعرض بإيجاز لهذه المعايير⁽¹⁾

أولاً: المعيار الشكلي:

تمت الإشارة من قبل إلى أن قواعد البوليس هي قواعد يتم إعمالها بصفة مباشرة على العلاقة الدولية المطروحة بناء على إرادة مشرعيها قد تكون إما صريحة إما ضمنية يتولى القاضي إستخلاصها من مضمون القاعدة وأهدافها⁽²⁾. إلا أن جانباً آخر من الفقه، ورغم ذلك اعتبر القاعدة القانونية من القواعد البوليس إذا حرص مشرعيها على تحديد نطاق سريانها المكاني على نحو صريح. و يعاب على هذا الاتجاه أنه قد يخالف مقصود المشرع نفسه من هذا التحديد إذ أنه يوسع من نطاق قواعد البوليس فوق لهذا المعيار تعتبر قواعد التنازع الأحادية قواعد بوليس⁽³⁾.

ثانياً: المعايير الفنية

حاول بعض الفقه أن يستند إلى طبيعة القاعدة محل البحث فرد فكرة قواعد البوليس الغير المعروفة إلى أفكار فنية معروفة في فقه القانون الدولي الخاص تتمثل في فكرة الإقليمية وفكرة النظام العام⁽⁴⁾.

أ- معيار الإقليمية:

اعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي القواعد ذات التطبيق الإقليمي في قانون القاضي من قوانين البوليس التي يستوجب تطبيقها على المراكز التي تدخل في نطاق سريانها الإقليمي دون حاجة

¹ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، المرجع السابق، ص 71.

² - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 200.

³ - مسعود بورغدة نريمان، المرجع السابق، ص 19-20.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 639.

لإعمال منهج التنازع التقليدي على أساس أن قوانين البوليس ذات طابع إقليمي، لذلك تصلح الإقليمية كمعيار للكشف عن هذه القوانين⁽¹⁾.

تعرض هذا المعيار إلى النقد من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص على أساس أن الإقليمية تثير العديد من الإشكالات عن المقصود بها هل هي الإقليمية المطلقة التي تبيح للدولة الاقتصار على تطبيق قوانينها داخل حدودها الجغرافية دون القوانين الأجنبية الأخرى. أم أنه المقصود هو مجرد تحديد ضوابط الإسناد على أساس إقليمي كإسناد الحق العيني على المال لقانون موقعه مثلاً بما يتيح إمكانية تطبيق القوانين الأجنبية. وعلى هذا النحو يصعب الكشف عن قواعد البوليس في ضوء فكرة الإقليمية مما دفع بعض أحكام القضاء للبحث عن نظيرتها في فكرة النظام العام⁽²⁾.

ب- معيار النظام العام:

حاول جانب آخر من القضاء بغية تحديد مضمون قوانين البوليس وذلك عن طريق اللجوء إلى فكرة النظام العام. ومؤدى هذه الفكرة أنه إذا تعلق قانون القاضي بالنظام العام إستوجب ذلك تطبيق هذا القانون، حتى وإن أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الأجنبي. وقد ذهب القضاء المصري والفرنسي في عدة مناسبات إلى استخدام هذا المعنى⁽³⁾. لكن هذا المعيار لم يسلم من النقد إذ أن التطبيق المباشر لقواعد البوليس باسم النظام العام قد يؤدي إلى الخلط بين قواعد البوليس التي تقوم على فكرة النظام العام والدفع بالنظام العام، فبالرغم من أن كلا الفكرتين تسعيان إلى حماية المبادئ الأساسية لدولة القاضي، إلا أنهما تختلفان سواء من حيث طريقة إعمالها أو حتى توقيت هذا الإعمال⁽⁴⁾.

¹- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، المرجع السابق، ص 75

²- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 203.

³- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 69.

⁴- مسعود بورغدة نريمان، المرجع السابق، ص 24.

ثالثاً: المعايير الغائية :

حاول جانب من الفقه أن يستند إلى بعض المعايير الغائية لتحديد قواعد البوليس مثل معيار مصلحة الدولة، أو معيار تنظيم الدولة الذي نادى به Frances kakis . والذي يقوم على مبدأ تدخل الدولة وتنظيمها لمصالحها السياسية والاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁾.

أ- معيار مصلحة الدولة:

إن فكرة القوانين السياسية تشكل أول معيار غائي لتحديد ماهية قوانين البوليس، فالقوانين السياسية هي القوانين التي يتعين تطبيقها دائماً نظراً لما تحققه من مصلحة للدولة. ولذلك يتعين تطبيقها على جميع الأشخاص وعلى كافة التصرفات والعلاقات القانونية الصادرة بشأنها⁽²⁾. غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد فمن ناحية أنه يصعب تحديد فئة معينة وتمييزه عن القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي حيث أن كل قانون يستهدف في الواقع هدفاً سياسياً، فالاختلاف بين قانون وآخر ليس طبيعة بقدر ما هو اختلاف في الدرجة. ولعل ذلك هو الذي دفع الأستاذ Frances kakis إلى اعتناق معيار آخر لتحديد قواعد البوليس وهو معيار تنظيم الدولة⁽³⁾.

ب - معيار تنظيم الدولة :

إن القواعد ذات التطبيق المباشر لدى الفقيه Frances kakis هي القواعد التي يتعين احترامها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة والتي يتمثل المعيار المميز لها هي فكرة التنظيم⁽⁴⁾، غير أن هذا المعيار لقي معارضة من قبل كل من Loussouan et Heuzé فإن الاستناد إلى هذا المعيار سيؤدي إلى اعتبار كافة القواعد القانونية من قوانين البوليس، إذ أن كافة القوانين تهدف إلى تنظيم الدولة السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي⁽⁵⁾.

¹-محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، المرجع السابق، ص 87-88.

