جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

التجزئة الإرادية وغير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي (دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص:القانون العام للأعمال

من إعداد الطالبتين: تحت إشراف الأستاذ:

عيد عبد الحفيظ

- زقان فوزية
- زقان رزيقة

لجنة المناقشة

1. سقلاب فريدة.....رئيسا
2. الأستاذ عيد عبد الحفيظ.....مشرفا و مقررا
3. بلاش ليندة..... ممتحنا

السنة الجامعية 2014 -2015

بسم الله الرحمن الرحيم

تقدير و شكر

قال الله تعالى:"وإذ تأذّن ربّكم لئن شكرتم لأزيدنّكم..."

الآية (07)

سورة إبراهيم

أول الشكر وآخره لله العليم الخبير الذي لولا فضله لما كان لهذا العمل أن يرى النور

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل"عيد عبد الحفيظ"الذي تكرم علينا بقبوله الإشراف على مذكرتنا ،كما أنه لم يبخل علينا نصائحه وتوجيهاته السديدة طيلة تحضيرنا لهذه المذكرة

فجزاه الله خيرا

كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة المتواضعة

ونتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع من قريب أو من بعيد.

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى جدي و جدتي العزيزين حفظهما الله

إلى من تنحني هامتي له خجلا أبي

إلى من حملتني وهنا على وهنا أمي

إلى من أشد بهم أزري ،إخوتي وأخواتي كل باسمه

إلى عمي الذي ساندي كثيرا

إلى زميلتي رزيقة التي تقاسمت معي تعب هذا العمل المتواضع

كل عائلتها صغيرها وكبيرها،

إلى كل صدقاتي كل واحدة باسمها، وزملائي في الدراسة

فوزية

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي:

إليك والدتي : يا من احترق كبدك وأسقيتني من ماء حنانك

تقبلي مني جهدي المقل مع آلاف القبلات

إليك والدي:

أهديك ثمرة هذا الجني كما كنت تتقاسم معي بركات ما لديك

إلى أخواتي وأخواني:

جعلهم الله لي سندا ما بقيت حية

إلى زميلتي فوزية التي تقاسمت معها تعب هذا العمل

إلى كل الأصدقاء والصديقات كل باسمه

أسأل الله لهم كل خير سأله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

رزيقة

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

ج.ر : الجريدة الرسمية.

د.ب.ن : دون بلد النشر

د.س.ن : دون سنة النشر.

د.د.ن:دون دار النشر

ص : الصفحة .

ص ص:من الصفحة .....إلى الصفحة

ف : فقرة.

الق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

الق.الد.الخ:القانون الدولي الخاص

ق.إ.م.إ:قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ثانيا:بالغة الفرنسية

N° : Numéro.
O.P .U : Office de publication universitaire .
P : Page

مقدمة

تمثل التجارة الدولية أهمية بالغة في حياة الشعوب و لهذا وجه إليها الاهتمام منذ القديم وحتى يومنا هذا نظرا لما تلعبه من دور حيوي وفعال في بناء التقدم الاقتصادي لهذه الشعوب وإزاء هذه الأهمية ارتقت التجارة الدولية إلى أعلى سلم للعلاقات الدولية بالنظر لما تلعبه من دور أساسي في تقييم مستوى التبادل وازدياد أنواع المبادلات التجارية واتساع حجمها وهذا ما أثر بحجم كبير في تنوع الوسائل القانونية التي تدعمها ،وان كان نمو اقتصاد الدول يعتمد على زيادة التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجه ضمان استمرار هذه العقود وأصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حل للمشاكل القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول، تعتبر المبادلات التجارية من أقدم المعاملات التي يتجلى دورها في توفير الحاجات الضرورية للعيش بأمان، وبتطور هذه المستلزمات عبر مختلف الأزمنة إلى أن احتلت مركز الصدارة في العلاقات التجارة الحديثة أدى إلى الدفع بالتعامل التجاري على الصعيد الدولي أن يترتب عليه نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي وتكمن في أنها علاقات قانونية خاضعة للقانون الدولي الخاص بموجب اتفاق أو عقد يبرمه أطراف التعاقد، والتعامل فيه يكون وفقا للقواعد والأعراف والعادات التجارية الدولية[1] .

العقد هو اتفاق يبرم بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل أو الامتناع عنه حسب ما نصت عليه المادة 54من القانون 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري[2]،فقد يبرم العقد بين أشخاص من القانون الداخلي في دولة واحدة سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي أو بين أشخاص في أكثر من دولة ، وعلى هذا النحو يكون العقد إما عقدا داخليا وذلك إذا ارتبطت جميع عناصره بدولة واحدة ويخضع حينئذ للقانون الداخلي،ويكون عقدا دوليا إذا تضمن عنصرا أجنبيا يؤثر في خضوعه للقانون الداخلي أو القضاء الوطني، وقد ثار خلاف فقهي حول تحديد المعيار المميز للعقد الدولي بين اتجاه يتبنى المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد واتجاه يؤكد المعيار الاقتصادي للتحديد تلك الصفة وظهر اتجاه ثالث يحاول التوفيق بين المعيارين،فالعقد بهذا المعنى هو الوسيلة الفنية التي من خلالها تتم مختلف العلاقات الاقتصادية و التجارية حيث يمكن أن تكون هذه المبادلات التجارية ذات طابع داخلي أو ذات طابع دولي.

ومن بين المسائل التي تثار في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي نجد مسألة القانون الواجب التطبيق حيث أن هذه العلاقات تتميز بطابعها الدولي لتجاوزها حدود دولة واحدة في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية والمتمثلة في الأطراف ،المحل والسبب .

ويحكم العقد الدولي بصفة عامة والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة مبدأ هام وهو مبدأ سلطان الإرادة ،ويختلف مفهوم هذا المبدأ في العقود الداخلية عنه في العقود الدولية فبينما يقصد به

[1]-عيد عبد الحفيظ ، مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،فرع قانون الاعمال ،جامعة تيزي وزو، 2005،ص1

[2]-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 /1975/09 المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر عدد 78 ،الصادر بتاريخ 30سبتمبر1975،المعدل والمتمم.

في نطاق القانون الداخلي أن إرادة الأطراف حرة في تحديد مضمون العقد وأثاره بشرط أن لا يتنافى مع المصلحة العامة ،فإن الأمر على خلاف ذلك في نطاق القانون الدولي حيث لا يقتصر سلطان الإرادة على تحديد مضمون العقد وأثاره بل يتعداها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص في المنازعات الناشئة عنه.

مبدأ سلطان الإرادة مؤداه إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في تعيين القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، وقد اتفق الفقه إن طبيعة العقد الدولي لا تحتمل الخضوع لقانون داخلي معين أوان يفرض عليها نظام قانوني معين، لذلك اعتبروا هذا المبدأ هو الحل الأنسب لحل مشكلة تنازع القوانين باعتبار أن هذا النوع من العقود يثير مشكلة مرتبطة باتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد، وهكذا تم إرساء هذا المبدأ في فقه القانون الدولي الخاص و تأثرت به مختلف التشريعات الوطنية للدول.

رغم استقرار الفقه حول إخضاع العقد لمبدأ سلطان الإرادة ،الذي أختلف حول الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ ،وكذا نطاق فكرة حرية الإرادة، بمعنى مدى اعتبار الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اختيار القانون الذي تخضع له علاقتهم القانونية مطلقة أم أنها مقيدة، وانقسم الفقه في هذا الشأن إلى نظريتين أساسيتين وهما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حيث ترتكز الأولى على استقرار مبدأ الإرادة وإطلاق حرية الأطراف، ومن المسلمات التي يقوم عليها أصحاب هذا الفكر هي اندماج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية، وحسب هذا الرأي فإن الأطراف يخضعون عقدهم إلى نظام قانوني يصغونثص قواعده بأنفسهم. فالعقد الدولي يخرج من دائرة التنازع القوانين ولا يقيد بأي قيد مهما كان، وكان نقد هذه المسلمات أساس قيام نظرية أخرى حيث جاءت معاكسة تماما لما جاءت به النظرية الأولى، فاعتبرت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة بل يستمدها الأطراف من النصوص القانونية التي وضعها المشرع فهذا الفقه بنا أساس اختيار العقد على الإرادة الحرة في حدود القانون فالإرادة قادرة على اختيار قانون العقد بمقتضى قاعدة إسناد مستمدة من إرادة المشرع.

إن اتصاف العلاقة القانونية بالصفة الدولية لاتصال عناصرها بأكثر من قانون يقضي إلى تداخل اختصاص كل منها في حكمها مما يطرح مشكلة التنازع ،ومن ثم ضرورة البحث عن وسيلة أو طريقة لحل التنازع ،وصولا إلى تناسق في تطيق تلك القوانين .

وامام الوضعين المعروضين، الا وهما حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد وتزاحم عدة قوانين لحكم الرابطة العقدية، تفرض وضعية اخرى نفسها وهي ظاهرة التجزئة وإخضاع العقد الأكثر من قانون واحد، هذه ظاهرة تفيد إخضاع العقد أو المركز أو العلاقة القانونية الواحدة لأكثر من نظام قانوني واحد،وعلى هذا النحو فإن مشكلة التجزئة في القانون الدولي الخاص قد يكون موضوعها

المركز أو العلاقة القانونية وقد يكون موضوعها القانون الواجب التطبيق على المركز او العلاقة القانونية[3] وهذه الأخيرة هي موضوع بحثنا

ترتبط التجزئة في نطاقها بالفقه الذي منح الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ،وهذا الوضع يمنح للمتعاقدين الحرية في اختيار الجهة القضائية التي ستنظر في النزاعات التي قد تقوم بينهم ،فالعقود الدولية نظرا لاشتمالها على العنصر أجنبي وتجاوزها حدود دولة واحدة لم يعد القضاء الوطني قادرا على مواجهة الإشكالات المطروحة امامه بشأن العقود وهو ما أدى إلى افعال دور مراكز التحكيم باعتباره القضاء الذي يحمي الخصوصية التي يتمتع بها هذا النوع من العقود، والاختلاف يبدوا واضحا بين جهات القضاء الوطني وجهات قضاء التحكيم سواء من حيث الإجراءات المتبعة أمام كلتا الجهات آو من حيث الموضوع، ومن الطبيعي أمام هذا الاختلاف ان تتباين المواقف المتخذة في شأن حرية الأطراف في اختيارها لقانون العقد وكذلك موقفها من تجزئة العقد .فالمحاكم التحكيم المختصة بالفصل بالإضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق الملائم لحسم النزاع مستند إلى إرادة الأطراف، فزيادة على ذلك فان كانت العدالة القانونية هي بذاتها تقبل التجزئة فإنها مجبرة على تعداد القوانين ليكون هناك نوع من عدالة القانونية على مختلف جوانب العقد، فعند عرض النزاع أمام المحكم الأطراف يملكون حرية أوسع وتظهر إرادتهم في الاختيار قانون العقد وما يترتب عنه من نتائج أكثر من تلك الممنوحة لهم أمام القاضي الوطني.

في حالة عرض النزاع على القاضي الوطني واختيار الأطراف لقانون أجنبي عن قانون القاضي ورغم أن المشرع يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية في دولته إلا إن هذا لا يعني منح توقيع على بياض لتطبيق هذه القوانين دون أي قيد في ذلك ،فحريتهم مقيدة بحيث ان هناك مسائل لا تقبل طبيعتها إن يطبق عليها قانون الإرادة فالقانون المختار لا يطبق بشكل عام على كل جوانب العقد فهناك جوانب تستبعد من نطاق تطبيقه، وهما شكل العقد وأهلية التعاقد فتندرج هذه المسائل في أفكار مسندة لوحدها مما يدعوا القاضي إلى استبعادها من القانون المختار وتطبيق القانون الأنسب عليها .

في حالة تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي، فهذا الأخير لا يمكن أن تشمل معرفته لكل قواعد القانون المختار، فعند محاولة تطبيقه على النزاع قد يصادف أن تخالف قاعدة من قواعده الأسس الجوهرية في دولة القاضي ومن غير المقبول ان يطبق القاضي قانون أجنبيا يتعارض مفهومه مع المبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولته وهو ما يعرف بالنظام العام ، كما أن هناك قواعد في قانون القاضي تعتبر من القواعد الآمرة حيث لا يمكن للإطراف الاتفاق على مخالفتها أو تطبيق قانون آخر دونها وهي قواعد تقوم بحماية المصالح العامة للمجتمع وهي القواعد ذات التطبيق المباشر.

فمبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ هام لحل مشكلة تنازع القوانين الا انه تثور حوله عدة مسائل من بينها نطاق هذه الإرادة ومدى حرية المتعاقدين في استعمال هذه الإرادة ،فإدراك الاحترام المتطلب لإرادة المتعاقدين التي تكمن في التسليم بقدرتهم على اختيار قانون العقد ،عليه فتحت هذه

الأفكار مجال لتساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في تجزئة العقد بإرادتهم وعما اذا كانت هذه التجزئة دائما بالا رادتهم ؟

هذه هي التساؤلات التي سنحاول الإجابة عليها من خلال بحثنا المتواضع من خلال تقسيم الدراسة إلى فصلين حيث جاء الفصل الأول تحت عنوان التجزئة الإرادية للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، أما الفصل الثاني نتعرض فيها إلى فكرة التجزئة غير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على هذه للعقود.

إن طبيعة موضوع البحث فرضت علينا في دراسته الجمع بين أكثر من منهج،التحليلي لكونه يساعدنا على ضبط مدى حرية المتعاقدين في تجزئة قانون العقد ومجالها في كل من القوانين الوطنية والتحكيم،كما يمكن الاستعانة بخبرة القانون المقارن في هذا المجال،لاسيما أن موضوع البحث له صلة وثيقة بمعاملات التجارة الدولية ،ولقي اهتمام معظم التشريعات المقارنة وحاولنا أن تكون هذه الدراسة مستندة إلى أراء فقهية وواقع عملي ، كما تمت الإشارة إلى بعض الأحكام التي وردت في الموضوع.

الفصل الأول

التجزئة الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

تأصيل فكرة الإرادة جاءت كنتيجة لاعتبار الإرادة مصدر للحقوق الشخصية وهذا ما أدى إلى الاعتراف للمتعاقدين باختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم،فكان فقهاء القانون الدولي الخاص أول من استخدم هذا المصطلح واعتبروا الإرادة أداة خالقة للقانون، [4] و تشير مؤلفات في مجال القانون الدولي الخاص أن الفقيه الفرنسي " ديمولان" " **Dumoulin**"هو أول من نبه إلى إمكانية خضوع العقد لقانون الإرادة ذلك عندما أقر بأن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون موطن الزوجية باعتبار أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد انصرفت إلى تطبيق هذا القانون، و على هذا الأساس اعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة كحل لتنازع القوانين[5]، و هذا ما أخذت به التشريعات الحديثة بمختلف توجهاتها السياسية و الاقتصادية.

إن استقرار قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، لم يتم بشكل نهائي إلا في نهاية القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين، إلا أن الخلاف استمر مع ذلك حول ما إذا كان هذا الاختيار يعود إلى مطلق سلطان الإرادة و هو ما يخول للمتعاقدين حرية طليقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية الدولية ، أم أن اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العقود يستند على العكس إلى إرادة المشرع الذي منح للمتعاقدين القدرة على الاختيار كحل لمشكلة تنازع القوانين، حيث أرجع سلطان اختيار المتعاقدين الى قوة القانون[6].

ترتبط مشكلة مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون ليحكم العقد الدولي بمشكلة أخرى تطرح نفسها هي الأخرى في مجال تنازع القوانين، و هي مشكلة تجزئة العلاقة العقدية و السماح بتطبيق أكثر من قانون واحد على هذه العلاقة[7]، وفي هذا الصدد نتصدى لنظريتين أساسيتين متناقضتين و هما، النظرية الشخصية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة المطلقة التي تؤدي إلى إفلات العقد من حكم القانون والأخذ بهذا الفرض ينتج عنه أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد و اختيار أكثر من قانون بإرادتهم، أما الثانية فهي النظرية الموضوعية التي تقضي بالعكس،بتركيز العقد وإخضاعه لحكم القانون، وهي أيضا خولت للمتعاقدين الحق في تجزئة العقد، و تختلف عن النظرية الشخصية حيث أنهم وضعوا قيودا على حرية المتعاقدين في هذا الصدد حتى لا تؤدي هذه التجزئة إلى إفلات العقد من حكم القانون (المبحث الأول)، وكان لهذا النقاش الفقهي الذي تميز بجدال واختلاف كبيرين أثار على القوانين الوضعية للدول حيث اتفقت مختلف الدول على الأخذ بمبدأ

[4] -هشام علي صادق، المرجع السابق، ص21.

[5] - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة لتنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2003، ص410.

[6] - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، مصر، 2000 ، ص67.

[7] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص366.