²-أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 70-71.

³-محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 211.

⁴-« loi dont l'observation, est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ; et économique du pays, leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation » Frances kakis potion, V° conflits de loi répertoire de droit international Dalloz (1969) n° 137 p480

⁵- مسعود بورغدة نريمان، المرجع السابق، ص 30.

رابعاً: المعيار العقلاني:

يرى الدكتور هشام على صادق أنه إذا كانت الصلة العقلانية التي تربط مضمون وأهداف قواعد البوليس بنطاق تطبيقها من أهم ما يميز هذه القواعد، و لذا فهي تصلح أن تكون معياراً لتحديد تلك القواعد⁽¹⁾. وذلك خلافاً لما يراه بعض الفقهاء مثل MAYER، الذي بالرغم من إشارته إلى هذه الصلة العقلانية. عند تعريفه لقواعد البوليس إلا أنه لم يتوصل إلى إعتبارها معياراً للكشف عن هذه القواعد على أساس أن تعريف قواعد البوليس في حد ذاته هو تعريف وصفي لا يكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها على غير طريق قواعد الإسناد⁽²⁾. ولقد أعترض جانب من الفقه من بينهم HEUZE، على هذا المعيار كون الصلة العقلانية في نظره بين مضمون وأهداف قاعدة البوليس ونطاق تطبيقها مسألة ثانوية مرتبطة بمسألة أولية وهي ضرورة تطبيق قاعدة البوليس، إذا أنه من المتصور ألا يكون التطبيق ضرورياً رغم توفر هذه الصلة⁽³⁾. ففي هذه الحالة يصبح المعيار المذكور خالياً من أي معنى.

وأما أستاذنا الدكتور هشام صادق أعطى لنا حجة هذا الاعتراض أنه لا يقوم على أساس سليم حيث أنه جعل من ضرورة تطبيق معياراً لقاعدة البوليس في حين أنه أثر من آثار اكتسابها لهذه الصفة، تلك الصفة التي تستمد من الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها على نحو يؤدي إلى فقدان فعاليتها فيما لو تجاهل القاضي أعمالها على المسألة المطروحة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

عمد الفقه على إخضاع الروابط العقدية لقانون الإرادة لكنه أدرك أنه سيفسح المجال للتهرب من القواعد الآمرة في القوانين الداخلية للدول الأخرى المرتبطة بالعقد برابطة وثيقة ونظراً لخطورة ذلك أدى بالفقه إلى الاعتماد على طريقة أفضل وهي تخويل القاضي حق تقييد هذه الحرية من خلال استعمال سلطته في التطبيق المباشر لقواعد البوليس في القوانين المرتبطة بالعقد تجنباً للغش نحو

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 216.

² - مسعود بورغدة نريمان، المرجع السابق، ص 31.

³ - المرجع نفسه، ص 20.

⁴ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 100-101.

القانون وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁽¹⁾. وبالتالي فالقاضي له السلطة التقديرية في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك، وذلك عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي تنتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها⁽²⁾، لذلك أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف لم يعد محل جدال فقهي كلما كانت هذه المخالفة تمس حقا القواعد الآمرة في دولة القاضي⁽³⁾. وبناء على ما تقدم سوف نقسم دراستنا في هذا المطلب الى فرعين (الفرع الأول) نتناول فيه إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي و(الفرع الثاني) نتناول فيه إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية.

الفرع الأول

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون القاضي.

من الطبيعي أن يلتزم القاضي الوطني بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الوارد النص عليها في القانون الوطني⁽⁴⁾. أي تلك التي يقرها نظامه القانوني حتى وإن لم تعد فيها جزء من قانون العقد⁽⁵⁾. ويترتب على هذا الإعمال للقواعد ذات التطبيق الضروري تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الإرادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس هذه، ولعل ذلك ما أدى جانب من الفقه إلى تأكيد حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراماً لسيادة القانون.

ويضيف أحمد عبد الكريم سلامة إن العقد الدولي، لا ينشأ في فراغ فهو يبرم في دولة ويتم تنفيذه فيها أو في دولة أخرى، وهناك من القواعد ضرورية التطبيق في دولة الإبرام، أو في التنفيذ ما

¹ - بوكلال مبروك لحضير حكيم، المرجع السابق، ص 49.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 90.

³ - موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس يومي 25-26 أبريل 2010، ص 202.

⁴ - أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د د ن، د ب ن، 2003، ص 75.

⁵ - محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية لأمرة، (دراسة في امكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 95.

لا يمكن الهروب منها. ففي مرحلة الإبرام، هناك القواعد المتعلقة بالتصاريح والإدارية والأدون المختلفة، التي يجب الحصول عليها مقدماً، قبل إبرام العقد كإذن التصدير والإستيراد واحترام القوانين الجمركية. وفي مرحلة التنفيذ، لا ننسى القواعد المتعلقة بسعر الصرف وتحويل العملة ونقود الدفع وبنوعية السلعة وما تتصل به من قواعد خاصة بحماية المستهلك. فالدول تفرض دائماً احترام بعض القواعد الآمرة التي يبدو أنه من المستحيل على المحكم أو القاضي أن يعفى من مراعاتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

إعمال قواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبية.

إذا كان إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي أصبح من المسلمات التي أقرها القانون الدولي الخاص استجابة لما تقرره القواعد الآمرة في دولة القاضي، ظهر في هذه الصدد اتجاه يريد تطبيق القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي احتراماً لما تقضي به القواعد الآمرة في هذا القانون⁽²⁾. إلا أن هذا الاتجاه وجد معارضة من قبل الفقه، فقرر في هذا الشأن أن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي التي تنتمي إلى قانون القاضي يبدو أمراً طبيعياً بوصفها جزءاً من القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولته، فإن الأمر يختلف بالنسبة للقواعد الأجنبية المماثلة التي تنتمي إلى دولة ثالثة، إلا أن الاتجاه الغالب يؤكد على تطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى دولة أجنبية والتي لها صلة بالنزاع باعتبار أن ما يميز قواعد البوليس هي تلك الصلة العقلانية التي تربط أهدافها ومضمونها بنطاق تطبيقها، فليس هناك ما يبرر إعمالها بين القواعد الوطنية التي تنتمي إلى القانون القاضي والقواعد الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى منهج التنازع وهذا ما أكدته اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة 7 ف1 والتي تنص على ما يلي:

« *L'ors de l'application , en vertu de la présente convention , de loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec le quel la situation présente un lien étroit ,si et*

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 313.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 94.

dans la mesure ou selon le droit de ce dernier Pays ces dispositions sont applicable quelle que soit la loi régissant le contrat »⁽¹⁾.

يفهم من هذه الاتفاقية أنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون دولة أخرى، تربطها بالمركز المطروح رابطة ووثيقة فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون الدولة التي ينتمي إليه بغض النظر عن قانون العقد⁽²⁾. وهكذا أستقر الفقه الحديث على إعمال قواعد البوليس الأجنبية من حيث المبدأ، إلا أن جانبا منه قد اشترط لذلك أن تكون هذه القواعد منتمية إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع في حين لم يمنع البعض الآخر في تطبيق هذه القواعد حتى ولو لم تكن تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، في حين ذهب جانب من هذا الفقه إلى تحويل القاضي حق الاعتداد بإرادة هذه القواعد في الانطباق دون الاستعانة بضوابط الإسناد المزدوجة في قانونه. وهذا الاختلاف في إعمال قواعد البوليس الأجنبية سواء استنادا إلى المنهج المزدوج أو الأحادي هو ما سنتولى إظهاره بإيجاز⁽³⁾.

أولا : إعمالا القواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبية من خلال فكرة الإسناد الإجمالي

لا يثار أي إشكال خاص في حالة تطبيق القاضي لقواعد البوليس الأجنبية في هذا الفرض والحال أن اختصاصها بحكم النزاع المطروح قد تقرر بناء على قواعد التنازع في دولة القاضي⁽⁴⁾. على أساس أنه إذا أشارت قواعد الإسناد باختصاص نظام قانوني معين فإنه يستوجب على القاضي أن يطبق هذا النظام في مجمله، بما في ذلك قواعد البوليس التي تنتمي إليه، وهذا هو المقصود بالإسناد الإجمالي. ويترتب على ذلك أنه لو اختار المتعاقدون قانون دولة معينة لحكم الرابطة العقدية فإنه يتعين الرجوع لأحكام هذا القانون في مجموعه لحل ما ينشئ من نزاع بين الطرفين، بما في ذلك قواعد البوليس التي ينطوي عليها هذا القانون⁽⁵⁾.

¹ - اتفاقية روما 1980، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 94-95 .

³ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - المرجع نفسه، ص 136.

⁵ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 107.

ثانياً. إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق أصلاً أمام القاضي

لقد أزم الفقه الغالب القاضي بإعمال قواعد البوليس الأجنبية المرتبطة بالعلاقة المطروحة عليه حتى ولو لم تكن جزءاً من نظامه القانوني المختص بمقتضى قواعد التنازع ، أي ولو لم تشكل جزءاً من قانون العقد، شريطة أن تكون على صلة بالعقد، وذلك على أساس أن هذا الحل يكفل من ناحية ، ومن ناحية أخرى يزيل الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ الأحكام القضائية في خارج دولة القاضي التي أصدرها ويوفر لها الفعالية اللازمة. أما القضاء فلم يأل جهداً بدوره هو الآخر في إقرار إخضاع بعض جوانب العقد للقواعد الأجنبية للقانون المختص بحكم هذه الرابطة بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي (1).

الفرع الثالث

تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري

تمت الإشارة إلى أن الفقه الراجح اتفق على إعمال قواعد البوليس بناء على المنهج الأحادي والذي يقوم على فكرة أساسية مؤداها أنه لا يجوز تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه، فإن احترام إرادة انطباق هذه القواعد على هذا النحو قد يجعل القاضي أمام أكثر من قاعدة للبوليس تنتمي كل منها إلى نظام قانوني مختلف تريد أن تطبق على النزاع المطروح. ويطلق الفقه على هذا النوع من التنازع من القوانين البوليس التي تتزاحم على حكم العلاقة القانونية تسمية التنازع الإيجابي أو الجمعي *conflit positif ou cumul* (2)، كما وأن مراعاة انطباق هذه القواعد من شأنه من ناحية أخرى ألا توجد أي قاعدة من قواعد البوليس تريد الانطباق على المسألة المطروحة، ومثل هذا الرفض وإن كان في حقيقة الأمر لا يثير تنازعا بالمعنى الفني لهذه الكلمة إلا أنه ينجم عنه فراغ تشريعي يتعين على القاضي مواجهته وإلا كان منكراً للعدالة، ومع ذلك فقد اصطلح الفقه على إطلاق مسمى التنازع السلبي أو الفراغي *conflit négatif ou la cumule* على مثل هذا الوضع الذي تتخلى فيه

¹ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 244.

² - المرجع نفسه، ص 209.

قوانين البوليس جميعها عن حكم المسألة المطروحة وترفض الانطباق، وهذا ما سنتناول دارسته في البداية ثم نتعرض بعد ذلك للتنازع الإيجابي⁽¹⁾.