سلطان الإرادة كأحد المبادئ التي يعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ونجد أن الاتفاقيات الدولية أخذت هي الأخرى بذلك لغرض التقليل من مظاهر تنازع القوانين.[8]

نظرا لدولية هذه العقود فيمكن عرض النزاع القائم فيها إما على القضاء الوطني أو على قضاء التحكيم،وأمام هذا الاعتراف المتبادل والاتفاق بين التشريعات حول إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة نتساءل عن وضع مسألة التجزئة الإرادية لقانون العقد الدولي فهل يحتفظ الأطراف بهذه الحرية المنوحة لهم بحيث يحق لهم إخضاع عقدهم لأكثر من قانون واحد، وهل تختلف هذه المسألة في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني عنه في قضاء التحكيم، والإجابة على هذه الإشكالية ستكون محور دراستنا في (المبحث الثاني) من هذا الفصل .

[8]-عقون ناصر، ازرارسعيدة، القانون الواجب التطبيق على غقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الاقتصادي وقانون الأعمال ، تخصص القانون العام للاعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية،2013 ،ص19

المبحــث الأول

التجزئة الإرادية للقانون الواجب التطبيق لدى فقه القانون الدولي الخاص

تأثر التنظيم القانوني للعقود الدولية بالصراع الاديولوجي الذي نشأ نتيجة لتطور الفكر الإنساني وكان من الطبيعي أن يفرز هذا الصراع أثاره على الدور الذي تقوم عليه الإرادة في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية خاصة إن هذه الأخيرة تتصل أكثر من نظام قانوني واحد[9]. واستقر في القانون الدولي الخاص مبدأ قانون الإرادة وهو مبدأ يعبر عن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له عقدهم وهذا ما أكد حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد وذلك في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ،لكن رغم هذا الاستقرار في تطبيق قانون الإرادة إلا آن الشراح اختلفوا فيما بينهم فهناك اتجاه يرد اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة وهو ما يخول للمتعاقدين الحرية الطليقة في تحديد القانون المطبق على العلاقات العقدية الدولية ،وبين اتجاه أخر يسند اختيار المتعاقدين إلى إرادة المشرع الذي منح لهم القدرة على الاختيار لحل مشكلة تنازع القوانين [10]

وبذلك يتبين المقصود من عبارة طبيعة دور الإرادة في تحديد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي التي يتنازع في تحديدها نظريتان، النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية . ومن أهم النتائج المترتبة على الأخذ بهذه النظريات هي إمكانية التجزئة قانون العقد حيث إن تمكين المتعاقدين من اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية الدولية مبدئيا هو اتجاه يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تتيح للمتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد ، إلا انه كما سنرى فقه النظرية الموضوعية بدوره يتيح للمتعاقدين الحق في التجزئة وإخضاع العقد لأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المتطلبة في العقد مع تقييد هذه الحرية بقيدين لا يمكن الخروج عنها .

وعلى هذا الأساس ارتأينا إلى تقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول:تجزئة قانون العقد في إطار النظرية الشخصية.
- المطلب الثاني:تجزئة قانون العقد في ظل النظرية الموضوعية.

[9]-محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية (بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 9

[10]- بن غرابي سمية ، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص102.

المطلـــب الأول
إطلاق حرية الأطراف في تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

ذهب أنصار المدرسة الشخصية إلى إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد استنادا إلى ما للإرادة من سلطان غير مقيد في هذا الصدد ، ويرتب المناصرين لهذا الاتجاه الذي يقدس الحرية الفردية نتيجة هامة وهي قدرة المتعاقدين على تحرير العقد من الخضوع لقانون دولة معينة ، بحيث يبقى العقد طليقا لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط تعاقدية اتفق عليها الطرفان[11] وتحرير العقد من سلطان القانون يثير مسالة أخرى وهي إمكانية التجزئة قانون العقد ومنح المتعاقدين القدرة على اختيار أكثر من قانون للعقد لتنظيم جوانبه المختلفة ، فيؤكد أنصار النظرية الشخصية انه يحق للمتعاقدين انتقاء الأحكام من قانون أو قوانين التي تم اختيارها حيث تندمج هذه الأحكام المنتقاة على هذا النحو في العقد لتصبح جزء منه .

وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا في هذا المطلب كما يلي:

- الفرع الأول: أساس إطلاق حرية الأطراف في التجزئة قانون العقد الدولي
- الفرع الثاني: نتائج فكرة الاندماج وآثارها على فكرة التجزئة

الفـــرع الأول
أساس إطلاق حرية الأطراف في تجزئة قانون العقد الدولي

إذا كان العقد الدولي كما هو معروف يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد فقد استخلص أنصار النظرية الشخصية التي تنتمي إلى تعاليم المذاهب الفردية أنه قد أصبح على هذا النحو عقد يفلت من أي نظام قانوني وذلك خلافا لعقود القانون الداخلي، فأنصار المدرسة الشخصية أخرجوا العقود الدولية من دائرة التنازع وأخضعوها لسلطان الإرادة، و هكذا تندمج أحكام القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين في العقد المبرم بينهم و تعامل على هذا النحو معاملة الشروط التعاقدية[12]. و تصبح هذه الشروط نظام قانوني جديد من خلق الإرادة وهذا النظام هو الذي يحكم العقد .

من المبادئ التي تستند عليها هذه النظرية أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ السلطان المطلق للإرادة وقدرتها على إنشاء عقد بلا قانون contrat sans loi، فالحقوق توجد قبل القانون وهي مستقلة عنه[13].

يذهب هذا الاتجاه نحو تخليص العقد من كل القوانين ليصل عقدا طليقا أو عقد بلا قانون،بمعنى الاكتفاء بما ورد في العقد ذاته من بنود أو التفصيلات كالنظام قانوني خاص به يصلح لتفسيره وتنفيذه و تسوية ما ينشأ عنه من منازعات وبتالي تصبح الحقوق التي بناها العقد تخضع

[11]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص417

[12] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص130

[13] - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 442.

لنظام قانوني مستقل ناشئ عن اتفاق الطرفين ، فلا يكون للمشرع إن يغير ما سيطبق على العقد من قواعد دون إن يكون هناك مجالا للاحتجاج بالقواعد الآمرة أو النظام العام، حيث يقتصر دور القاضي على تطبيق العقد كما لو كان يطبق قانونا [14] لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين فإذا ما تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما .

يذهب أنصار النظرية الشخصية إلى الاعتراف للمتعاقدين بحق اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيرا عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم ،وبهذه المثابة تسمو إرادة المتعاقدين فوق القانون، والذي يستمد بالتالي قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية، حيث تملك الإرادة استنادا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة حق الاختيار المادي لأحكام التي تنظم الرابطة العقدية والتي تفلت على هذا النحو من سلطان القانون. ومن الأسس التي تقوم عليها النظرية الشخصية أيضا إخراج العقد الدولي من دائرة تنازع القوانين حيث أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناءا على قاعدة من قواعد تنازع القوانين إنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة .

إن تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد عملا بمبدأ سلطان الإرادة من شأنه أن يؤدي إلى اندماج هذا القانون في العقد[15]،وفكرة الاندماج هي طريقة يصبح فيها القانون المختار مجرد شرط تعاقدي شأنه في ذلك شأن باقي بنود العقد حيث يفقد صفته كقانون، و القانون هنا ينصهر في العقد و يصبح بمثابة حكم فيه و كأنه من صنع الأطراف المتعاقدة فاستنادا إلى ما يتمتعون من استقلال و حريتهم تمكنهم من استعارة ما يشاءون من قواعد قانون وطني الملائمة لتنظيم العقد و إدماجها فيه[16].

يتم الإدماج عادة عن طريق تبني قواعد القانون المختار و إعادة الصياغة المادية لها ضمن بنودهم أو بالإحالة إلى قواعد ذلك القانون لتفادي إثقال شروط العقد، و الاندماج يتيح للأطراف حق اختيار أي قانون لحكم العقد و لو لم يكن بينه و بين العقد أية صلة بل يمكنهم انتقاء ما يشاءون من أحكامه و استبعاد ما لا يرغبون فيه من قواعده حتى و إن كانت آمرة، و يكون العقد طليقا عند إعمال لمبدأ سلطان الإرادة. و اندماج القانون المختار في العقد لا يمكن تصوره إلا في الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد أو الاستخلاص القاطع لهذا للاختيار من ظروف الحال، أما لو لم تكن إرادتهم في هذا الشأن واضحة فيصعب تصور الاندماج[17].

أولا: الاختيار الصريح

يقصد بالاختيار الصريح الإرادة الحقيقية و المعلن عنها صراحة في عقد كأن يعبروا صراحة عن اتفاقهم عن القانون الذي يحكم العقد كأن يرد مثلا أن العقد المبرم بينهما يخضع لقانون دولة معينة، فالقاضي في هذه الحالة لا يمكن له الخروج عن هذا القانون و يعتد به ما دام العقد يتصف

[14]-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ،دارالفكرالجامعي،مصر،2006،ص196

[15]-محمود محمد ياقوت ،الروابط العقدية الدولية،المرجع السابق،ص11

[16] - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 438.

[17] - شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008،ص ص 40-42

بالصفة الدولية، وهو التعبير الصريح الذي يفصح بذاته وبصورة مباشرة عن الإرادة، كأن يتفق الأطراف بعبارات صريحة على طبيعة القواعد القانونية التي تحكم موضوع نزاعهم بالقول بان النزاع الذي يثور بينهما ويخضع لقواعد محددة، سواء تم هذا التعيين عن طريق احد بنود العقد المبرم بينهما أو بموجب اتفاق مستقل عن العقد الأصلي[18] .

الاختيار الصريح هو عنصر من عناصر الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فهو يرفع عن القاضي أو المحكم عبء البحث عن نظام التنازع الواجب التطبيق فما على المحكم إلا أن يطبق القواعد الملائمة من النظام الذي وقع عليه الاختيار[19] .

لكي يأخذ بالاختيار الصريح للمتعاقدين في اختيار المطبق على العقد التجاري الدولي يجب توفر شروط من بينها :

- وجود صلة بين القانون المختار والعقد .
- العلم بمضمون القانون المختار[20].

ثانيا: الاختيار الضمني

تثور الصعوبة عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد فيتدخل القاضي للكشف عن الإرادة الضمنية من خلال قرائن قد تكون ذاتية تستمد من الرابطة التعاقدية أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف و ملابسات الحال[21].

كما يمكن للقاضي استخلاص هذه الإرادة من مختلف الظروف المتصلة بالعقد فيمكن استخلاص هذه الإرادة من استخدام المتعاقدين لمصطلحات معروفة في قانون معين أو كتابة العقد بلغة أو من جنسية المتعاقدين أو اشتراط الدفع بعملة معينة[22].

يعد التعيين الضمني للقانون الواجب التطبيق الصورة الأخرى من صور التعبير عن الإرادة وهي إرادة حقيقية ولكن غير معلن عنها ،يمكن استخلاصها من مجموعة الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وذلك من خلال إعمال المؤشرات العامة والخاصة[23] .

و قد سبق للقضاء الفرنسي أن استعمل هذه القرائن لتحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن بيانه، كاستعماله لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين و تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين[24].

---

[18]- العجلوني أحمد خالد ، التعاقد عن طريق الانترنت، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 ،ص37.

[19]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص214.

[20]- شويرب خالد،المرجع السابق،ص42.

[21] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 319.

[22] - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن للعقود الدولية في قانون التجارة الدولية،دار الكتاب الحديث،مصر،1999، ص268.

[23]- خلاف فاتح ،مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل،2007،ص 37.

[24]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 320.

الفــرع الثــاني

النتائج المترتبة عن فكرة اندماج العقد وأثرها على تجزئة قانون العقد الدولي

إذا ما تم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد دولي بالاختيار المادي أي وفقا للمفهوم المطلق لسلطان الإرادة، يترتب عن ذلك عدة نتائج وهي: إنزال القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية وتجريده من صفته القانونية (أولا)، عدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة (ثانيا)، عدم اشتراط وجود صلة بين القانون المختار و العقد (ثالثا)، عدم إمكانية إبطال العقد و رفض فكرة الإحالة (رابعا)وهذه النتائج أثرت على تجزئة قانون العقد.

أولا: إنزال القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية وتجريده من صفته القانونية

إن تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد يؤدي إلى اندماج هذا القانون في العقد و على هذا الأساس تعامل أحكام القانون المختار التي اندمجت في العقد و أصبحت مجرد شروط تعاقدية معاملة الوقائع أمام القضاء الوطني سواء من حيث إثباتها أو من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسيرها حيث أن القاضي لا يلتزم بإقامة دليل، إنما يتعين على الخصم المتمسك بتطبيق هذا القانون إثبات أحكامه و كما هو الشأن بالنسبة للوقائع حيث أنه على الخصوم التمسك بوقائع الدعوى إضافة إلى ذلك فان المحكمة العليا لا تراقب أحكام القانون المختار باعتبارها من مسائل الواقع التي تخرج من اختصاصها[25].

أي أن القانون المختار يفقد صفته القانونية و تكون أحكامه واجبة التطبيق بصرف النظر عن إرادة القانون المختار في الانطباق على العلاقة التعاقدية المطروحة.[26]

استنادا إلى النظرية الشخصية و فكرة الاندماج فانه يمكن للأطراف استعارة ما يشاءون من قواعد القانون الوطني الملائمة لتنظيم عقدهم و يفلت العقد الدولي بذلك من حكم القانون لأنه فقد صفته القاعدية caractère normative الملزمة كقانون و يمكن للأطراف استبعاد أحكامه الآمرة أي أن يصبح عقد طليق.

الاعتراف للأطراف بحقهم في الاختيار مؤداه أيضا اللجوء إلى اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية مستخلصين من كل منها النصوص التي تحقق صالحهم وتلائم ظروف التعاقد وهذا ما يعني تجزئة قانون العقد.

ثانيا: عدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة

الثبات التشريعي يعني تحميد قانون العقد الدولي على الحالة التي كان عليها وقت الإبرام أي عدم سريان أي تعديلات لاحقة على مرحلة الإبرام، و شرط الثبات التشريعي ترمي إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد أي عدم سريان تعديلات أو تغييرات التي تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد[27].

---

[25]- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،المرجع السابق، ص 281.

[26]- عمران علي سائح، التحكيم و القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتورة الدولة في القانون، جامعة الجزائر، 2006، ص132.

[27]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 437.-439

و يعتبر الثبات التشريعي من أهم النتائج التي تترتب على اندماج القانون المختار في العقد و هي نتيجة تقوم على فكرة منطقية مؤداها أن المتعاقدين قد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزء من عقدهم و على هذا النحو فان اختيارهم قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكورة السارية عند إبرام العقد ما لم يتفق المتعاقدين على خلاف ذلك[28].

حيث أنه يصعب تغيير نص صريح في عقدهم افتراضا لانصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه في فترة زمنية لاحقة.[29]

يستجيب التجميد الزمني لقانون الإرادة لاعتبارات تتمثل في تشجيع الطرف الأخر لتعاقد ولتحقيق الاستقرار المتطلب في الروابط العقدية الدولية وسريان التعديلات التشريعية اللاحقة لهذا القانون بأثر رجعي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ,والمتعاقدين في هذا التصرف القانوني يختارون أكثر من قانون لتنظيم عقدهم والقوانين المختارة تكون ثابتة تشريعيا لا تأخذ بالتعديلات التشريعية اللاحقة، ويرد استثناء في حالة ما إذا كان العقد ممتدا كما هو الشأن عادة في عقود الاستثمار فان إعمال قواعد التنازع في القانون المختار يؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة[30] وهذا ما يجعل العقد يخضع لأكثر من قانون حيث انه تسري على الجزء الأول من العلاقة العقدية القواعد القانونية قبل تعديل القانون في حين انه لو اتفق المتعاقدان على الأخذ بالتعديلات فانه يطبق على الأجزاء الأخرى القانون الجديد.

ثالثا: عدم اشتراط وجود صلة بين القانون المختار و العقد

لا يتقيد اختيار المتعاقدين لقانون العقد باقتضاء توفر أي صلة بين القوانين التي وقع عليها اختيارهم و بين العقد المبرم بينهم[31] و للأطراف المتعاقدة الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية سواء كان هناك صلة بين القانون المختار و الأطراف و العقد مثل الجنسية المشتركة، أو موطن مشترك أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أولا توجد صلة كاختيار قانون مقطوع الصلة لا تربطه أي رابطة لا بالأطراف المتعاقدة و لا بالقانون[32].

و مادام أن المتعاقدين أحرار في اختيار أحكام القانون أو القوانين التي يريدونها أن تصبح جزءا من عقدهم فلم يعد هناك ما يستوجب وجود أي صلة بين القوانين التي وقع عليها اختيارهم و بين العقد المبرم بينهم، و هكذا يستطيع المتعاقدون اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد أو ظروفه أو ملابساته التعاقدية[33].

و يرى البعض أن فكر النظرية الشخصية و التي تتيح للمتعاقدين حق اختيار قانون على غير صلة برابطة العقدية يرتبط بفكر ة تجزئة العقد وذلك لان عدم وجوب توافر صلة بين العقد والقانون

---

[28] - بن غرابي سمية ،المرجع السابق، ص 104.

[29]- أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بهذا النظر و هو حكم قديم في 05 ماي 1935 في نزاع يتعلق بمدى حق بائع في فوائد المبالغ المستحقة له لدى مشتري عملا بأحكام القانون الألماني الذي كان ساري المفعول عند التعاقد، حيث دفع المشتري بسقوط حق البائع بالمطالبة بالفوائد لأنه لم يوجه إليه اعذرا الذي تتطلبه أحكام القانون اللاحق و رفضت المحكمة هذا الدفع مؤكدة أن القانون الذي يسري على عقدهم هو القانون الألماني عند إبرام العقد و هو لم يستلزم الأعذار

[30]-محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية،المرجع السابق،ص120.

[31]- بن غرابي سمية،المرجع السابق، ص103

[32]- عمران علي سائح، المرجع السابق، ص 138

[33] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 109.

المختار يمنح للأطراف الحرية التامة في اختيار أية قواعد قانونية حتى وان كانت من قوانين متفرقة لتحكم عقدهم ما دامت هذه الأخيرة تخدم مصالحهم.

رابعا: عدم إمكانية إبطال العقد ورفض فكرة الإحالة

يرفض أنصار النظرية الشخصية الوضع الذي يؤدي إلى إبطال العقد كونه يتنافى مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فإذا كانت إرادة هؤلاء قد اختارت قانونا معين ليأخذ حكم الشروط التعاقدية فلا يعقل أنهم قد ارتضوا أيضا ما قد يقرره هذا القانون في شأن إبطال تعاقدهم، و يبدوا واضحا أنهم لم يتيقنوا من مضمونه الحقيقي بشأن مسالة البطلان، فلا يجب أن يتردد في ترجيح إرادتهم الحقيقية و هو ما يقضي رفض ما قد يترتب على أعمال القانون المختار من إبطال للعقد[34].

وعلى هذا الأساس نجد لفكرة التجزئة صدا في هذه النتيجة، وذلك عندما لا يتيقن المتعاقدون من قواعد القانون المختار فيحدث أن تبطل قاعدة من قواعد القانون المختار العقد كله , ونظرا لعدم إمكانية تصور ذلك في الواقع فأنصار النظرية الشخصية قد منحوا للإطراف القدرة على استبعاد تلك القاعدة واستبدالها بقاعدة أخرى من شانها أن تجعل العقد صحيح وعلى الأساس يطبق على عقد واحد أكثر من قانون.

اندماج القانون المختار في العقد يتجرد من عنصره الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد، يصبح شرطا من شروطه التعاقدية التي لا يتصور منطقيا أن تؤدي إلى بطلان و بالتالي نقض الهدف الذي تسعى إليه الأطراف المتعاقدة[35].

و من نتائج فكرة الاندماج أيضا، إن اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفقا للنظرية التي تقوم على السلطان المطلق للإرادة يتناقض مع فكرة الإحالة من قانون الإرادة إلى أي قانون آخر. و هذه الأخيرة تقوم على أساس أن القانون المختار ، فاختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين ليصبح جزء من شروطه التعاقدية يتنافى في ذاته مع فكرة الإحالة التي تفترض آلياتها أن اختصاص قانون الإرادة قد تم أساسا بمقرر قاعدة من قواعد تنازع القوانين و ليس استنادا على سلطان الإرادة، و الإحالة تناهض أيضا قصد المتعاقدين و إرادتهم الحقيقية في تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي ارتضوه دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون و التي قد تحيلهم إلى قانون آخر[36].

المطلب الثاني

التجزئة الإرادية في ظل النظرية الموضوعية

بعدما تأكد قصور النظرية الشخصية و عدم قدرة مبادئها على أن تحكم العلاقات الدولية ذلك أنها تتيح مجالا واسعا لتتحايل و تغاليها في إطلاق دور الإرادة إلى حد اعتبار العقد الدولي طليقا و هذا ما لا يمكن تصوره في الواقع ذلك أن الإرادة في مجال تنازع القوانين لا تقضي أن تكون أكثر من ضابط إسناد في إقامة نزاع يتعين على أساسه قانون واجب التطبيق،فإن القانون الذي تعينه القاعدة إنما تحددها على أساس أن القانون مركز العلاقة القانونية و هذا هو الأساس الذي تقوم عليه

[34] - المرجع نفسه، ص 113.

[35] - بن غرابي سمية ، المرجع السابق، ص132

[36] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 111.

النظرية الموضوعية[37] (الفرع الأول)، و سنبين كيف آثرت نتائج الأخذ بهذه النظرية على فكرة تجزئة قانون العقد (فرع الثاني).

الفـرع الأول

أساس تجزئة قانون العقد في ظل الاتجاه الذي يخضع العقد لحكم القانون

ينطلق أنصار النظرية الموضوعية في بناء نظريتهم في نقدهم للنظرية الشخصية، و أن اختيار قانون العقد هو واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي يفرضه قانون الجماعة التي نشأ في كنفها و على ذلك فان الاعتراف بقدرة الإرادة على اختيار القانون إنما يستند على قاعدة من قواعد تنازع في قانون القاضي و ليس لمطلق مبدأ سلطان الإرادة و من ثم فالإرادة قادرة على الاختيار لأن القانون قد منحها تلك القدرة[38].

ناد أصحاب الفكر التنازعي بضرورة خضوع العقد للقانون فلا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم بل القانون هو الذي يحدد العلاقة التي يحكمها، فالإرادة تكون حرة بشرط أن تكون في حدود القانون، بحيث أن العقد لا يكون ملزما مدنيا إلا بمقتضى الجزاء الذي يفرضه القانون، لأن الهدف الكلي للقانون هو فرض احترام الإرادة لهذا الأخير، كما يقر أصحاب النظرية الموضوعية بأن الإرادة التي يتمتع بها الأطراف لاختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي مصدرها يضعه المشرع عن طريق وضع قواعد التنازع، ذلك أن هذه القاعدة في العقود الدولية واحدة لا تتغير و التي تعترف بالإرادة كضابط الإسناد توكل لها مهمة تحديد القانون المطبق و كان الفقيه الفرنسي "باتيفول" أول من جاء بفكرة التركيز الموضوعي للعقد بحيث اعتبر أن العقد لا يملك هو بذاته أو بصفته تلك مركزا ماديا ملموسا بل هناك علامات خارجية و تكون مادية، فتطبق إرادة المتعاقدين لا على شكل واقعة يمكن على أساسها التركيز المكاني للعقد من أجل تحديد القانون، بل يمكنه الاستدلال عليها من خلال مسائل تتصل بمكان معين كالمحل الذي يتم فيه تطابق الإرادتين[39].

يؤكد أنصار النظرية الموضوعية عدم جدوى الإرادة في اختيار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه، لأن مؤدى ذلك أن يخضع العقد للقانون المختار و الذي تؤدي أحكامه الآمرة إلى إبطال العقد نفسه و هو الأمر الذي يناقض إرادة المتعاقدين نفسها و التي لا يتصور أن تسعى إلى إبطال العقد[40].

فيتم تحديد قانون العقد بصفة مسبقة على أسس موضوعية بحسب الطائفة التي تنتمي إليها الرابطة العقدية موضوع النزاع، فعلى سبيل المثال، العقود المتعلقة بالعقار تخضع لقانون موقع العقار و عقود العمل تخضع لقانون دولة التنفيذ[41].

---

[37] - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص(تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة)،دار العلوم العربية، لبنان، 1994،ص492

[38] - بن غرابي سمية ، المرجع السابق، ص، 104.

[39] - شويرب خالد ، المرجع السابق، ص35

[40] - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص132.

[41] - المرجع نفسه، ص134.

كما تعرف هذه النظرية بتركيز العلاقات الدولية هذا رأي سائد في جانب من الفقه حيث اعتبر إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط بها مما يخضعها بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام وفي هذا الصدد تتصدى فكرتين[42] ، الأولى فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يرجع أصلها إلى الأستاذ الألماني **سافيني** و مؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية ، بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد، و لكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر ، و على ذلك و إن كانت الإرادة عنصرا رئيسيا في عملية التركيز ،إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع.[43] و لتحقيق فكرة تركيز العقد حسب هذه النظرية يمكن إعتماد 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 معتمدا في ذلك على ظروف و ملابسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين,و هو ما يعرف عند فقهاء الأنجلوسكسون بمنهج القانون الخاص بالعقد

ج–اعتماد منهج وسط ، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية،و يتم إعمال فكرة تركيز العقد و البحث عن القانون الواجب التطبيق إذا لم تكن الأطراف المتعاقدة قد قررت صراحة أو ضمنا إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون معين، لما لهذا التركيز من أهمية في توحيد الحلول و ضرورة توافر صلة بين القانون المصرح باختياره و العقد أو المتعاقدين.[44]

والثانية هي فكرة الأداء المميز فلعل الأخذ بهذا المنهج تركيز العقد في تحدي القانون الواجب التطبيق من شأنه أن يحقق العدالة إلى حد ما لكونه لم يراعي فقط طبيعة العقد الذاتية، إلى أن الاخذ

---

[42]– محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية،المرجع السابق، ص97

[43] – سعد الدين محمد ،العقد الدولي بين التوطين و التدويل، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام ،كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي ،الشلف،2008، ص 27

[44]– 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 ،ص ص56–57

بهذا الضابط لا يحقق للمتعاقدين العلم به و حتى القاضي إلا بعد البحث عنه عندما يعرض النزاع عليه بالتالي لا يمكنه توقعه و لا حتى توقع محتواه،و بذلك 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، لقد حاولت اتفاقية روما تجنب هذه الانتقادات بفرض حل يعرف بالأداء المميز يقول الدكتور هشام صادق "إن نظرية الأداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحت للروابط العقدية، تحتل مركزا وسطا بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، و السابق الإشارة إليه ، و هو إسناد يتميز بالوضوح و يصون للمتعاقدين توقعاتهم من البداية [45] ، يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود و تحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه نظرية أو ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، كما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي لسنة 1955م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثالثة و التي 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 1980م كذلك هذا الضابط في مادتها الرابعة.[46] **إذ تنص على أنّه عند إنعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط 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.**[47]

تبنت هذه النظرية كذلك العديد من القوانين الحديثة كالقانون السويسري لسنة 1987 والقانون النمساوي المادة(40.39.38 من قانون 1978) وقانون التحكيم الأردني رقم31 لسنة 2001م (المادة 136 فقرة ب)، كذلك نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27نوفمبر1998م التي تقضي بأن"**يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وما لم**

[45] –عدلي محمد عبد الكريم ،النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2011، ص 266

[46] – بلاق محمد, المرجع السابق, ص 59

[47]– عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 268

يوجد إختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون لتزامه قاطعا في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية"، المقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز كما كرست نظرية الأداء المميز 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 في اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة, وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد.

منح أنصار النظرية الموضوعية للمتعاقدين الحق في تجزئة العقد و إخضاعه لأكثر من قانون وترتبط ظاهرة التجزئة من ناحية بمسألة تعدد ضوابط الإسناد التي يضعها المشرع لحل مشكلة التنازع في الرابطة المطروحة بعد تفتيتها إلى عدة أفكار مسندة فالرابطة العقدية تكون محلا للتجزئة عند الإسناد ،و من ناحية أخرى فانه قد تنصب التجزئة على القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية و ليس العلاقة ذاتها ويحدث ذلك عندما يتصدى الأطراف لاختيار أكثر من قانون لحكم الجوانب الموضوعية إذ فقه النظرية الموضوعية بدوره للمتعاقدين حرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ما دام قد توافرت في هذا القانون الصلة المتطلبة بالعقد إلا أنه قيد هذه الحرية في التجزئة بقيدين.[48]

أولا:عدم الإخلال بوحدة العقد

بالنسبة للقيد الأول أن لا يكون من شأن حرية المتعاقدين في تجزئة العقد أن تؤدي بالضرورة إلى الإخلال بمبدأ وحدة القانون المطبق على العلاقة العقدية،إن مبدأ وحدة العقد لا يعد قيدا على إرادة المتعاقدين في التجزئة و إنما هو قيد على سلطان القاضي في هذا الشأن و الذي تفترض أن إرادة المتعاقدين لإدراك هذه الوحدة بحسب الأصل ما لم تصرح بخلاف ذلك.

فإن هذه التجزئة يجب أن لا تؤدي إلى هدم الانسجام المتطلب في الرابطة العقدية لان ما يقيد الإرادة هو أن لا تؤدي قدرتها على تجزئة العقد إلى الإخلال بمبدأ وحدته ، وكذا يشترط لسلامة تجزئة العقد والاختيار الإرادي لأكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة ان تتسم هذه التجزئة بالمعقولية حتى لا تخل بانسجام المتطلب وبالتالي فتجزئة العقد لا تتصور إلا في شأن المسائل التي يمكن فصلها عن غيرها دون الإخلال انسجام العقد.

[48]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص372.

ثانيا:عدم إفلات العقد من حكم القانون

أما بالنسبة للقيد الثاني فيشترط فقه النظرية الموضوعية في تجزئة العقد أن لا تؤدي على هذا النحو إفلاته من حكم القانون، و هذا القيد هو الذي يميز الفقه الجديد عن النظرية الشخصية في اختيار المتعاقدين لأكثر من قانون،وبناء عليه فاختيار المتعاقدين لأكثر من قانون يجب إلا يؤدي إلى إخراج المسائل التي تنظمها هذه القوانين تنظيما أمرا من سلطان القوانين المختارة ،لذا فيتعين على القاضي ألا يعتد إرادة المتعاقدين في تجزئة العقد حين يؤدي اختيارهم لأكثر من قانون لحكم الرابطة إلى إفلاتها من سلطان القواعد الآمرة في القوانين التي تحكم العقد[49] .

الفـرع الثاني
النتائج المترتبة عن تقيد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد و أثارها على تجزئة قانون العقد

إن إرادة الأطراف المتعاقدة لا تستطيع الخروج عن القواعد الآمرة، الأمر الذي يؤدي إلى إخضاع الرابطة العقدية لحكم القانون، و للاختيار ا.لتنازعي نتائج تترتب عليه مثله مثل الاختيار المادي، لكن هذه النتائج جاءت معارضة تماما لنتائج فقه النظرية الشخصية ولكنهما يتفقان في نقطة واحدة وهي أن نتائج كلتا النظريتين تؤثران على فكرة التجزئة.

أولا: احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية مع إمكانية إبطال العقد وفقا لهذا القانون

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم تعاقدهم لا يقوم على مطلق مبدأ سلطان الإرادة، لكن مردها قدرة الإرادة على اختيار قانون مختص بناءا على قاعدة الإسناد التي تسمح للأطراف المتعاقدة بحرية اختيار هذا القانون أي أن إرادة الأطراف يستمدونها من القانون نفسه، و يترتب على هذا أن القانون الواجب التطبيق ينطبق على العقد بوصفه قانون، بالتالي لا يجوز للأطراف المتعاقدة مخالفة الأحكام الآمرة في القانون المختار حتى و لو كانت هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام في حين أنه يجوز لهم الاتفاق حتى و إن كانت مثيلتها في قانون القاضي تتصف بالصفة الآمرة ما لم يتعارض مع النظام العام[50].

فحرية اختيار القانون المطبق لا تسمح للمتعاقدين استبعاد نصوص مهمة في هذا القانون لأن عدم وجودها قد يؤثر سلبيا على القانون، لذلك يجعل للقانون قوة ملزمة بحيث لا يمكن إحداث تغيير فيه باستبعاد الأطراف للنصوص الآمرة[51].

ومن هذه النتيجة تتفرع نتيجة أخرى وهي إمكانية إبطال العقد حيث انه إذا كان العقد يخضع للقانون المختار فمن الممكن أن يؤدي إلى إبطال العقد، ذلك أن هذا القانون يطبق على العقد استنادا إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية فإذا ما اختارت هذه الإرادة هذا القانون تعين إعمال أحكامه الآمرة حتى ولو أدى إلى إبطال العقد.

---

[49]-محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ص275-276.

[50] - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص140

[51] - خالد شويرب، المرجع السابق، ص36

و يرى بعض الفقه أن هذه النتيجة تظهر عند سكوت الأطراف عن تحديد هذا القانون فيقوم المشرع أو المحكم بتحديده إلا أنه من غير المستطاع قبول هذه النتيجة عند الاختيار الصريح للقانون.[52]

بما أن العقد يخضع للقانون المختار فليس من المستغرب أن يؤدي هذا القانون لإبطال العقد خاصة أن القانون لا ينطبق على العقد بناءا على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة و إنما استنادا إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة إسناد وطنية، و بالتالي فإرادة المتعاقدين تعد مجرد ضابط إسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق.[53]

ومنه نستخلص انه يجب إعمال أحكام القانون المختار الآمرة منها و المكملة حتى و لو أدت هذه الأخيرة إلى إبطال العقد و هذه هي نقطة اختلاف بين النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية.