أولا : التنازع السلبي :

إن المسألة المطروحة على القاضي إذا كانت لا تدخل في نطاق سريان قاعدة من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري، أي لا توجد قاعدة من هذه القواعد تريد الانطباق في شأنها فإننا نكون بصددها ما يسمى بالتنازع السلبي لقواعد البوليس⁽²⁾. وإذا كان الحل الأمثل يتمثل في الرجوع إلى قانون العقد في حالة التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا التنازع، فهل يصلح هذا الحل لمواجهة الفرض الذي تتزاحم فيه عدة قوانين من قوانين البوليس وكان كل منها تنتمي كل إلى نظام قانوني مختلف ويكون لكل منها رغبة في الانطباق؟ وهذا ما سوف نتطرق إليه عندما نتعرض للتنازع الإيجابي لقواعد البوليس⁽³⁾.

ثانيا: التنازع الإيجابي .

إذا طرح النزاع أمام القاضي و تبين له أنه لا يوجد إلا قاعدة بوليس واحدة تريد الانطباق على المسألة المطروحة فإنه يجب عليه إعمالها إذا توافرت الشروط اللازمة لانطباقها على نحو ماسبق البيان. ولا يتردد فقه المصالح الحكومية في الولايات المتحدة عن إعمال هذا الحل على كافة قواعد القانون أيا كانت طبيعتها⁽⁴⁾. بل ولا تثور مشكلة فيما إذا كان هناك أكثر من قاعدة واحدة للبوليس تريد الانطباق على جانب من هذه الجوانب للقاعدة التي تريد الانطباق عليه⁽⁵⁾. وإنما تثور المشكلة الحقيقية إذا تبين للقاضي أن هناك أكثر من قاعدة واحدة للبوليس تريد الانطباق على جانب واحد من جوانب الرابطة العقدية محل النزاع⁽⁶⁾. أما لو كانت هناك أكثر من قاعدة للبوليس تريد الانطباق على جانب معين من الرابطة العقدية وكانت كل منها تتصدى لتنظيم هذا الجانب بطريقة

¹ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 185.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 745.

³ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 261.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 747.

⁵ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 261.

⁶ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 189.

تتعارض مع باقي القواعد الأخرى، كما لو رفضت إحدى القواعد سلوكا معيناً تمنعه قاعدة أخرى فإننا في هذه الحالة نواجه تنازعا إيجابيا حقيقيا بين هذه القواعد لا يجد معه القاضي سبيل من تفصيل إحداها على حساب باقي القواعد المتنازعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مجالات إعمال القواعد التطبيق الضروري في الجزائر

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن هناك مجموعة من القواعد ذات التطبيق الضروري كما هو الحال بالنسبة لقانون المنافسة التي تعتبر أحكامه آمرة باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، وهذا ما نجده في نص المادة الأولى من الأمر 03-03 التي تنص على "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتغادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية قصد زيادة الفاعلية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين⁽²⁾ وما يقال عن قانون المنافسة ينطبق أيضا على القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه⁽³⁾، وأكثر من ذلك هناك بعض النصوص وردت في هذا القانون جاءت بصيغة آمرة لذلك لا تكون محل استبعاد من قبل الأطراف و لها دائما الأولوية في التطبيق، ومن التشريعات التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية حتى لا يكون عرضة للشروط المجحفة التي يمكن أن يملئها الطرف القوي عليه، ما نص عليه قانون علاقات العمل وقانون الاستهلاك. تعد حماية المستهلك من بين الأهداف الأساسية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، من دون التمييز بين الوطني والأجنبي فلا يعتد بجنسية لمن تقررت لمصلحته الحماية فكل من يقيم بصفة مؤقتة في إقليم دولة

¹ - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 190.

² - أمر 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون 08 - 12، مؤرخ في 25 يوليو 2008، ج ر عدد 36، المؤرخة في 2 جويلية 2008.

³ - قانون 02-04، مؤرخ في 23 يوليو، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 41، سنة 2004.

معينة يمكن له أن يستفيد من الحماية التي أقرها قانون الاستهلاك⁽¹⁾. وما يفيد أن المشرع الجزائري قد أقر حماية قانونية للمستهلكين هو ما ورد في النص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك.

"يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك طوال عملية عرض المتوج - أو الخدمة للاستهلاك اعتباراً لنوعيتها ومهما كان النظام القانوني المتدخل"⁽²⁾، ولأن مختلف هذه القوانين والأوامر تهدف إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقات العقدية فقد تمت حماية في قانون خاص وهو حماية المستهلك⁽³⁾.

كما يرى جانب من القفة أن قانون الإرادة لا يمكن تطبيقه على عقد العمل طالما أنه يعتبر عقداً تخل فيه المساواة بين الطرفين، إذ أن إحدى الإرادتين يمكن أن تفرض قانونها على الإرادة مما يعتبره دعاة لتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف وترتيباً على ذلك فإنه من الأفضل عدم قبول هذا المبدأ في نطاق قانون العمل لما قد ينجر عنه من إليه من حلول تعسفية. فقد يستطيع رب العمل بهذا أن يفرض على العامل تطبيق قانون أقل فائدة من القانون الذي تقتضي العدالة تطبيقه، وعلى الأخص عندما يتم الاتفاق على أن يطبق على العاملين المهاجرين العاجزين عن الدفاع عن أنفسهم قانون بلدهم الأصلي الذي يكون في أغلب الأحيان غير كافٍ لحماية مصالحهم، فمن الأفضل تعيين هذا القانون مباشرة من قبل المشرع⁽⁴⁾.

لقد أقرت مختلف التشريعات الحديثة مثل هذه الحماية للعامل وهذا ما يؤدي إلى استبعاد قانون الإرادة الواجب التطبيق على العقد وتطبيق النصوص التنظيمية التي أقرها المشرع في تلك الدولة، ومثل هذه الحالة نلمسها في ما جاء به المشرع الجزائري في

¹ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 92.