فقه النظرية الموضوعية يضع قيودا على إرادة الأطراف إلا أن هذه القيود لم تصل إلى حد حرمانهم من سلطة اختيار قانون العقد، وعليه فانه بإمكانهم اختيار القانون أو القوانين التي تحكم عقدهم أي انه يمكن لهم إسناد العقد إلى أكثر من قانون حسب أجزاء العقد فيمكن تطبيق قانون بلد الإبرام أثناء مرحلة الإبرام آو قانون بلد التنفيذ لكن لا يمكن لهم استبعاد أية قاعدة من قواعد القانون المختار سواء كانت أمرة آو مكملة وذلك لتفادي إفلات العقد من حكم القانون واحتفاظه بالصفة القانونية، ويرفض هذا المذهب فكرة إمكانية استبدال قاعدة تبطل العقد بأخرى فلو أدت قاعدة إلى إبطال العقد فيبطل الجزء الذي طبق عليه هذا القانون ويطبق قانون أخر مكانه.

ثانيا: ضرورة توافر صلة بين القانون المختار و العقد

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي حيث تعد الإرادة ضابط إسناد للروابط العقدية الدولية إلى القانون المختار فإنه يتعين في هذه الحالة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد باقتضاء توافر صلة بين القانون المختار و العقد[54] .

لأنه بقيام الإرادة باختيار قانون لا تربطه أي صلة بالعقد فإنها تكون بذلك قد تخطت دائرة التنازع مما يشكل خرقا لأهداف تلك القاعدة التي يتعين على الإرادة عدم الخروج عليها.

حيث أن قاعدة التنازع أوكلت اختيار قانون العقد للإرادة المتعاقدين و تكون هذه القوانين تتصل بالضرورة بهذه الرابطة.[55]

تخضع الرابطة العقدية لسلطان القانون استنادا لقاعدة من قواعد التنازع الخاصة بالروابط العقدية الدولية التي خولت للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون وقد قيدت هذه الحرية في تعدد القوانين باشتراط توافر صلة بين القوانين المختارة والعقد.

ويشترط في تلك الصلة أن تكون حقيقية و جدية، إذ لا يكفي أن يصرح المتعاقد بأنهما أبرما العقد في دولة معينة لكي تتوافر الصلة بين ذلك العقد و القانون لتلك الدولة، هذه الصلة تصدر عن

[52] - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 141.
[53] - محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص 112.
[54]- محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص 114.
[55] - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص142.

عناصر العقد أي إما من جنسية المتعاقدين، محل إقامتهما، محل إبرام العقد، محل التنفيذ كما أن التركيز يقضي أن لا يفهم به الموضع المكاني و إنما الصلة الأساسية بين العلاقة و النظام القانوني الذي يحكمها و التي يعبر عنها ذلك الموضع عند وجوده.[56]

ثالثا: الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة

ذهب فقه النظرية الموضوعية إلى عدم الاعتداد باتفاق المتعاقدين على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد متى اتصفت هذه التعديلات بالصفة الآمرة و ما دام القانون المختار ينطبق على العقد بهذه الصفة فان الرجوع لقواعد التنازع الزمني للقوانين في هذا القانون سيؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العد بأثر فوري.[57]

فلا يمكن لأطراف الاتفاق على تطبيق القانون الذي اتجهت إرادتهم إليه دون تعديل، ذلك لان الأطراف عند تركيز عقود أرادوا احترام النصوص القانونية سواء كانت هذه النصوص موجودة أثناء الإبرام للعقد آو وجدت نتيجة للتعديلات اللاحقة التي طرأت بعد التعاقد.[58]

مما يتعين إعمال القوانين المعدلة استنادا إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للمتعاقدين على هذا النحو استبعادها في حين انه يحق للخصوم الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة التي تتصف الصفة المكملة وهذا ما يجعل العقد يتضمن شرط الثبات التشريعي في القواعد المكملة عليه فالقانون العقدي جزء ليعتد بالتعديلات التشريعية للقواعد الآمرة منه واستبعاد التعديلات الخاصة[59] .

رابعا: رفض الإحالة

ومن النتائج التي تترتب عن النظرية الموضوعية نجد أن أنصار هذه النظرية رفضوا فكرة الإحالة، و يرجعون ذلك إلى منطق الإحالة الذي يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد التي تتضمنه قاعدة تنازع القوانين في قانون القاضي و التي خولت للأطراف حق اختيار قانون العقد و لذلك عند إعمال قواعد الإسناد في القانون المختار سيؤدي إلى تجاهل الإرادة الأطراف و خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي اختاره الأطراف.[60]

يسند أنصار النظرية الموضوعية إلى أن استشارة قواعد الإسناد في القانون المختار يؤدي إلى خضوع العقود لنظام قانوني يختلف عن الذي ارتضاه المتعاقدين و هذا ما يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم[61]، يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية سواء كان خضوع العقد لقانون الإرادة قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي أو بناءا على قاعدة مادية في هذا القانون حسب يتجه إليه جانب من الفقه.

---

[56] - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 492

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

[58] - شويرب خالد ، المرجع السابق، ص38.

[59]-محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص114.

[60]- عمران علي سائح، المرجع السابق، ص144.

[61]- بن غرابي سمية، المرجع السابق، ص107.

المبحث الثاني

موقف التشريعات الوطنية من فكرة تجزئة قانون العقد الدولي.

تأثر التنظيم القانوني للمجتمعات بالخلاف الفكري بين كل من أنصار المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي بصفة خاصة في مجال المعاملات المالية التي تعد التجارة الدولية أهم مجالاتها الحيوية التي تتنافى طبيعتها مع القيود الآمرة التي يفرضها المشرع باسم العدل التوزيعي أو لحماية الطرف الضعيف، إلا انه أدركت هذه مجتمعات أن مغالاتها في تدخل دولة سيؤدي إلى تسلط أجهزتها في إهدار حرية الأفراد[62] ، فاعترفت الدولة بدور إرادة الفرد في التعاقد و بحق المتعاقدين في إبرام العقد وتحديد مختلف شروطه وأيضا اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبير عن مصالحهم المشتركة لتنظيم عقدهم فالروابط العقدية الداخلية لا تثير مشكلة لان القانون محدد مسبقا لكن المشكلة تتعلق بصفة خاصة بالروابط العقدية الدولية في إطارالق الد الخ.

مهما كان الخلاف بين التشريعات –حول التفاصيل- إلا أن غالبيتها تتفق على الاعتداد أساسا بالإرادة كضابط للاستناد النسبة للعقود الدولية ومع ذلك نتساءل عما إذا كان يحق للمتعاقدين في إطار هذه الحرية اختيار أكثر من قانون واحد لحكم الرابطة العقدية ، حيث ينطبق قانون مثلا على تكون العقد وينطبق آخر على أثاره أم أن هذه الحرية تقتصر فقط على مجرد اختيار قانون واحد .

أما بالنسبة لقضاء التحكيم فلم يكن بعيد عن الساحة حيث انه يتجه الغالب من القضاء إلى إخضاع العقد للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين إلا أن هذا القضاء يحرص في نفس الوقت على التطبيق المباشر للعادات والأعراف التجارية الدولية الخاصة في صدد المسائل الفنية التي تثور في إطار التجارة آو المهنية وعلى هذا الأساس تكون الدراسة في هذا المبحث كما يلي :

- المطلب الأول: فكرة التجزئة في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني.
- المطلب الثاني: فكرة التجزئة في حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم

[62]-هشام علي صادق ،المرجع السابق،ص7

المطلب الأول

فكرة التجزئة حالة عرض النزاع على القضاء الوطني.

مضت الإشارة إلى إن التشريعات الحديثة قد جرت على تأكيد حق المتعاقدون في اختيار قانون العقد، ولا شك أن ضابط الإرادة الذي تتضمنه قاعدة التنازع على هذا النحو هو ضابط شخصي وعليه فاستناد العقود الدولية يتم في القانون الدولي الخاص المعاصر وفقا لمنهج الثنائي و المنهج الشخصي فيما لو تصدى المتعاقدان لاختيار قانون العقد ، بينما تلبس قاعدة التنازع على العكس ثوبا موضوعيا عند سكوت هؤلاء عن الاختيار وهذه الظروف دفعت كل من التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى اتخاذ مواقف من هذه المناهج[63].

التجزئة تعتبر من بين المسائل التي لاقت اهتمام الفقه فتأثرت التشريعات بذلك وتباينت مواقف هذه التشريعات والاتفاقيات من هذه المسألة كما سنعرضه في هذا المطلب في ثلاثة فروع

- الفرع الأول:موقف التشريعات الداخلية
- الفرع الثاني:موقف الاتفاقيات الدولية

الفرع الأول

موقف التشريعات الداخلية من فكرة تجزئة قانون العقد الدولي

يعتبر التشريع الجزائري من أهم التشريعات التي تأخذ بمبدأ قانون الإرادة حيث تنص المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري **"على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه المتعاقدين العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر".**[64]

يتضح من النص السابق الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ قانون الإرادة حيث يخضع لالتزامات التعاقدية للقانون الذي يتفق عليه الأطراف المتعاقدة كما أنه لم يتضح منه تقييد حرية الأطراف في اختيار قانون معين بحيث يمكن اختيار قانون وطني أو اختيار أي قانون أجنبي.[65]

لكن أثر التعديل الأخير الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 18 اشترط وجود صلة حقيقية بين العقد و القانون المختار و يشمل هذه الصلة أطراف العلاقة العقدية كأن يكون عقد له علاقة بجنسية أحد الأطراف، مثلا يكون القانون المختار هو القانون الفرنسي باعتبار أن أحد المتعاقدين فرنسي. كما يمكن أن تكون الصلة في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

---

[63]- هشام علي صادق، المرجع السابق ،ص776.

[64] - المادة 18 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج رعدد 78.

[65] - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص214.

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد استبعد نظرية العقد الدولي الطليق التي تسمح باختيار أي قانون و لو لم تربطه صلة بالعقد و هذا بعدما كان قبل التعديل يسمح بذلك.[66] فالمشرع اعتنق النظرية الموضوعية، باشتراطه لتوافر صلة بين القانون والرابطة العقدية لمنع المتعاقدين من التهرب من أحكام القانون الذي من المفروض أن يطبق وهو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون ،بالرجوع إلى المادة 18من الق. الم .الج".....القانون المختار من المتعاقدين....."من خلال هذا النص نجد المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة دون أن يأخذ بعين الاعتبار الإرادة الضمنية بالدليل انه أسقط من المادة كل ما يفيد أن هناك اختيار ضمنيا حتى يبحث عليه القاضي وفي حالة غياب الاتفاق قد يتم إعمال المعيار الاحتياطي بصفة مباشرة المتمثل في تطبيق مكان الإبرام ،ويتم إعمال المعايير الاحتياطية الواردة في الفقرات 2و 3 من المادة 18 ألا وهو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة أو محل إبرام العقد .

من خلال التعديل الجديد الذي أورده المشرع الجزائري على نص المادة18 من الق الم الج يكون قد استبعد بصفة صريحة الإرادة الضمنية في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية [67].

وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 19 التي تنص**"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا و إذا اختلفا موطنا سار قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدون أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"**

و يتضح من هذا النص أن المشرع اعتد أساسا بالإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط إسناد للالتزامات التعاقدية. و المشرع المصري خول المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لكن لم يمنح حرية طليقة للمتعاقدين، و إنما حريتهم تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع بمقتضى قاعدة إسناد و المشرع المصري في تقييده لحرية المتعاقدين لم يغال كثيرا في ذلك إلى حد حرمانه من هذه الحرية على نحو ما أرده البعض بل منحهم وفقا للمادة 19 من القانون المدني حق الاختيار بنص صريح لكن دون تجاوز أهداف المشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين مؤدى ذلك أنه إذا اتفق المتعاقدان على اختيار قانون على غير صلة بالعقد يخرج من دائرة القوانين المتنازعة لحكم الرابطة العقدية، فإنهم بذلك قد تجاوزوا مقصود الشارع بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية[68]

الفرع الثاني

موقف الاتفاقيات الدولية من تجزئة قانون العقد الدولي

ان استقرار مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية كان له المكان في نطاق الاتفاقيات الدولية وجعلته كضابط أصلي للإسناد إلى القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية وأبرمت في هذا الصدد عدة اتفاقيات ومن أهمها اتفاقية روما التي وضعت من طرف

[66] - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص63.

[67]- عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص43

[68] - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 422.

الدول الأعضاء في اللجنة الاقتصادية الأوروبية في تاريخ 19 جوان 1980التي دخلت حيز النفاذ في 1 افريل 1990وعدلت في 17 جوان 2008 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهذا من خلال نصها في المادة 01/03 التي تنص"أن العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يستنتج بشكل مؤكد من نصوص العقد أو ظروف الحال" يتضح من هذه المادة أنها أخذت بالاختيار الصريح والضمني للمتعاقدين و الأخذ بالإرادة الضمنية يجب أن يكون بشكل مؤكد ولا يوجد هناك مجال للشك بحيث يرجع إلى ملابسات التعاقد وملابسات الحال[69]،كرست هذه الاتفاقية النظرية الشخصية بنصها على حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد ما دام ذلك يحقق لهم منفعة مشتركة،كما أخذت بالنظرية الموضوعية وذلك من خلال تقرير خضوع العقد إلى قانون الدولة الأكثر اتصالا بالعلاقة العقدية فلا يمكن لهم التهرب من حكم القانون[70] .

نصت الاتفاقية على فكرة التجزئة لقانون العقد في المادة 1/03 في الجملة الأخيرة حيث انه "يمكن اختيار قانون يطبق على كامل العقد أو جزء منه" فيطبق قانون معين على جانب من العقد وتخضع الأجزاء الأخرى لقانون أخر غير القانون أو القوانين التي تحكم الإجراءات الأخرى و بذلك تتعدد القوانين بتعدد أجزاء العقد، وهذه الاتفاقية وضعت شروط لإجازة التجزئة وهي أن تكون طبيعة العلاقة العقدية تقبل التجزئة وهذا يرجع إلى وجود بعض عناصر في العقد لا تقبل التجزئة بطبيعتها ،فلإخضاع العقد لقوانين متعددة لا بد أن تكون عناصره تقبل الانفصال عن الأجزاء المتبقية من العقد.

كما اشترطت أن تكون العناصر القابلة للتجزئة لها صلة بقانون دولة أخرى غير قانون الدولة التي تحكم عناصر الأخرى للرابطة العقدية، حيث هناك بعض العقود تحتوي على العناصر التي تقبل التجزئة لكنها لا ترتبط بالقوانين الأخرى ويجب أن تكون هناك صلة وثيقة ويعد هذا الشرط من أهم الشروط نضرا أنه لا تتحقق التجزئة من دونه رغم وجود الشروط السابقة .

تقيد اتفاقية روما إرادة الأطراف في تجزئة العقد وهذه القيود لم تنص عليها صراحة وإنما فرضتها الفلسفة العامة وهي أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى التعارض بين القوانين المتعددة والمختلفة لتحكم أجزاء العقد ولتفادي هذه النتيجة المحتملة يجب مراعاة العلاقة بين أجزاء العقد الخاضعة لنظام قانوني معين والأجزاء الأخرى ومدى ارتباط هذه الأجزاء ببعضها البعض،والعقد يمكن فصل بعض أجزائه وإخضاعها للإسناد خاص مثل الشرط الخاص بحساب الفوائد التأخيرية أو الدفع بالذهب.[71]

وهناك اتفاقية أخرى عالجت مسألة التجزئة وهي اتفاقية لاهاي لسنة 1986المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع التي لم تخرج عن المبدأ العام الذي أقرته أغلبية الاتفاقيات الدولية وهو مبدأ قانون الإرادة وهذا في نص المادة الثانية من الاتفاقية "يخضع البيع للقانون البلد الذي

---

[69]-شويرب خالد،المرجع السابق،ص161

[70]-سامي بديع منصور ،المرجع السابق ،ص517

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

يعينه المتعاقدان ويتم هذا التعيين صراحة في أحد مواد العقد او يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد ويخضع لنفس القانون الواجب التطبيق"

اتفاقية لاهاي كرست النظرية الشخصية ويظهر ذلك في نص المادة السابعة،كما أنها اعترفت بحق المتعاقدين بتجزئة العقد وإخضاع كل عنصر من عناصره لقانون يختلف عن الأخر وفي هذا النص فقد منحت لهم حرية طليقة في ذلك دون إيراد أي قيد عليهم وهذا في الفقرة الأولى من المادة السابعة من هذه الاتفاقية[72] .

المطلب الثاني

فكرة التجزئة حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم

يعد التحكيم الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملائمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة لان المحاكم لم تعد قادرة على التصدي لمختلف هذه المنازعات بشكل منفرد.

نجد أحكام التحكيم تقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق استنادا لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف رواجا كبيرا في القرن التاسع عشر ،الذي بموجبه إن شاءت الإرادة فان العقد لا يخضع لأي قانون وان شاءت أخضعته لقانون تختاره [73]، من بين أحد أهم المسائل التي تثيرها العقود الدولية تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم [74]

يستند قضاء التحكيم على قاعدة من قواعد القانون التجاري الدولي التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد في مجال عقود التجارة الدولية وهي قاعدة مادية ذات طابع تنازعي والصفة المادية لهذه القاعدة هي التي تبرر الحرية الطليقة التي يتمتع بها المتعاقدين في اختيار قانون العقد أمام المحكمين لكن هذا لا يعني اعتناقهم لاتجاه الاتفاقي للعقد الطليق إنما قيدوا هذه الحرية بعادات وأعراف دولية فعند اتفاق المتعاقدين للجوء إلى التحكيم فتكون تلك العقود الدولية معقدة ،قد يدفعهم إلى تجزئة عناصره وإخضاع كل منها لقانون أكثر اتصالا بالعقد وهذا بالنسبة للعقود المركبة المتضمنة عمليات عقدية يمكن الفصل فيها من وجهة قانونية حيث في هذا الفرض يمكن الفصل بين العقد الأصلي والعقد المستقل عنه لقانون مختلف وفي هذا المقام يتضح تجزئة عناصر العقد وإسناد لأكثر من قانون[75]

[72]-سامي بديع منصور ، المرجع السابق،ص519

[73]-خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني لعقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص44

[74]- سناء بولقواس ،الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا)،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،في العلوم لقانونية فرع القانون الإداري وإدارة عامة ،جامعة الحاج لخضر، باتنة ،ص103

[75]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 371

لقد ظهرت عدة اتجاهات فقهية وأبرمت عدة اتفاقيات دولية بخصوص موضوع القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير الخصومة آو القانون الذي يحكم موضوع النزاع نظرا للصعوبات التي تطرحها هذه المسألة .[76]

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مختلف الاتجاهات الفقهية والدولية ومختلف التشريعات الوطنية التي عالجت مساءلة تحديد القانون الذي يخضع له التحكيم الدولي مركزين في ذلك الحق في تجزئة العقد سواء من الناحية الإجرائية آو الموضوعية من خلال فرعين:

- الفرع الأول: تجزئة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات
- الفرع الثاني :تجزئة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

الفرع الأول

تجزئة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

لقد حضت مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم اهتمام الفقه و الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية الحديثة .

يجب أن نفرق في هذا المجال بين أمرين انقسمت حولها أراء الفقهاء بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على اجراءت التحكيم فهذه اجراءت فظهر فريقين ،يذهب الرأي الأول إلى ربط التحكيم و إجراءاته بمكان التحكيم أي قانون الإجراءات من ذلك المكان أما الرأي الثاني يذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته إلى إرادة الطرفين .

أولا: التجزئة قي حالة اختيار الأطراف بأنفسهم للقواعد الإجرائية

في حالة التحكيم الخاص يكون اختيار القواعد القانونية التي تخضع لها إجراءات التحكيم نابع من إرادة الأطراف بشكل خاص أما في التحكيم المنظم فان إرادة الأطراف في إيجاد حل للنزاع تكون وفقا لقواعد التحكيم المطبقة في المؤسسة أو مركز التحكيم الذي سيحسم النزاع المعروض ، و بالتالي في التحكيم الخاص يختار أطراف النزاع عند اتفاقهم على التحكيم قانونا معينا ليطبق على الإجراءات ، بموجبه يتم النظر في النزاع والسير في إجراءات المرافعة وإجراءات أخرى الخاصة بالتحكيم ،وقد يختار أطراف النزاع قواعد متفرقة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي كأن يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة و قسم أخر من قواعد التحكيم الغرفة التجارية الدولية وآخر من قواعد احد مراكز التحكيم.[77]

إذ لا يشترط أن يكون قانون دولة معينة إذا نصت اتفاقية على قواعد القانون التي اختارها الأطراف ، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل للأفراد كذلك اختيار عدة أنظمة قانونية يمكن تطبيقها

[76]- نورة حليمة ، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،تخصص إدارة الإعمال،جامعة خميس مليانة ، 2014 ،ص75.

[77]-الهام العزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج تنازع القوانين(دراسة مقارنة)،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون،جامعة النجاح الوطنية،فلسطين ،2009،ص50

في ذات الوقت ، فيجوز لهم إدماج احد القوانين الوطنية مع أحكام القانون الدولي أو إخضاع العلاقة بينهم إلى عدة قوانين وهو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص باسم تجزئة العقد.[78]

ففي إطار التحكيم الحر أو الخاص تكون للأطراف الحرية التامة في تنظيم وسير المنازعة وفقا لقواعد إجرائية من خلق أو إنشاء إرادتهم وتكون القواعد الإجرائية بمثابة خليط قانوني من العديد من اللوائح التحكيم وتكمن القواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف اختيارها في سير المرافعة ومكانها وميعاد تقديمها ....الخ.

وذهب جانب من الفقه إلى أن هذه الحرية في اختيار قانون إجراءات يعود إلى أن هذا النوع من التحكيم هو أكثر وفاء لخصوصية وسرية التحكيم و يترتب عن هذا انه يعد من الأنواع الأكثر ملائمة للعلاقات الاقتصادية مثل ما هو الحال في عقود التكنولوجيا .

ثانيا: التجزئة في حالة اختيار المحكم للقواعد الإجرائية

تخضع القواعد الإجرائية للتحكيم لإرادة الأطراف إلا أن هذا المبدأ يمكن أن تتخلله بعض الصعوبات متمثلة في عدم اتفاق على تبني قانون معين أو نتيجة لعدم كفاية الإجراءات التي اتفق عليها المحتكمين تسند مهمة تكملة القواعد واختيار القانون المناسب إلى هيئة التحكيم سواء المحكم واحد أو أكثر،تكملة القواعد الناقصة من طرف المحكم إضافة للقواعد المختارة هي بمثابة تجزئة للقواعد الإجراءات لسير الخصومة التحكمية .

فالمحكم له سلطات واسعة يستطيع بالتالي أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أيا كان المصدر الذي يستقي منه هذه الإجراءات بشرط أن لا تخل بحقوق وضمانات الدفاع والمساواة و العدالة ،ولهيئة التحكيم دور مزدوجا، فالدور الأول يتمثل في إذا ما كانت إحالة صريحة من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم هذه المهمة لهيئة، والدور الثاني في حالة غياب إرادة الأطراف في تحيد قانون الواجب التطبيق حيث إعمال الضابط الاحتياطي.[79]

للمحكم دور فعال في استبعاد القوانين الداخلية و استقلاليته التامة عن النظم القانونية الوطنية للمحكمين أو لموطنهم أو مقر التحكيم، لأن المحكم يمارس مهمة خاصة وليست عامة خلاف على المحكم الداخلي أو القاضي الوطني يمارس العدالة باسم الدولة التي ينتمي إليها، و المحكم ليس له قانون خاص به إن كان المحكم ملزم بتطبيق قانون الإرادة الأطراف، فان ذلك لا يسمح من حيث المبدأ القول إن إرادة المتعاقدين تصبح قانون وطنيا، ويحاول قسم من الفقه إيجاد انتماء دولي وله في ذلك إلحاقه بالجماعة الدولية المؤلفة من أشخاص اعتبارين للقانون العام والقانون الخاص أشخاص طبيعيين الذين هم طرف في العلاقات الاقتصادية التي تتجاوز دولة واحدة هذا يعني وجود مزيج قانوني لتضمن قوانين عدة دول فالفقه أوجبه بإتباع قواعد خاصة التحكيم الدولي[80].

---

[78]-إيلاف خليل إبراهيم الصالح،القانون الواجب التطبيق على التحكيم (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون، جامعة الشرق الأوسط ، 2014

[79]-عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص58

[80]- فؤاد ديب ،المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد24 ،العدد الثاني ،2008،ص ص35-36

ثالثا:موقف التشريعات الوطنية واتفاقيات الدولية من تجزئة القواعد الإجرائية

أقرت التشريعات الوطنية بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءت التحكيم ،هذا ما يظهر في نص المادة 1494 / 1 من ق. ا.م .الفرنسي فهذه المادة تكرس مبدأ سلطان الإرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم اجراءت التحكيم،فهي تعطي للأطراف ثلاث خيارات وهي وضع قواعد إجرائية مباشرة دون الاستناد إلى آي قانون الوطني كان ،أو بالحالة إلى نضام تحكمي معين وأخير في حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر 9 ديسمبر 1955.[81]

كما سار المشرع المصري في نفس الاتجاه حيث نجده يأخذ بقانون الإرادة كأصل عام لتحديد اجراءت التحكيم من خلال نص المادة 25 من قانون رقم27 لسنة 1994الخاص بالتحكيم في المواد التجارية والمدنية ، حيث انه من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع المصري اخذ بمبدأ حرية الأطراف في اختيار الإجراءات ، وذلك ووفقا للنزعة التحررية لقانون التحكيم المصري فانه يمكن للأطراف إخضاع التحكيم لقواعد الإجرائية السارية إلى قانون معين بالرغم من أن إجراء التحكيم في مصر والفائدة من هذه الحرية في هذا الاختيار في حكم المسائل التي أورد لها القانون المصري أحكاما مكملة ومتروكا أمر تطبيقها لإرادة الطرفين الإضافة إلى المسائل التي لا يكون هذا القانون قد تناولها بالتنظيم أصلا.

نجد أن المشرع المصري قد اخذ فكرة التجزئة للقانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكمية ومبرر ذلك أن هذه التجزئة خول لهيئة التحكيم أو المتعاقدين سلطة واسعة في تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع و يبعد التحكيم عن الخضوع لسيطرة قانون إجرائي معين وما يترتب على إعماله من إهدار كل قيمة لاتفاق التحكيم عند الاصطدام بالنظام العام، كما إن تطبيق هذا المنهج ترتب عليه تفادي الاعتبارات الخاصة بالحصانة السيادية التذرع بها .[82]

إما موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم يظهر من خلال نص المادة 1/1043 من الق 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه **"يمكن ان تضبط اتفاقية التحكيم للإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا لنظام التحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحده الأطراف في اتفاقية التحكيم".**

فالملاحظ أن المشرع الجزائري اخذ حرفيا هذه المادة من نص المادة 1/1494 ق ا م ف والتالي اختار نفس الخيارات الثلاثة التي جاء بها المشرع الفرنسي في المادة السالفة الذكر والتي كرس من خلالها إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم لتحديد إجراءات التحكيم مباشرة [83]

---

[81]- نقلا عن :جراد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2009 ، ص 45

[82]- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي (في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، مصر، 2002، ص254

[83]- جراد محمد، المرجع السابق، ص45

موقف المشرع الجزائري واضح من خلال هذه المادة حيث جعل في المقام الأول إخضاع إجراءات التحكيم إلى القانون الذي يختاره الأطراف وفي حالة غياب الاتفاق ترجع المسالة بين يدي المحكمين غير انه استبعد الإحالة إلى القواعد الإجرائية لقانون مكان إجراء التحكيم ،كما استبعد إعمال قواعد تنازع القوانين [84]

الفـرع الثاني
تجزئة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص ، وتزداد الصعوبة عندما تثور هذه المسألة على المحكم حيث انه من المعروف أن المحكم ليس له قانون اختصاص يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه بل أن المسألة تصبح أكثر صعوبة وتعقيدا عندما يكون احد الأطراف في العقد دولة أو احد الأجهزة التابعة لها ، إذ أن الدولة أو الجهاز العام التابع لها ينفر من إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونه الوطني

ونظرا لدور الإرادة في التحكيم فلا تزال غالبية النظم القانونية تحترم إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيارها للقواعد التي تحكم موضوع النزاع ، فيمكن للإرادة الأطراف أن تحدد القواعد التي ستطبق على موضوع النزاع مباشرة وقد تحيل إلى قواعد التنازع لدولة معينة يتم على ضوئها تحديد تلك القواعد باتفاق الإطراف بإرادتهم كما يمكن لإرادة الأطراف تخويل هيئة التحكيم سلطة اختيار القواعد الملائمة [85]

وسنعرض المسألتين في :

- أولا:التجزئة في حالة اختيار الأطراف بأنفسهم للقواعد الموضوعية
- ثانيا: التجزئة في حالة اختيار المحكم للقواعد الإجرائية
- ثالثا:بعض نماذج أحكام محاكم التحكيم

[84]- نورة حليمة، المرجع السابق، ص80

[85]-خالد محمد القاضي، المرجع الساق، ص259

أولا: التجزئة في حالة اختيار الأطراف بأنفسهم للقواعد الموضوعية

يعتبر خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلم به في مجال التحكيم الدولي ، ولذلك يقوم المحكم في النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية يقوم الدور الذي يقوم به القاضي الوطني إلا أن تطبيق القانون الذي اختاره الخصوم للفصل في النزاع له مدى أبعد في التحكيم التجاري الدولي مقارنة بالنظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود ،وللخصوم الحق في إخضاع النزاع إلى قانون دولة معينة أو خليط من القواعد القانونية غير تشريعية كالأعراف التجارة الدولية [86].

إقرار مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لم يمنع الاختلاف والجدل في أوساط الفقه حول مدى الحرية المعترف بها للإطراف في هذا المجال والاختلاف خاصة في مجال وجود صلة بين القانون المختار والعقد وفي هذا الصدد ظهرت نظريتان وهما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، فبالنسبة لأنصار النظرية الشخصية التي يتزعمها المذهب الفردي والقانون الطبيعي فقد نادوا حق أطراف النزاع بإعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على منازعاتهم وهذا بإطلاق العنان لمبدأ السلطان الذي بموجبه يتمتع الأطراف بحق تضمين عقودهم ما شاءوا من شروط واختيارهم للقانون يكون بغض النظر عن أي صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع طالما لم يتم اختيارهم لهذا القانون بسوء نية ، واهم ما يترتب على الأخذ بهذه النظرية انه يجوز للأطراف استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطلا وكذلك لا تطبق التعديلات التي تسنها الدولة للقانون المختار في العقد.[87]

يستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم على إن تطبيق قانون الإرادة إلى أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الاتفاقية للتحكيم فحسب وإنما لاعتبار مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قاعدة الإسناد أكثر ملائمة وما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف .

من المؤكد آن هذه النظرية يؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بالقواعد تنازع القوانين ذلك لما للإرادة قوة وحرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الاستناد إلى قانون يبرر هذا الاختيار [88]

أما النظرية الموضوعية فيرى أنصارها أن عدم خضوع العقد الدولي لنظام قانوني معين ليس معناه أنه خارج عن القانون وإنما هناك أكثر من نظام يخضع لها رغم استحالة تطيق كل هذه القوانين بالنظر لاختلافها ، ولما كان العقد الدولي يرتبط بمحيط اجتماعي فانه معظم أثاره تتحقق في وسط اجتماعي معين ، من ثم يجب تركيز هذا العقد في هذا الوسط ويذهب أنصار هذه النظرية إلى إن إرادة الأطراف في اختيار قانون يحكم العقد الدولي ليست طليقة وهذه الاخيرة مقيدة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد متى كانت عبارات العقد صريحة ولا لبس فيها.[89]

[86]- شويرب خالد، المرجع السابق، ص178.
[87] - بولقواس سناء ، المرجع السابق، ص107
[88]- جراد محمد ، المرجع السابق، ص57
[89]- بولقواس سناء ، المرجع السابق، ص108

والسلطة الممنوحة للخصوم لتحديد هذا القانون قد جسدتها اتفاقيات دولية متعلقة التحكيم التجاري الدولي وأهمها اتفاقية جنيف الصادرة بتاريخ 1961/04/21التي نصت في مادتها السابعة الفقرة الأولى **"إن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب إن يطبقه المحكمين على موضوع** النزاع"وفي هذا النص نجد أن هذه الاتفاقية قد كرست الاستقلال المطلق للإرادة الأطراف بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني ولو لم تربطه أية صلة العقد او على التحديد بموضوع النزاع ، ويمكن لهم أيضا اختيار قواعد المهنية والعادات التجارية آو المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية [90].

كما منحت اتفاقية واشنطن 1965 لأطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم حيث جاء في عبارة الأولى من النص المادة 1/42 من الاتفاقية ما يلي"تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع ،إذا لم يقم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فان المحكمة التحكمية تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك المتعلقة بتنازع القوانين ، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلق بالموضوع "ومن هذا النص نجد أن هذه الاتفاقية أعطت الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق فيمكن اختيار قانون احد الطرفين أو نظام قانوني أخر.