² - قانون رقم 89-02، مؤرخ في 1982/02/07، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989، مملغى بالقانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

³ - بوكلال مبروك، لحضير حكيم، المرجع السابق، ص 50.

⁴ - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص 79.

القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽¹⁾ فوردت فيه نصوص تنظيمية لا يمكن أن تكون محل منافسة من قانون أجنبي آخر كذلك المتعلقة مثلا بشروط التوظيف أو بمدة العمل أو الراحة القانونية..... الخ فهي قواعد آمرة تلزم الأطراف باحترامها.

بحيث أكدت مختلف الأحكام القضائية على ضرورة تطبيق قانون محل تنفيذ عقد العمل كلما كان هذا الأخير هو المكان الذي طرح على محاكمها النزاع، فقد سبق للغرفة الاجتماعية بمحكمة النقص الفرنسية إلغاء شرط التحكيم المتعلق بعلاقات العمل الخاضعة للقانون الفرنسي، حيث تم الاتفاق على تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي. وأكد الفقه على صحة هذا الاتجاه، حيث يرى أنه تسري على القواعد التنظيمية لعقد العمل الواردة في قانون الدولة متى كان محل تنفيذ العمل في إقليم، ذلك لأن هذه القواعد تكون عادة آمرة لتعلقها بالأمن المدني، وما عدا الجانب التنظيمي يمكن أن يخضع عقد العمل لقانون الإرادة⁽²⁾.

كما تعتبر من قبل القواعد ذات التطبيق الضروري تلك القواعد التي تهدف إلى حماية الأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتي من طبيعتها لا تقبل المزاومة مع القوانين الأجنبية وهذا ما ينطبق على القواعد الواردة في قانون النقد والقرض⁽³⁾. التي تعتبر أحكامه آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث يتولى بنك الجزائر السهر على تحقيق النمو الاقتصادي وتوفير أفضل الشروط والحفاظ عليها، وتظهر هذه الإلزامية في بعض القواعد التي جاءت بصفة صريحة تحضر بعض النشاطات على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كونها تعد من الاختصاص المانع لكل من البنوك والمؤسسات المالية⁽⁴⁾.

¹ - قانون رقم 90 - 11، مؤرخ في 21/04/1990، يتعلق بعلاقات العمل الفردية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17، لسنة 1990.

² - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 93-94.

³ - أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2003.

⁴ - أشار المشرع الجزائري في الباب الثالث من الكتاب الخامس إلى ما يدخل ضمن الموانع بصفة صريحة، إلى جانب المواد الأخرى التي لا يمكن استبعاد أحكامها، وهذا ما يستخلص من الهدف الذي يريد تحقيقه من هذا الأمر. راجع في هذا الشأن مختلف الأحكام التي جاء بها الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق.

كما تصادفنا قواعد آمرة تلزم الأطراف باحترامها، والمتعلقة بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج بأية وسيلة كانت كالتصريح الكاذب وعدم مراعاة الشكليات المنصوص عليها أو الشكليات المطلوبة⁽¹⁾.

¹- دريدر ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج بالبويرة، 2011، ص 68.

الخاتمة

الخاتمة

يتبين من الدراسة السابقة حول القيود الواردة على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أن الإرادة لا تزال لها دورها الحاسم في تحديد هذا القانون كمبدأ أساسي وهذا إذا تعلق الأمر بالجوانب الموضوعية للعلاقات العقدية حسب المادة 19 من القانون المدني الجزائري، فالإرادة تعتبر صاحبة الحق الأصلي الذي يمكن للمتعاقدين على أساسه ممارسة حقهم في الاختيار من جهة والمطالبة باستمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى .

كان مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد معروف منذ القديم في مجال التجارة الدولية عكس الميادين الأخرى الذي يعتمد على قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق عندما يوجد عنصر أجنبي، وفي حالة نشوب نزاع بشأن العقد للأطراف الحرية في عرضه إما على القضاء أو التحكيم، ففي كلتا الحالتين يمكن للأطراف اختيار الاختصاص التشريعي الأنسب وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، مع العلم أن الاختلاف يبقى قائما من حيث نطاق إعمال هذا المبدأ.

إذا تم عرض النزاع على المحاكم الوطنية، سيفصل القاضي في هذه الدعوى وفقا للقانون المختار من المتعاقدين، مع مراعاة ما تمليه القواعد الأمرة الواجبة الاحترام، باعتبار أن العقد، لا يفلت من حكم هذه الأخيرة وإنما يخضع في تكوينه وآثاره وإنهائه لقانون دولة معينة، وهذا الأخير له قواعد أمره قد تلزم المتعاقدين والقاضي باحترامها، وهذا ما يستبعد نظرية العقد الدولي الطليق.

بل أكثر من ذلك فالاختيار التنازعي لقانون العقد وفقا لضابط الإرادة يعني بذلك إخضاع العقد لعدة قيود قد تملئها طبيعة هذا المنهج الذي يتصف ببعض التعقيدات التي يمكن أن تؤدي في الكثير من الحالات إلى استبعاد قانون الإرادة، كما هو الشأن في حالة التجزئة غير الإرادية لمكونات العقد.

فيمكن أن يخضع بعض عناصره لقانون غير قانون الإرادة، وهذا حسب ما يراه المشرع ضروريا لحماية مصالح المتعاقدين، ومن ثمة تصبح الرابطة العقدية خاضعة لأكثر من قانون.

رغم تكريس الفقه والقضاء وتبعته في ذلك التشريعات الحديثة مبدأ حرية الاختيار، إلا أنه لم تترك للإرادة مطلق الحرية، كما كانت تتمتع في بداية الأمر، فأصبح القاضي يتدخل حتى في الحالات التي يختار فيها المتعاقدان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

يظهر ذلك جليا عندما يقوم القاضي باستبعاد القانون المختار عندما لا تتوفر فيه بعض الشروط بحيث تفرض على المتعاقدين عند اختيار شروط لازمة التوفر للأخذ باختيارهم، والتي من أهمها.