وقد اشتمل نص المادة من هذه الاتفاقية على عبارة **"القواعد القانونية** "وليس كلمة **"قانون "** مما يفيد أن اتفاق الأطراف ليس مقيد نظام قانوني معين بل لهم الحرية فاختيار أكثر من نظام قانوني واحد آو تجزئة العقد وإخضاعها لأكثر من قانون.[91]

وهناك الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 نصت في مادتها الرابعة على إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التي تنص على انه **"للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع....."**

والملاحظ من نص هذه الاتفاقية أنها قد كرست

الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف بحيث يجوز لهم الاتفاق على أي قانون حتى ولم يكن له أدنى صلة العقد.[92]

ونجد كذلك التشريعات الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم، آخذت بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ومن بين هذه القوانين نجد القانون الفرنسي للتحكيم الدولي نص المادة 1496 من هذا القانون على انه"يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف....."

ويرى الغالب من الفقه أن هذا النص باستخدامه تعبير القواعد القانونية بدلا من تعبير القانون يجيز بذلك للأطراف المتعاقدة الاتفاق على حسم النزاع هذا ليس فقط بالتطبيق للقانون وطني بل

---

[90]-يوسف سليمان عبد الرحمان الحداد، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية، عمان ،في فترة مابين 26-27اوت،2014 ، ص7

[91]- قبايلي طيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتورة في العلوم ،فرع قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص336

[92]-خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص137

أيضا بتطبيق القواعد المشتركة في قوانين المتصلة بموضوع النزاع أو المبادئ العامة للقانون الدولي أو ما يعرف بقواعد التجارة الدولية.[93]

نجد هناك المشرع المصري أخذ بهذا المبدأ وهذا في قانون التحكيم الدولي رقم 27 لسنة 1994، حسب نص المادة 1/39 من هذا القانون والتي تنص "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك " ويتضح من هذا النص اخذ المشرع المصري بالاستقلال المطلق للإرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تطبق على العقد موضوع النزاع ،حيث لم يقيد إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص ، وبالتالي يجوز لهم اختيار قانون وطني وتطبق القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد ما لم يتفق الأطرف على غير ذلك ، ويرى جانب من الفقه أن استخدام المشرع لتعير القواعد دون أن يلحق بالقانونية التي قد قصد به عدم تقييد إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تنتمي لقانون وطني معين ودليل أن النص أضاف " وإذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة " مما يفيد أن من حقهم أيضا الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي إلى قانون داخلي لدولة ما ، كما يرى هؤلاء أن من المنتضر وفقا لهذا النص أن يتفق الأطراف على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين داخلية بالإضافة لما قد يتم اختياره من قواعد مسندة من الاتفاقيات الدولية غير النافذة في مصر أو العقود النموذجية جرى عليها العمل في المجال الذي تم التعاقد في إطاره.[94]

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويظهر ذلك في أحكامه في مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 في نص المادة 1050التي تنص على**"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب القواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" .**

ويتضح لنا موقف المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أنه سار على نفس المنهج الذي سار عليه أغلب الاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوضعية، حيث جعلت في المقام الأول إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.[95]

في الظاهر إن المشرع الجزائري أخذ هذه المادة من المادة 1496من القانون الفرنسي السالف وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع مع مراعاة قواعد النظام العام، والمشرع الجزائري مصطلح "قواعد القانون " الذي يختاره بمرونة وبمحتوى أوسع ومنه يكون للأطراف مجالا واسعا لإجراء اختيارهم ومن ثمة يكون لهم ليس فقط اختيار قانون وطني وإنما يمكن لهم اختيار عدة قوانين وطنية وبل أكثر من ذلك لهم الحق في إخضاع نزاعهم للأعراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون [96]

---

[93]-نورة حليمة، المرجع السابق، ص92

[94]-إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص181

[95]- نورة حليمة، المرجع السابق، ص 93

[96]-محمد جراد، المرجع السابق، ص53

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، قد تكون القانون الجزائري وقد يكون أي قانون أخر فالمادة 1050تؤكد حرية الأطراف في تطبيق سلطان الإرادة فقد خول الأطراف إنشاء قواعد قانونية مختلفة لكي تنظم وتطبق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم مثال ذلك أن يتفق الأطراف فيالقوانين على عقد نموذجي أو قواعد محددة وضعتها منظمة متخصصة كمنظمة التجارة الدولية ، أو مزيجا من القواعد كأن يختار الأطراف الق الم الج لكي يحكم ضمان العيوب ، ويختاروا نصوص القانون الفرنسي على مسألة التأخير .وعليه فهيئة التحكيم في هذا القانون المختار تطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك.[97]

مضت الإشارة أن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أن تنصب حرية اختيار للقانون الذي يحكم النزاع محل التحكيم فقد يختار الأطراف الأحكام الداخلية في القانون المختار أو قواعد موضوعية دولية إلا انه، وإذا ما تم اختيار قانون دولة ما من قبل الأطراف للانطباق على نزاعهم فإنهم في تلك الحالة يجب عليهم احترام القواعد الآمرة في ذلك القانون سواء كانت قواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز لهم استبعاد هذه القواعد آمرة حتى وان كانت يمكن أن تؤدي إلى بطلان العقد، عليه يجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع نزاعاتهم إلى أكثر من قانون عن طريق استخدام آلية التجزئة، تعتبر هذه الآلية تعبيرا عن رغبات الأطراف في اختيار أكثر القوانين المناسبة لحكم نزاعهم ويلجأ إلى ذلك لتجنب إبطال عقدهم بسبب الغبن لذا فإنهم يخضعون عقدهم إلى قانون دولة ما حتى لا يترتب على ذلك بطلان العقد بسب الغبن .وإذا ما تم اختيار قانون دولة أخرى لحكم بقية المسائل المتعلقة بالعقد فان هذا العقد لا يمكن إبطاله بسب الغبن ولو كان قانون الدولة الأخيرة يترتب البطلان بسببها إنما يبطل العقد بسبب الغلط آو التدليس أو الإكراه.[98]

ثانيا :التجزئة في حالة اختيار المحكم للقواعد الموضوعية

تتجه اغلب التشريعات إلى انه في غياب الاختيار الصريح من الأطراف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع تظهر لدى المحكم مشكلة البحث عنه وتحديده ، ويتمتع المحكم في إطار التحكيم التقليدي بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الذي يحكم النزاع اعتمادا على قرائن ومؤشرات التي تختلف النظم القانونية حول القيمة المرجحة لهذه قرائن والمجسدة في كل المؤشرات العامة مثل محل إبرام العقد، محل التنفيذ و مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين ،مكان التحكيم وجنسية المحكم [99]

[97]- عباسي منير ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع إدارة إعمال، جامعة خميس مليانة، 2013، ص72

[98]- إيلاف خليل إبراهيم الصالح، المرجع السابق، ص109

[99]- بوديسة كريم،التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص79

وتأكدت السلطة التقديرية للمحكم في إيجاد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

فقد نصت المادة 1496 /2 من ق ا م على تأكيد على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب اختيار الأطراف، حيث منحت هذه المادة لهيئة التحكيم سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اتفاق الأطراف وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة وملائمة لحل النزاع ، ولكن يبقى دور المحكم .

ولكن يبقى دور المحكم محدد بالمقارنة بدور الأطراف في المحكم عند بحثه عن القانون الذي تتكون له علاقة أو رابطة مع النزاع..... لدور هيئة التحكيم في تحديد القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع .

ذهب القضاء الفرنسي إلى التأكيد على تطبيق مجموعة المبادئ وعادات التجارة المسماة بالقانون التجاري الدولي.[100] ،كما أن المشرع المصري يخول للمحكم استخلاص القوانين أكثر اتصالا بالنزاع ويطبق قواعده الموضوعية في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إذ تقضي الفقرة الثانية من المادة 39 من قانون التحكيم أن "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع"، وقد اوجب المشرع المصري على المحكم عند الفصل في النزاع مراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية ،هذا وفي الفقرة 3 من المادة 39 يكف للأطراف تفويض المحكم للفصل في النزاع وفقا لقواعد الدولية ولم تقيد هيئة التحكيم في الفصل في النزاع بأحكام قانون معين فنصت المادة 4/39 على انه **"يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على تفويض بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون "**[101]

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 1050من القانون 08-09على **"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "**،يتضح من النص أن المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة فهو يختار القانون الذي يرى انه أكثر ارتباط واتصالا بالنزاع، وأمام المرونة التي أعطاها المشرع الجزائري إلى المحكم قد يجد هذا الأخير أنه أكثر اتصالا بموضوع النزاع هو قانون بلد الإبرام ، أو مكان التنفيذ أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم ، المهم أن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الأطراف وبالتالي قد يختار المحكم أي قانون ،لكن الواقع العلمي أثبت على الصعيد التحكيم التجاري الدولي أن التحكيم يميل أكثر إلى القانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ تأسيسا على الإرادة الضمنية للأطراف.[102]

لقد لقي دور المحكم في تحديد القانون في موضوع النزاع تأكيدا في الاتفاقيات الدولية، فمنها ما يعطي المحكم اختيار قواعد التنازع للقانون دولة المتعاقدة ومنها ما يعتمد على المبادئ العامة

[100]- جراد محمد، المرجع السابق، ص61

[101]-إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص184

[102]- منير عباسي، المرجع السابق، ص72

للقانون الدولي وكذا العدل والإنصاف، فنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية نصت في المادة 3/13 على انه"للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الإطراف طبق المحكم قاعدة التنازع القوانين التي تراها مناسبة في هذا الخصوص " وهذا يدل على أن المحكم غير مقيد أي قانون وطني موضوعي معين .

ثالثا:بعض نماذج أحكام محاكم التحكيم

أقرت التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بأولوية القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه فهذه القاعدة ملزمة لأي محكم،لكن المشكلة عند عدم تصريح الأطراف بالقانون الواجب التطبيق، المحكم في هذه حالة مجبر على البحث عن القانون الملائم، إذ كانت اتجهت إرادة الأطراف في بعض الحالات إلى وضع بعض القواعد النموذجية فان هذه العلاقات لا يمكن أن تصل بمنأى إلى أي نظام قانوني إذ غالى ما تحتاج القواعد المنصوص عليها إلى إكمال وعلى الأقل إلى تفسير،المحكم يحتاج إلى نظام قانوني أو قانون وضعي سواء فوض بقضاء بالصلح أو وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف و حسن النية أو لم يفوض لذلك،ومن بين بعض نماذج أحكام التحكيم :

أ-الحكم الصادر في إطار قضية الشيخ أبو ظبي :تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام عقد بين شيخ أبو ظبي والشركة " **pétrohement develepement**" اتفاقية على تطبيق القانون السائد في أبو ظبي على أي نزاع يمكن أن يكون بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية ،عندما ثار خلاف بين الطرفين المتعاقدين تم اللجوء إلى قضاء التحكيم المحكم الانجليزي قضى بعدم تطبيق القانون السائد في أبو ظبي استناد إلى أن شيخ يمارس القضاء في أبو ظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقران،ومن غير المعقول انه في مثل هذا المكان القبلي توجد مجموعة من القواعد القانونية التي تنشا في ظل التجارة الدولية الحديثة،كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع ،وإنما أرادوا تطيق أحكام قواعد العدالة و المساواة و حسن النية انتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدينة التي يمثلها من وجهة النظر المحكم القانون الانجليزي الذي قام بتطبيق القانون الانجليزي على النزاع.[103]

ب-حكم الصادر في قضية أرمكو:

تمثل في النزاع الذي ثار خصوص عقد امتياز نقل البترول بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أمريكية تسمى اختصار"أرامكو"تقوم فيها الأخيرة بالتنقيب و استثمار و تسويق البترول المصدر من المملكة لكن أبرمت عقد آخر مع شركة "ساكتو "تمنحها حق الأولوية في نقل البترول لمدة ثلاثين عاما.

اعترضت شركة "أرمكو"على التعاقد المملكة السعودية فرفع النزاع للتسوية أمام الهيئة التحكمية بجنيف،حيث قررت هذه الأخيرة بشان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يوحد اتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد،تطبيق المبادئ العامة للقانون و الأعراف التجارية

[103]- بلقواس سناء، المرجع السابق، ص109

المتعارف عليها في مجال صناعة البترول واستبعاد القانون السعودي الواجب التطبيق باعتبار ان أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح لحكم النزاع وتفسير العقد.

. و بهذا الشكل استبعد المحكم الدولي تطبيق القانون السعودي المتفق عليه من قبل الأطراف لصالح تطبيق قواعد أخرى ،بدعوى وجود فراغ قانوني يميز القانون السعودي بكا يحول تطبيق دون تطبيق أحكامه على العلاقات البترولية[104] .

[104]-فاتح خلاف، المرجع السابق، ص101

الفصل الثاني

التجزئة غير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

انطلاقا من كون العقد الدولي رابطة متعددة الجوانب فقد رأى جانب من الفقه أنه يمكن تجزئة عناصره وإخضاع كل منها لقانون يختلف عن الأول، بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد ،التجزئة على هذا النحو تبدو طبيعية لأنها تكون بإرادة الأطراف ويسعون إليها بأنفسهم لأنها قد تهم مصالحهم وتغنيهم من الوقوع في مشاكل قد تلحق بهم عند الحفاظ على وحدة العقد كاحتمال إبطال العقد وهذا ما يعرف بالتجزئة الإرادية.

وهناك تجزئة غير إرادية وهي في الحالة التي يحافظ فيها الأطراف على وحدة العقد فيحددون قانون معين ليحكم العقد وذلك بإرادتهم ويخضع العقد في كل جوانبه إلى هذا القانون إلا أنه قد يستبعد القانون المختار من قبل القاضي أو المحكم إذ أن هناك مسائل لا يقبل القاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يطبق عليها قانون الإرادة وذلك لأنه مجبرا على التقيد بقانون دولته وهذه المسائل هي التي تدخل في فئة الأحوال الشخصية ويدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالأهلية ،وهناك المسائل اخرى تخرج بطبيعتها من قانون الإرادة أيضا وهي شكل العقد وأثاره.

ليست هذه هي الوضعية الوحيدة التي تبرز فيها التجزئة غير الإرادية لقانون العقد، وإنما هناك الحالة التي يتبين فيها للقاضي عند تطبيقه للقانون المختار انه يصطدم بالمبادئ الأساسية 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.[109] وعلى هذا النحو قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتناول على التوالي في.

- المبحث الأول:المسائل المستبعدة بطبيعتها عن قانون الإرادة
- المبحث الثاني:تدخل القواعد الآمرة في تجزئة قانون العقد الدولي

[109]-عيد عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص73

المبحث الأول

المسائل المستبعدة بطبيعتها من قانون الإرادة

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 أخر[110]،فهناك مسائل يحكمها قانون أخر خلاف قانون العقد، فلأهلية المتعاقدين مثلا تخرج من نطاق القانون المختار إذ تخضع للقانون الشخصي هذا مانصت عليه المادة10ف1من الق.م.ج ،إضافة إلى شكل العقد يخضع أيضا لقوانين التي حددتها المادة 19من الق.م.ج، العقار يخضع لقانون المكان الذي يوجد فيه .

أمام هذا الاستبعاد لهذه المسائل من نطاق تطبيق القانون المختار نطرح هذا التساؤل:هل يمكن القول إن كل الالتزامات التعاقدية من أثار العقد وتكوينه تخضع لقانون العقد أم هناك مسائل تخرج من نطاق هذا الأخير؟

بناء على ما تقدم ستكون دراستنا في هذا المبحث كما يلي:

- المطلب الأول:تجزئة قانون العقد عند تكوينه
- المطلب الثاني:نطاق قانون الإرادة في أثار العقد

[110]– شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع العقود والمسؤولية،كلية الحقوق و العلوم الادارية ،جامعة الجزائر ،2003، ص 88.

المطلب الأول

تجزئة قانون العقد عند تكوينه

تتمثل أركان العقد من الأهلية ، الرضا ،المحل،السبب،وقد اختلف الفقهاء في مدى خضوع هذه المسائل لقانون العقد ،باستثناء وجود الإرادة كشرط في التصرف القانوني بحيث يستبعد من نطاق قانون المختار بعض هذه المسائل وهذا ماسنعرضه في هذا المطلب:

- الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على الأهلية
- الفرع الثاني :القانون الواجب التطبيق على الرضا
- الفرع الثالث:القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب

الفرع الأول

قانون الواجب التطبيق على الاهلية

تتمثل فكرة الأهلية في صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل التزامات و مباشرة التصرفات القانونية التي تكون من شأنها أن تكسب حقا، أو تحمله التزام على وجه يعتد به القانون .

أهلية التعاقد إن كانت شرطا لصحة العقد إلا أنها في الحقيقة صفة لصيقة بالشخص تتحدد على أساس حالته وتعد جزءا من نظام الأهلية عموما وليست من مسائل التصرف الإرادي ذاته ومن هذا المنطق تخضع الأهلية لقاعدة إسناد مستقلة عن قانون الارادة.

فقد استمدت معظم التشريعات المعاصرة ضابط الإسناد في مسائل الأهلية من عنصر الأشخاص بوصفه احد عناصر العلاقة القانونية وباقترانه بمركز ثقل في الأحوال الشخصية ومن هنا جاء الالتجاء إلى الجنسية أو موطن كضابط إسناد في المسائل الشخصية باعتباره معيار اكثر ارتباط بالأهلية.

تختلف التشريعات في هذه المسألة بين من تفضل تطبيق قانون الجنسية وبين من تسند الاهلية لقانون الموطن ولكل موقف حجج اسس عليه موقفه ،فمن بين حجج مناصري الاهلية ما يلي :

ـ يتضمن قانون الجنسية الاستقرار بالنسبة للقانون المطبق ولا يثير صعوبة في تحديده يقول الأستاذان **"باتيفول "**و**"ليجارد"** شارحين هذه الحجة :

"القانون الشخصي هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة والجنسية تعتبر أحسن عامل للإسناد من الموطن لأن هذا الأخير يمكن تغييره بسهولة على خلاف الجنسية وإضافة إلى ذلك فإن تغيير الموطن من شأنه خلق صعوبة في تحديده وذلك نادر الوقوع بالنسبة للجنسية"

- أن الغرض من الزواج هو تكوين أسرة كما كانت هذه الأخيرة هي الأولى في المجتمع فهي تهم البلد الذي تنتمي إليه الزوجات بجنسياتهن أكثر ممّا تهم البلد الأجنبي الذي تواجدوا فيه بالصدفة، لذلك فإنه ليس هناك أحسن من الجنسية كعامل إسنادا للأحوال الشخصية .

- تكون رغبة الأشخاص في اللجوء الى أحكام قانون الجنسية أكثر من رغبتهم في اللجوء الى قانون الموطن أو أي قانون أخر ذلك لأن قانون الجنسية باعتباره القانون الوطني للشخص يتكيف أكثر من غيره مع مزاج الرعايا.[111]

- الأخذ بقانون الجنسية يجعل رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم يتعلقون بوطنهم ، و يحملون قانونه أينما ذهبوا حيث ان كل دولة تهتم برعاياها في الخارج بواسطة سفارتها و قنصلياتها، ومن حق هؤلاء الرعايا الذين يحملون معهم قانون جنسيتهم أن يرجعوا في كل تصرفاتهم إلى سفارة دولتهم و قنصليتهم لتدافع عن حقوقهم.

أما فيما يخص حجج مناصري قانون الموطن فيرون انه يجب إسناد الأهلية لقانون الموطن لوجود حالات يكون فيها الشخص بلا جنسية وهو ما يحدث كثيرا، وقانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة للمهاجرين الذين توطنوا في إقليم أخر، إذ يكون من مصلحتهم ان يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه مقارنة بقانون جنسيتهم ،وربما يجهلونه بسبب بعدهم عن إقليم دولتهم كما من شأن سريان قانون الموطن على المهاجرين أن يسهل اندماجهم في رعايا الدولة وإلحاقهم بمواطنهم بدل من أن يظلوا أجانب عنها، فلو طبق على كل أجنبي قانون جنسيته في بلد يكثر فيه الأجانب مثل الولايات المتحدة الأمريكية يضيق مجال تطبيق القانون الوطني إلى حد كبير بما في ذلك ما يترتب عنه من ضرر لسيادة الدولة و سيادة قوانينها على إقليمها، والشخص يرتبط بالموطن الذي به مصالحه أكثر مما يرتبط بجنسيته إذ انه ربما قضى حياته كلها في موطن بعيد عن إقليم دولته.

الواقع أن اختيار قانون الجنسية أو قانون موطن هي مسألة نسبية يتوقف حلها على ظروف كل دولة ولا يمكن أن يعمم الحكم كقاعدة عامة تسري على جميع دول مما لا شك فيه انه إذا كانت الدولة كثيفة السكان ويتواجد رعاياها في الخارج بنسبة أعلى من نسبة الأجانب الذين يهاجرون إليها فمن الصالح لهم إن تسند أحوالهم الشخصية لقانون الجنسية، ليظل راعيها مرتبطين بها وهم بالخارج ارتباط قانونيا ،وعلى عكس ذلك كلما كانت دولة فقيرة في عدد سكانها محتاجة إلى جلب اليد العاملة من الخارج و كذا إلى عنصر يكون من مصلحتها إن تسند الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن [112]

أما موقف التشريعات الحديثة من إسناد الأهلية إلى قانون الجنسية او قانون الموطن فنجد موقف المشرع المصري في نص المادة 1/11 التي تنص على **"إن الحالة المدنية للأشخاص و**

---

[111] - أعراب بلقا سم ،القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)الزيتونة للاعلام والنشر،الجزائر،د.س .ن، ص 157.

[112]-زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري (مقارن بالدول العربية)الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص129.

أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " يتبين من نص هذه المادة إن المشرع قد اخضع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم، أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فنجده نص في المادة3/3 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن "**القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم تحكم الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في دولة أجنبية** "و قد استقر اجتهاد الفقه الفرنسي على تطبيق هذا النص بصورة عامة مفادها أن حالة الأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم يشير الأستاذان "باتيفول " **BATIFFOL"** ،و"لا جارد"**LAGARADE"** في هذا الخصوص ان هذا الاسناد ما هو إلا تطبيق لمبدأ أكثر عمومية مؤداه إخضاع العقد لقانون جنسية الشخص [113]، لأن الأهلية رغم اعتبارها شرطا لصحة التعاقد إلا أنها تستقل بفكرة خاصة تم على أساسها اخضاع الأهلية للقانون الشخصي وإخراجها من نطاق القانون المختار.[114]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 1/10من القانون المدني الجزائري التي أخضعت الأهلية لقانون الجنسية وجاء فيها:"**تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبي.**"وعلى أساسها تم إخضاع الأهلية للقانون الشخصي سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن إذا كان المتعاقدين أشخاص طبيعيين ، أما إذا كان شخصا معنويا فالقانون الشخصي يتجسد في المقر الاجتماعي لهذا الأخير وهذا ما نصت عليه المادة 3/10 من الق .م. ج لأن هذا القانون يهدف إلى حماية المتعاقدين قبل أن يحمي العقد ذاته مما يعني أنه أخرج الأهلية من نطاق قانون الإرادة بحيث لم تحدد المادة 10 المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني ،على خلاف المشرع التونسي الذي عدد 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 إلا أن ذلك غير كاف لأن هناك أهلية أداء خاصة وأهلية أداء عامة ،وهذه الأخيرة هي التي تخضع القانون الوطني[115] وهذا ما سنفصل فيه كالأتي :

الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان حيث يتوقف توافر عنصر الأهلية في الإنسان في مدى ما يمكن أن يتمتع به من حقوق وما يمكن أن يلتزم به من واجبات ،والأهلية نوعان :أهلية الأداء وأهلية الوجوب ،ولا خلاف بين الفقه أن أهلية الأداء تدخل في مضمون الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد المتقدمة ومن ثم فهي تخضع لقانون الشخصي .

أما أهلية الوجوب وموانع التصرف التي تقيد أهلية الشخص بمناسبة مباشرة تصرفات معينة او ما درج البعض على تسميتها بالأهلية الخاصة فهي تخرج من مضمون الفكرة المسندة.[116]

[113]- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص779.

[114]-شويرب خالد،المرجع السابق،ص59

[115]-عليوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري،(تنازع القوانين)،الجزء الأول ،دار هومة ،الجزائر،2006 ص ص198 - 199

[116]-إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص225

أولا:أهلية الوجوب

تكمن هذه الأهلية في صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات و المقصود بصلاحية الشخص لاكتساب حقوق صلاحيته أن يكون صاحب حق كأن يكون صاحب حق ملكية أو حق انتفاع على عقار ،أما مقصود بصلاحية شخص لتحمل التزامات صلاحيته أن يكون مكلف بالتزام كأن يكون مدينا لأخر بمبلغ من المال أو ملتزما اتجاه المدين التزاما معينا، يتضح من هذا التعريف أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسان فهي بذلك مرتبطة بالشخصية القانونية فكل شخص له أهلية وجوب حتى الجنين في بطن أمه إلا انه بالنسبة له فهي ذات نطاق محدود ترتب له بمقتضاه بعض الحقوق التي يقررها القانون وعليه تعتبر أهلية الوجوب من مظاهر الشخصية القانونية إذ تثبت لشخص منذ ميلاده.[117]

هذه الأهلية سماها البعض بالأهلية الخاصة نظر لما تفيد أهلية الشخص بمناسبة تصرفات معينة فهي تخرج من الفكرة المسندة وبتالي تخرج بذلك من نطاق المادة 10 من القانون المدني الجزائري فلا تخضع بالتالي للقانون الجنسية ،فما دام نطاق الأهلية يتمثل في صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل التزامات بالتالي تخضع للقانون المختص بالحق المراد تقريره.[118] وهذا ما أخذ به الفقه الراجح في كل من فرنسا ومصر .

ثانيا:أهلية الأداء

تتمثل هذه الأهلية في قدرة الشخص وصلاحيته لتحمل الالتزامات و تبعات التصرفات القانونية التي قام بها وهي تختلف باختلاف المراحل العمرية التي يمر بها الفرد وتنقسم هذه الأهلية إلى أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة :

أهلية الأداء العامة هي تلك الأهلية التي تعني القدرة على التعبير عن الإرادة لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وكذلك في ترتيب آثارها، فتخرج بذلك من نطاق الأعمال المادية التي يرتكبها الشخص عن وعي وإدراك سواء أراد النتيجة الحاصلة أو لم يردها كما أنها لا تحتاج إلى الإرادة إطلاقا لان القانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة، يتضح مما سبق أن الأهلية العامة محورها التميز لذلك لا خلاف بين الفقهاء أن هذه الأهلية تدخل في نطاق قانون الجنسية فهو الذي يبين لنا سن الرشد ،عوارض الأهلية و حكم تصرفات التي يقوم بها غير مميز.

أما أهلية الأداء الخاصة فهي تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون مثال ذلك ما نصت عليه المادة 408من القانون المدني " إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة"و يلاحظ أن الغرض من أهلية الأداء الخاصة ليس حماية الشخص نفسه إنما الغرض منها هو حماية شخص آخر

[117]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص197.
[118]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص140

غيره لذلك فان هدفها ليس التميز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية وهذا ما جعل الفقه يخرج هذا نوع من الأهلية من نطاق قانون الجنسية ،وقد أخضعها الفقه الراجح للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته.[119] نستخلص من كل ما سبق أن أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في نطاق المادة10،التي أقرت إخضاعها للقانون الشخصي الذي يتمثل وفقا للرأي الغالب بقانون الجنسية وليس الموطن لأن المسألة متعلقة بذات الشخص و بالتالي تخضع للقانون المرتبط بالشخص[120]ا.

ثالثا :الاستثناءات الواردة على قانون الأهلية

أخذت التشريعات الوطنية الحديثة بالقاعدة العامة بشأن خضوع الأهلية للقانون الجنسية إلا أنها أوردت عليها بعض الاستثناءات وذلك في الحالة التي يكون فيها المتعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه ويكون المتعاقد جاهلا بنقص أهليته لسبب فيه خفاء لا يمكن إدراكه وتبيانه.

أورد المشرع الجزائري هذا الاستثناء في المادة10 ف2من الق الم الج التي نصت على "ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فان هذا السبب لا يؤثر على أهليته وفي صحة المعاملة "والتي تقابلها في القانون المدني المصري المادة 11 وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص وهي قضية « **LIZARDI** »وتعتبر هذه القضية الأصل التاريخي لهذا الاستثناء بالنسبة للتشريعات التي أخذت به تتلخص وقائع هذه القضية في أن شاب مكسيكي في الثالثة والعشرين من عمره يسمى ليزاردي اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات وحرر لقاء ثمنها عدة سندات ولما حل اجل الوفاء بها امتنع عن الوفاء ولما ادعى عليه دفع ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد ب 25سنة وقد أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع في حكمهم بصحة السندات، وأساس هذا الحكم ان الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم ويكفيه آن يكون قد تعاقد بدون خفة وغير إكراه وان يكون حسن النية وهذا ما جاء في حيثيات المحكمة. [121]

تتمثل شروط تطبيق هذا الاستثناء في:

-الشرط الأول:أن يكون التصرف الذي ابرمه الأجنبي من التصرفات المالية فتخرج بذلك من نطاق الاستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج ،وقد حاول جانب من الفقه تقييد مجال الاستثناء في إطار تصرفات العقود المادية أو الجارية وهي تلك التصرفات التي تتصف بالسرعة حيث لا يتسنى للمتعاقد الأجنبي البحث عن الأهلية، أما التصرفات المالية التي لها أهمية

[119]- أعرب بلقا سم، المرجع السابق، ص.190

[120]- HENRI BATIFFOl ,PAUL LAGARDE ,Droit international privé ,tome2,6 éditions,1976 ,p 274

[121]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص397

والتي تتطلب من المتعاقد مع الأجنبي الحيطة والحذر فتخرج من نطاق الاستثناء وانتقد هذا الرأي لأن عبارة التصرفات القانونية الواردة في نص المادة جاءت مطلقة غير مقيدة بأي وصف.

- الشرط الثاني:أن تعقد التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها وعليه فانه لا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج آثاره في الخارج وكذلك في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج أثاره في الجزائر ،ولا يشترط للاستفادة من الاستثناء أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين ذلك ان المفهوم الصحيح للاستثناء لا يقتصر على حماية الطرف الوطني بالذات بل حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم.[122]

-الشرط الثالث :أن يكون المتعاقد مع الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا للقانون الأجنبي ،لم يتضمن نص المادة 10من القانون مدني الجزائري وكذا نص المادة 11من الق الم المصري صراحة هذا الشرط ، لكن هذا الشرط يمكن ان يفرضه المنطق السليم لأنه لا يمكن تصور إعمال هذا الاستثناء إذا كان أجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري ذلك انه إذا كان يعذر المتعاقد مع الأجنبي في جهله وينقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي فانه لا يعذر لنقصه وفقا للقانون الجزائري[123]

الشرط الرابع :أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطرف الآخر تبينه ومؤداه أن يكون المتعاقد مع الأجنبي معذور في جهله لنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه ،وقاضي الموضوع له سلطة تقديرية في معرفة إن كان معذورا أم لا وفقا لمعيار الرجل العادي فإذا كان بإمكان الرجل العادي الموجود في نفس ظروف المتعاقد مع الأجنبي أن يتبين نقص الأهلية فلا مجال حينئذ للتمسك بهذا الاستثناء أما إذا كان الأمر على عكس ذلك فانه لا يمكن له اكتشاف أهليته فله أن يتمسك بهذا الاستثناء .[124]

وان توفرت كل الشروط الأربعة يعد المتعاقد مع الأجنبي معذورا ويحق له التمسك بهذا الاستثناء فيعتبر التصرف الذي ابرمه صحيحا ومنتجا لأثاره.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الرضا

التراضي هو تطابق إرادتين على نحو يتجه كل منهما إلى إحداث أثر قانوني ، و يتحقق هذا التوافق عن طريق التعبير عن إرادتين متطابقتين هما الإيجاب و القبول بتعبير الطرف الأول عن إرادته في إحداث اثر قانوني معين و تلاقي ذلك مع إرادة الطرف الثاني والتي تتجه إلى إحداث اثر قانوني.[125]

[122] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص401

[123] -زروتي الطيب،المرجع السابق،ص ص144 -145

[124] - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص402

[125] - قبايلي الطيب ، المرجع السابق، ص106.

التراضي هو أساس كل عقد يتم إبرامه ويكون نتيجة اتفاق طرفي العقد بالتالي تطابق الإيجاب والقبول، يرتبط بهذه المسألة مسألة مكان وزمان اقترانهما.

أولا:الإيجاب

هو تعبير بات على الإرادة بقصد الارتباط بالتعاقد حيث يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ويتم به العقد إذا ما تلاقى معه قبول مطابق وقد يكون الإيجاب ملزما للموجب خلال مدة معينة ،و تحديد الإيجاب في العقود الدولية يبدو أمرا هاما لأنه يأتي في نهاية المفاوضات وبه ينعقد العقد عند صدور القبول المطابق من الطرف الأخر، إن دراسة الوثيقة المتبادلة بين الأطراف كتعبير عن مضمون الاقتراحات المقدمة أمر به يمكن القول إيجاب ملزم أو مجرد عودة للتعاقد،حيث تختلف النتائج القانونية بحسب تكيف المعطى له.[126]

ثانيا :القبول

هو تعبير لاحق لإيجاب ولكن يجب أن يصدر قبل سقوط الإيجاب وإلا كان بمثابة إيجاب جديد موجه لمن صدر منه الإيجاب الذي سقط فإذا قبله انعقد العقد .