1- وجود صلة بين القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكم العلاقة العقدية والعقد في حد ذاته أو المتعاقدين

2- إضافة إلى ذلك هناك شرط آخر يتعلق بأن يقع اختيار المتعاقدين على قانون دولة معينة.

فلقد أثبتت الدراسات الحديثة التي أجريت حول هذا الموضوع أنه يمكن للقاضي أن يتجاوز حدود الحق الممنوح له احتياطيا، ليصبح له الحق حتى مع وجود الإسناد الأصلي في اختيار المتعاقدين وذلك من أجل منع وجود عقد بدون قانون يحكمه، نظرا لأن القاضي عندما يتبين له انعدام الشرطين في الاختيار فانه بمساعدة أحد الدفعيين، إما الدفع بالنظام العام إذا توفرت شروطه أو الدفع بالغش نحو القانون إذا توفرت كذلك شروطه يقوم باستبعاد هذا القانون، وبذلك تصبح العلاقة بدون قانون يحكمها فمن المستحيل أن يترك القاضي هذه المسألة معلقة نظرا للأهمية التي يكتسيها تحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، لذلك يقوم هو بهذا الاختيار.

لكن في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن الاختيار يتولى القاضي البحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطه العقدية الذي قد يتم تحديده بأحد الأسلوبين في المجال الدولي، سواء باستعمال ضوابط عامة توجد في كامل العقود أو ضوابط أخرى يستند فيها القاضي لظروف ملابسات التعاقد المتغيرة من عقد لآخر وهذا الأسلوب أصبح معمولا به في قضاء القانون الدولي الخاص حديثا.

إضافة إلى ذلك هناك ما يسمى بالقواعد الآمرة التي نص عليها المشرع في قانونه الداخلي والتي تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري إذ أن هذه الأخيرة تعطل تطبيق قانون الإرادة .

وبالمقابل فحرية التعاقد في مجال عقود التجارة الدولية التي تمنح للمتعاقدين حرية الاختيار تصل مداها في التحكيم التجاري الدولي باعتبارها عدالة اتفاقية تخدم مصالح المتعاقدين بالدرجة الأولى، فلقد أثبتت الدراسة التي أجريناها أن للخصوم حرية كبيرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام المحكم الدولي عكس ما يحدث لو عرض النزاع على القضاء الوطني.

فالخصوم عندما يختارون القانون المطبق على موضوع النزاع لا يكونون مقيدين بالشرطين السابقين بل يمكنهم اختيار قواعد دولية تكون غير صادرة على دولة معينة تعرف "بقانون التجارة الدولية"، كما

يمكنهم اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة دون أن يكون اختيارهم محل استبعاد من المحكم الدولي.

ورغم ذلك إلا انه لا يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي هو تجسيد للنظرية الشخصية التي تمنح حرية مطلقة للمتعاقدین نظراً للقيود التي يفرضها التي يفرضها المحكم على اختيارهم لاحتسابه بضرورة احترام النظام العام الذي له مفهوم واسع امام التحكيم الى درجة اعتبار بعض الشروط المدرجة في العقد التجاري الدولي صحيحة رغم انها تعد باطلة إذا كان قاضي الموضوع هو الذي ينظر في النزاع ومن ضمنها شرط الدفع بالذهب.

ما يمكن قوله من السهل التسليم أن الإرادة هي الحل الوحيد القادر على تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، فقد أصاب الفقه والقضاء باعتباره ضابط إسناد سواء عرض النزاع على المحاكم الوطنية، أو على التحكيم التجاري الدولي، كقاعدة عامة رغم إمكانية اختيار القاضي لهذا الأخير لأن القاضي يقوم باختيار هذا القانون بمساعدة ضوابط وضعها المتعاقدان.

لكن من الصعب جدا التسليم بالحرية المطلقة بل يمكن للقاضي وحتى المحكم فرض قيود لذلك يطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا التقييد هو حماية للأطراف أم تقييد لهذه الحرية، والحقيقة أنها تحمي الأطراف بالدرجة الأولى نظراً لتجنبها احتمالات إضرار بمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من جهة وحماية المصالح العليا للبلاد من جهة أخرى.

وأمام التطورات الراهنة للاقتصاد الدولي فقد أصبحت مهمة الانفتاح على هذا الاقتصاد من بين الشروط التي تملئها المعاملات الدولية، فلا يمكن لأي دولة أن تعيش بمعزل عن الدول الأخرى من حيث تكثيف المبادلات الاقتصادية فيما بينها، ولكن يجب أن يكون هذا في إطار يقر التساوي بين الأطراف المتعاقدة ويستبعد كل ما يمكن أن يؤدي إلى اختلال الفرص في صياغة شروط العقد وجعل العقد يخضع لأحكام القانون وليس لأحكام الإرادة، لأن القانون هو الوسيلة الفعالة لتنظيم العيش في الجماعة وبالتالي فإن الحرية في اختيار قانون العقد التجاري الدولي مقيدة لأن دور الإرادة هو الاختيار وليس الخلق.

لذا يجب العودة إلى أصحاب النظرية الموضوعية التي تمنح للأطراف الحرية في اختيار قانون العقد الدولي لكن في حدود ما تسمح به القواعد الوطنية لحماية الاقتصاد الوطني من بطش الشركات الوطنية.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- باللغة العربية:

1 - الكتب:

1. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989 .
2. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د.د.ن، د.ب.ن، 2003.
3. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، دار الهومة، الجزائر، 2011 .
4. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار الهومة، الجزائر، 2013 .
5. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر د. س. ن.
6. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجدلاوي الأردن 1993 .
7. _____، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين): المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1997.
8. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
9. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول (تنازع القوانين)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000 .
10. سامي بديع المنصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، (تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة)، دارالعلوم العربية، لبنان، 1994 .

11. سعد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، (تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية) : تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004 .
12. _____، الجامع في القانون الدولي الخاص، (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 .
13. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، مصر، 1999.
14. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .
15. _____، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
16. _____، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008 .
17. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 .
18. _____، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007 .
19. _____، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .
20. على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 .
21. _____، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
22. عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية_مركز الأجانب_تنازع القوانين_الإختصاص القضاء الدولي_تنفيذ الأحكام الأجنبية)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

23. **عليوش قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2006.
24. **غالب علي الداودي**، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
25. **محمد إبراهيم علي محمد**، القواعد الدولية الآمرة، (دراسة في امكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.
26. **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، "التشفير"، "التوقيع الإلكتروني")، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
27. **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
28. _____، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، (دراسة تحليلية وتطبيقية) دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003.
29. _____، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004.
30. **ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش**، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
31. _____، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005 .
32. **منير عبد المجيد**، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991.
33. **هشام علي صادق**، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1990.

34. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (دراسة تحليلية ومقارنة للإتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 .

35. _____ ، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

2 - الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ_الرسائل الجامعية:

1- زروتي الطيب، النظام القانوني لعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الأول والثاني رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1991.

2- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

3- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

4- عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

5- قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2012.

ب- المذكرات الجامعية :

1 - مذكرات الماجستير:

1- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2011.

2- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1986 .

- 3- **بن غرابي سمية**، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.
- 4- **جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 .
- 5- **خليفة سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
- 6- **دربة أمينة**، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، 2008.
- 7- **دريد ملكي**، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2011.
- 8- **زاير فاطمة الزهراء**، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.
- 9- **سعد الدين أحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008.
- 10- **شريف هنية**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير "فرع العقود والمسؤولية"، كلية الحقوق العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003.
- 11- **عتيق حنان**، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، 2012.

12- **عيد عبد الحفيظ**، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005.

13- **مسعود بورغدة نريمان**، حل تنازع القوانين لصالح فانون القاضي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2011.

14- **مندي آسيا يسمينة**، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2009 .

2- **مذكرات الماستير:**

1- **بوكلال مبروك**، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الإقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012 .

3- **المقالات:**

1- **فيصل نسيغة**، النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص166 .

2 - **موكة عبد الكريم**، القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس يومي 25-26 أفريل 2010 .

4- **النصوص القانونية:**

أ- **النصوص التشريعية:**

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

2- القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو، سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم .

3- قانون رقم 89-02، مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989، الملغى بالقانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009.

- 4- قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17 لسنة 1990.
- 5- المرسوم التشريعي رقم 93 - 09، مؤرخ في 30 ذي القعدة ل 25 أبريل 1993 والمتعلق بالتحكيم الدولي المعدل والمتمم لأمر 66 -154، مؤرخ في 8 يوليو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 27 أبريل 1993 .
- 6- أمر رقم 01 - 03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 47 لسنة، 2003.
- 7- أمر رقم 03 - 03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003.
- 8- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2004.
- 9- قانون رقم 04 - 02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004 .

ب-الاتفاقيات الدولية

- 1- اتفاقية لاهاي، لسنة 1955، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، المؤرخة في 15 جوان 1955.
- 31: & conventions.text :act ?index.fr php /ch.net/w.w.w.
- 2-اتفاقية روما، لسنة 1980،المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.
- 3- اتفاقية روما1، لسنة 2008، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية المؤرخة في 17 جوان 2008 .
- ثانيا: باللغة الفرنسية:

Les ouvrages :

1- HENRI Batiffol, Paul Lagarde, droit international privé, tome 2 sixième édition , 1976.

2 – PIERRE Baurel yvon Loussouarne, droit international privé, DALLOZ 4eme édition, 1993 .

- Articles en français :

1-FRANCESKAKIS Photion, v°conflits de loi répertoire de droit international Dalloz (1969)n°137

2- SABINE Robert, les lois de police, diplôme de maitrise, droit international privé, faculté de droit de lyon,2010.

الفهرس

فهرس المحتويات

1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول : خضوع العقد الدولي لقيود منهج قاعدة الإسناد
6.....	المبحث الأول :الحالات التي يمكن فيها استبعاد قانون الإرادة عند إعمال قواعد الإسناد
6.....	المطلب الأول :إعمال المسائل الأولية وتأثيرها على قانون الإرادة
7.....	الفرع الأول :القانون الواجب التطبيق على عملية التكيف
8.....	أولاً: إخضاع التكيف لقانون القاضى
10.....	ثانياً:إخضاع التكيف لقانون غير قانون القاضى
10.....	الفرع الثاني : تعارض الإحالة مع مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون المختص
13.....	المطلب الثاني :مجال تطبيق قانون العقد
13.....	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الرضا
20.....	الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب
20.....	أولاً:القانون الواجب التطبيق على المحل
21.....	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على السبب
21.....	الفرع الثالث : حدود الإرادة فيما يتعلق بآثار العقد
21.....	أولاً : آثار العقد بالنسبة للأشخاص
22.....	ثانياً: آثار العقد بالنسبة للموضوع
	المبحث الثاني: إخضاع العقد الدولي لحكم القانون في اطار الاتجاه المقيد لتحديد القانون المختص
25.....	المطلب الأول: مضمون فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون
26.....	الفرع الأول: الأساس الذي تقوم عليه فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون
28.....	الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

- 30.....الفرع الثالث: منهج الأداء المميز في العقد.....
- 33.....المطلب الثاني: النتائج المترتبة من فكرة إخضاع العقد لحكم القانون.....
- الفرع الأول : احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية وإمكانية إبطال العقد وفقا للقانون المختار.....
- 33.....
- أولا :إحتفاظ القانون المختار بصفته القانونية.....
- 33.....
- ثانيا :إمكانية إبطال العقد وفقا للقانون المختار.....
- 33.....
- الفرع الثاني: اشتراط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد والاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة....
- 35.....
- أولا :إشتراط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد
- 35.....
- ثانيا : الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة.....
- 41.....
- الفرع الثالث :رفض الاحالة والسماح للمتعاقدین باختیار أكثر من قانون واحد.....
- 44.....
- أولا : رفض الإحالة.....
- 44.....
- ثانيا :السماح للمتعاقدین باختیار اكثر من قانون واحد.....
- 45.....
- الفصل الثاني :خضوع عقود التجارة الدولية لحكم القواعد الآمرة.....
- 48.....
- المبحث الأول :تدخل النظام العام لاستبعاد قانون الإرادة.....
- 49.....
- المطلب الأول :فكرة النظام العام
- 49.....
- الفرع الأول :تعريف النظام العام.....
- 50.....
- الفرع الثاني :تطور فكرة النظام العام.....
- 53.....
- أولا : النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي.....
- 54.....
- ثانيا : النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق
- 55.....
- الفرع الثالث :خصائص النظام العام.....
- 56.....
- أولا : فكرة النظام العام فكرة وطنية.....
- 56.....
- ثانيا : فكرة النظام العام فكرة نسبية.....
- 57.....
- ثالثا: فكرة النظام العام فكرة وقتية.....
- 58.....
- الفرع الرابع :التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.....
- 59.....

59	أولا :من حيث الاعتراض
59	ثانيا:من حيث الآثار
60	ثالثا:من حيث الوظيفة
61	المطلب الثاني :اعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف
61	الفرع الأول: شروط أعمال الدفع بالنظام العام
61	أولا : أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا
61	ثانيا :أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي
62	القاضي
63	ثالثا : أن تكون المخالفة للنظام العام حالية
64	الفرع الثاني :آثار الدفع بالنظام العام
64	أولا : الآثار العامة للدفع بالنظام العام
67	ثانيا : الآثار المخففة للنظام العام
69	ثالثا :آثار الانعكاس للنظام العام
70	المبحث الثاني :تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري
71	المطلب الأول: مفهوم قواعد ذات التطبيق الضروري
73	الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري
74	أولا: قوانين البوليس والأمن
74	ثانيا: القواعد فورية التطبيق
74	ثالثا: قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي
76	الفرع الثاني :تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد
76	أولا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن القواعد ذات التطبيق المباشر
77	ثانيا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن المنهج قاعدة الإسناد المزدوجة
77	ثالثا: تمييز قواعد التطبيق الضروري عن منهج التنازع
77	الفرع الثالث: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

78.....	أولاً: المعيار الشكلي.....
78.....	ثانياً: المعايير الفنية.....
80.....	ثالثاً: المعايير الغائية.....
81.....	رابعاً: المعيار العقلاني.....
81.....	المطلب الثاني :إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري.....
82.....	الفرع الأول :إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون القاضي.....
83.....	الفرع الثاني : إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية.....
84.....	أولاً : إعمالاً القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية من خلال فكرة الإسناد الإجمالي.....
	ثانياً: إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق
85.....	أصلاً أمام القاضي.....
85.....	الفرع الثالث: تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري.....
86.....	أولاً : التنازع السلبي.....
86.....	ثانياً: التنازع الإيجابي.....
87.....	الفرع الثاني : مجالات إعمال القواعد التطبيق الضروري في الجزائر.....
91.....	خاتمة.....
94.....	قائمة المراجع.....

أولا: الملخص باللغة العربية

إذا كان الأصل هو خضوع عقود التجارة الدولية للقانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أن هناك مسائل تخرج عن نطاق الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للأهلية التي تخضع لقانون الجنسية، كما أن القاضي يمكن له أن يستبعد القانون المختار عندما يقوم بتكييف النزاع. وما يبين كذلك عدم ملائمة الاختيار التنازعي للعقد هو ما يمكن أن تقوم به قواعد الإسناد في استبعاد قانون الإرادة كما هو الشأن في نظام الإحالة. وبعدها ظهر اتجاه فقهي يريد تحرير العقود الدولية من هيمنة القانون، ظهر اتجاه فقهي آخر يريد إخضاع العقد لحكم القانون. كما ذهب بعض الشراح إلى البحث عن حل وسط بين حق الإرادة من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة و قد وجدوا فكرة يتم من خلالها إخضاع العقد التجاري الدولي لحكم القواعد الآمرة المتمثلة في النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري.

ثانيا باللغة الفرنسية:

Si le principe, des contrats de commerce international sont soumis à la loi choisie par les parties au contrat, il n'en reste pas moins qu'une telle règle comporte des exceptions ; Il en est ainsi de la soumission de la capacité à la loi de la nationalité et de la possibilité pour le juge d'écarter l'application de la loi choisie en qualifiant le conflit. A cela, s'ajoute l'exclusion de cette dernière par les règles de rattachement, tel est le cas du régime du renvoi. Devant une telle situation, s'est apparu un courant doctrinal qui plaide pour la libération des contrats du commerce international de l'emprise de la loi est qui d'autre pour leur soumission à celle-ci. Par ailleurs, une partie de la doctrine propose une solution conciliante la loi de volonté d'une part et les exigences des règles impératives applicables au contrat d'autre part, et ce, en mettant en avant l'idée de la soumission du contrat du commerce international aux règles impératives ayant trait à l'ordre public.