يجب أن يكون القبول باتا ومطابقا تماما للإيجاب ويتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمنا ولم يشترط القانون صدوره في شكل معين ،كما يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب فالقبول يصح لينعقد به العقد مادام الإيجاب قائما، فإذا كانت هناك مدة الإيجاب صريحة أو ضمنية يتعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة.[127]

يجب لانعقاد العقد أن يصدر القبول خلال فترة قيام الإيجاب نظر لان التعبير عن الإرادة لا تنتج أثاره إلا إذا اتصل بعلم .وارتباط القبول بإيجاب قد يتم بين حاضرين و يكون ذلك اذ اجمع المتعاقدين في مجلس واحد يسمى مجلس العقد فيكون على اتصال مباشر بحيث لا يوجد فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة مع الاتصال بعلم من وجه إليه، يجب لانعقاد العقد بين حاضرين أن يصدر القبول ينفض مجلس العقد قبل أن يعدل الموجب عن إيجابه.

قد يتم التعاقد بين غائبين إذا كان لا يجمعهما مجلس واحد حقيقة لأن كل منهما بعيد عن الآخر ،بحيث تمضي فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة ووصوله إلى علم من وجه إليه،ففي هذا التعاقد تثير مسألة تحديد مكان وزمان العقد.

يرى الفقه عدم إخضاع مسألة زمان ومكان بين غائبين لقانون العقد بل يجب اخضاعه لقانون القاضي على خلاف التشريعات الحديثة التي وضعت نصوص صريحة في هذا الشأن بموجبها يتم التعرف على القانون الواجب التطبيق،فمثلا القانون البولوني الصادر سنة 1926 في

[126]- موكة عبد الكريم ، (القانون الواجب التطبيق على العقد البيع الدولي الالكتروني)، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد02، 2010، ص198.

[127]-محمد حسين منصور ،المرجع السابق،ص93

المادة 09 منه "**يعتبر العقد قد تم في المكان الذي استلم من صدر منه الإيجاب بالقبول**"اما المشرع الجزائري نص في المادة 1/67على"**يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان و الزمان اللذي يعلم فيهما الموجب بالقبول ،ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك**" لكن مثل هذا الموقف منتقد كونه يثير صعوبة أخرى تتعلق بوجه الخصوص بتحديد زمان ومكان العقد القبول.

وسكوت عن التعبير عن القبول أخرجه جانب من الفقه من نطاق قانون العقد على أساس انه يؤدي إلى نتائج مخالفة للعدل والمنطق إذ يجعل من وجه اليه الإيجاب يفاجئ بحكم غريب عنه مقرر في قانون لا يعرفه،يقترح الفقه لهذه المسألة تطبيق قانون المحل من وجه إليه الإيجاب أو قانون مركز أعماله.[128] أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنص المادة 18 من الق . الم .الج .جاء عاما لم يحدد مسألة حكم السكوت لذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة للعقد التي تنص السكوت يعتبر رضا إذا أحيط بظروف ملابسة وهذا يظهر من خلال نص المادة 68 ف 2 من الق. الم. الج.[129]

ثالثا:عيوب الإرادة :

تقضي القواعد العامة بأنه يلزم أن تكون إرادة كل من متعاقدين سليمة وخالية مما يعيبها فإذا كانت الإرادة معيبة فان العقد رغم انعقاده يكون قابلا للإبطال ،والإرادة المعيبة هي التي شابها عيب من عيوب الإرادة أو عوارض الأهلية كنقص الأهلية والعته والجنون والسفه والغفلة وكلها تدخل في نطاق الأحوال الشخصية باعتبارها القواعد المتعلقة بهذه العيوب ترمي ألى حماية الشخص ذاته أو المتعاقدين[130].

المادة 10 من الق. الم. الج. طبقت على هذه العيوب قانون جنسية الشخص لأن هذه الأخيرة تخص الشخص.

وهناك من الفقه من ميز بين عيوب الإرادة وعيوب الرضا [131]حيث أخضع عيوب الرضا الى قانون الجنسية كما فعل المشرع الجزائري ،أما عيوب الرضا من غلط ،تدليس ،إكراه واستغلال فهي ليست عيوبا في الشخص ذاته ولكن هي عيوبا في العقد ،لذلك يجب إخضاعها لقانون العقد أو

---

[128]- بوكلال مبروك، لحضير حكيم ،دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،شعبة القانون الاقتصادي وقانون الاعمال،تخصص القانون العام للأعمال،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2012 ،ص54

[129]-المادة 68 ف 2من الق. الم .الج.تنص "**يعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ،أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه** "

[130]-حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص442.

[131]-الغلط :حالة تقوم بالنفس وتوهم غير الواقع، فهو وهم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الاشياء على غير حقيقتها فيكون الايجاب مطابق للقبول إلا أن رضاء المتعاقد غير صحيح لأنه لم يكن على بينة من أمره ويترتب عليه بطلان نسبي أي أن العقد يكون قابل للإبطال .

التدليس : هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة ودفعه لإبرام العقد بناء على ذلك الوهم ويقع عبء إثبات التدليس على من يدعي.

الإكراه :يتمثل في قيام الشخص بابرام تصرف تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفسه نتيجة تهديده بالأذى أو خطر

قانون الإرادة .[132] وهذا الرأي أيدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1957/06/25 من خلال الحكم الصادر عن محكمة سان ،أقرت فيه بتطبيق القانون الإنجليزي الذي هو القانون الذي يحكم العقد كذلك من حيث تكوينه.[133]

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب

بعدما تطرقنا فيما سبق إلى القانون الذي يحكم الأهلية والرضا سنعرض في هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب .

أولا :القانون الواجب التطبيق على المحل

المحل هو ما يلتزم به المتعاقدون و هو موضوع العقد المتفق على احداثه بين المتعاقدين، قد يكون القيام بعمل أو امتناع عنه و يعتبر ركن من أركان العقد الجوهرية حيث لا يقوم العقد صحيحا ألا به ،فالعقد الذي لا يوجد له محل يعتبر باطلا،المحل يجب أن يكون مشروعا وموجود و معينا أو قابل للتعين فإن كان خلاف ذلك كان العقد باطلا لانعدام المحل بالتالي لا يترتب أية أثار قانونية.[134]

تتفق الاتجاهات الفقهية في أن محل العقد يدخل في مضمون الفكرة المسندة و بالتالي يخضع للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية،مع ذلك فقد اتجه البعض الى استثناء العقد الذي يكون محله مالا او عملا.

بالنسبة لعقود العمل تخضع لقانون محل التنفيذ،أما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال فانه ينبغي التفرقة قي شأها بين العقود المتعلقة بالعقار من الجهة والعقود الواردة على المنقول من جهة أخرى

أ:القانون المطبق على العقار

فحسب نص المادة 2/18 من ق م ج التي تنص على:**"غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"**يتضح من نص المادة الإقرار بتطبيق قانون موقع العقار في العقود المتعلقة بالعقار لان في الواقع ان العقار ثابت في موقعه ومتصل بالأرض [135].

فالعقار يخضع لقانون موقعه سواء من حيث بيان ماهيته او أسباب اكتسابه او ممارسة حقوق عينية الأصلية او التبعية عليه او أسباب انقضاء او زوال هذه الحقوق و كذلك بيان الاثار المترتبة

---

[132]-عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق،ص210

[133]- شريف هنية ، المرجع السابق، ص79

[134]- الكسواني عامر محمد ،موسوعة القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن،2010ص214 .

[135]- زروتي الطيب ،المرجع السابق،ص190

على اكتسابها او فقدانه و الدعاوى الخاصة به وتقادم المكسب او مسقط لتملكه كل هذه المسائل تخضع لقانون موقع العقار اذا كان بكامله موجود داخل إقليم دولة واحدة أما إذا وجد هذا العقار بين دولتين فلابد للقانون الدولة التي يوجد فيها كل قسم وكأنه قانون موقع لوحده.[136]

ب**:القانون المطبق على المنقول**

تنص المادة 17 من ق م ج على انه:**"يسري على المنقول قانون الجهة التي يتواجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة"** رغم بساطة هذا الحل إلا انه يحمل في طياته صعوبات عملية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول ،فبعض المنقولات المادية التي يسري عليها قانون موقعه و البعض الآخر منقولات معنوية ولا يمكن تحديد القانون المختص الذي يحكم المنقول المعنوي و الحلول المقررة غير موحدة في شأن هذه الأموال،لأن لكل منقول معنوي طبيعته الخاصة التي تستدعي القانون المختص له حسب موقعه وقت تحقق السبب ،على انه يجب التميز بين حق معنوي نفسه كقيمة مالية وبين مصدره،فقد يكون عقد و يطبق عليه قانون الإرادة أو نتاجا فنيا غير منشور فيطبق عليه القانون الشخصي.[137]

يبقى التساؤل مطروحا بالنسبة للغبن فلتبيان القانون الذي يخضع له يتوقف على تحديد طبيعته وفقا لقانون كل دولة فقد يعتبر عيبا في الرضا في هذه الحالة يخضع للقانون الشخصي،وقد يعتبر عيبا في العقد يحكمه قانون العقد .[138]

ثانيا: السبب

من شروط صحة العقد لا يكفي مجرد توفر التراضي كي ينعقد العقد صحيحا بل يلزم ان يكون خاليا من العيوب وان يتمتع أطرافه بالأهلية القانونية وان يكون له سببا ومحلا مشروعا.

السبب يخضع من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد مع المراعاة فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي إذ يمكن آن يكون السبب مشروعا وفقا لقانون العقد ومخالفا للنظام العام في دولة القاضي ، الأمر الذي يجعل القاضي الوطني يستبعده ويطبق قانون بلده[139]وعلى هذا الأساس فالمشرع يبطل العقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة حسب نص المادة97 من الق. الم. الج.

[136]- الكسواني عامر محمد ،المرجع السابق،ص246
[137]- زروتي الطيب ،المرجع السابق،،ص198
[138]-عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص361
[139]- أعرب بلقاسم ،المرجع السابق،ص285

المطلب الثاني

نطاق قانون الإرادة في أثار العقد

لا شك أن الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب الآثار القانونية لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين إلا أن هذا التسليم ترد عليه بعض الاستثناءات التي تخضع هذه الآثار لقانون أخر غير القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف وهذا ما يتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالأشخاص(الفرع الأول) وكذلك بالنسبة للآثار المتعلقة بالموضوع [140](الفرع الثاني)

الفرع الأول

أثار العقد بالنسبة للأشخاص

تخضع أثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع الى هذا القانون لمعرفة الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين او من الغيرومن ثمة يحدد هذا القانون مدى انصراف أثار العقد إلى الخلف العام والى الخلف الخاص ومن المستفيدين من الاشتراط لمصلحة الغير ولكن قد يستثنى فيما يتعلق بانصراف اثار العقد الى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث حتى يسري عليه قانون المالك وقت موته[141] والمادة 1/16من الق الم الج تنص على "انه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته"

كما أثارت النيابة الاتفاقية جدلا فقهيا فيما إذا كانت تخضع لقانون الإرادة أو غير ذلك ويقصد بهذه النيابة إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه ويسمى الأصيل ينتج هذا العمل أثاره مباشرة من ذمة هذا الأخير وينتقل بحكم العقد ذاته دون الحاجة إلى أي إجراء، وبما إن أثار العقد تنصرف إليه 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 الموطن النائب او القانون محل الإبرام عقد الوكالة مع الأصيل [142]

[140]-بوكلال مبروك،لحضيرحكيم ،المرجع السابق،ص55
[141]-حفيظة السيد الحداد،المرجع السابق، ،ص444
[142]-عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص104

الفرع الثاني

أثار العقد بالنسبة للموضوع

لما يتفق الأطراف في عقدهم على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بآثار العقد وتنفيذه وما يترتب عن عدم التنفيذ مما يقتضي الرجوع الى القانون المختص لتكملة النقص بواسطة أحكامه الامرة والمكملة ولكي يتوصل القاضي الى تطبيق الاحكام القانونية المناسبة يجب اولا تفسير العقد الذي اختلفت بشأنه الانظمة القانونية ،ففي الدول التي تأخذ بالإرادة الظاهرة والتوقف عند الارادة المصرح بها في العقد ، فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد اي بيان ما يولده من حقوق والالتزامات سواء تم استخلاصه من نية المتعاقدين او طبيعة الالتزام وبعد تحديد كل هذه المسائل فقد يلزم المتعاقدين بتنفيذه فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد ،الا انها تخضع في تنفيذها لقانون محل التنفيذ الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفيته ،لان التنفيذ كثير ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد ،وبهذه الصفة تتمتع بإقليمية وتسري على التنفيذ أيا كان القانون الذي يحكم الالتزام قانون الارادة ،كما هو الشأن في الأحكام الآمرة الخاصة بالإجراءات التنفيذ او الخاصة بالتقادم فتطبق بالأولوية في بلد التنفيذ ويجب احترامها ومراعاتها وتفاديها بالتذرع بالأحكام القانون المتفق عليه [143].

وأخيرا فان قانون العقد يتولى إظهار أسباب انقضاء الالتزام وتعتبر المقاصة والتقادم من الحالات التي تثير مسألة الاختصاص للقانون غير قانون العقد كون هذا الاخير يحكم فقط حالة انقضاء الالتزامات الوفاء اذا كانت المقاصة اتفاقية فإنها تشكل عقدا جديدا مستقلا فتخضع لقانون العقد ،وإذا كانت قضائية فتخضع لقانون القاضي اما بالنسبة للمقاصة القانونية اذا كان الدينان يخضعان لقانونين مختلفين ،فالرأي الراجح يقول بعدم قبول المقاصة ،إلا إذا كانت يجيزها القانونين معا[144].

بالنسبة للتقادم هناك اتجاه فقهي يريد إخضاعه لقانون القاضي كونه يدخل في نظام الإجراءات ،ولكن هذا الإجراء منتقد لأنه يمكن ان يفاجئ الدائن الذي لم يتوقع تقادم دينه وفقا لقانون البلد الذي وقع الالتزام أمام محكمه ،وهناك كذلك من يقول بإخضاعه لقانون المدين[145].

---

[143]-موكة عبد الكريم ،المرجع السابق،ص200

[144]- بوكلال مروك،لحضير حكيم، ، المرجع السابق ،ص57

[145]- اعراب بلقاسم ، المرجع السابق،ص287

المبحث الثاني

تدخل القواعد الآمرة في تجزئة قانون العقد الدولي

ينظم القانون الدولي الخاص العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي ويصطلح على هذه الأخيرة بالعلاقات الدولية الخاصة ومتى عرض النزاع على قاضي في شأن هذه العلاقات فيرجع إلى قواعد الإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها والذي قد يكون قانون القاضي أو القانون الأجنبي .

اشتمال العلاقة العقدية الدولية على عنصر أجنبي أدى الى ظهور قواعد التنازع التي يعود إليها القاضي،المشرع عند قيامه بعملية الإسناد لا يعرف مضمون القانون الأجنبي فهو يسند الاختصاص التشريعي لهذا القانون باعتباره القانون الأكثر ملائمة وتحقيق للعدالة كما آن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية يفترض وجود حد أدنى من التقارب بين القانون الأجنبي وقانون القاضي ،لأن عند تطبيق القاضي لهذا القانون المختص قد يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته التي حددها مشرعه في مختلف القواعد القانونية خاصة باعتبارها تمس بالأمن الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ، فهنا يستوجب الأمر استبعاد الاختيار كون المصلحة العامة هي الأولى بالحماية من المصالح الخاصة فيؤدي إلى تدخل قواعد الآمرة لاستبعاد قانون الإرادة لأنه يصبح بمثابة خطر يهدد استقرار السياسة التشريعية لدولة القاضي .

يلجأ القاضي إلى وسيلة قانونية فعالة بموجبها يمنع تطبيق قانون أجنبي متعارض مع الأسس الجوهرية لدولته وهذا ما يتمثل في فكرة النظام العام باعتبارها وسيلة ناجحة لحماية المصلحة العامة.[146]

العقد الدولي في حالة خضوعه لقانون أجنبي بناء على إعمال قاعدة تنازع القوانين في القانون الوطني لا يتحرر بدرجة كاملة من سلطان القانون الوطني إذ توجد حدود تحيط بمهمة القاضي، وفي هذا الشأن قد يكون مضطرا الى تطبيق بعض احكام قانونه الوطني بأفضلية عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا على العقد ومن ناحية أخرى يحتمل تأثير بعض القواعد القانونية في دولة أجنبية غير قانون دولة القانون الواجب التطبيق.

حيث توجد بعض القواعد المادية الآمرة دوليا في قانون القاضي و تنطبق هذه القواعد بصفة مباشرة على موضوع النزاع المتعلق بالعقد الدولي بالأولوية على قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وبصرف النظر عما توليه قواعد هذا القانون الأخير، هذه القواعد هي ما أدرجه الفقه تحت تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري.

وبناء عليه فسوف يتسنى للقاضي من خلال إعماله لهذه القواعد أن يمارس نوعا من الرقابة الحمائية لتجسيد مفهومه الخاص حول محتوى فكرة التوازن العقدي في منازعات العقود الدولية التي

[146]- عكاشة عبد العال ،المرجع السابق،ص37.

تعرض عليه هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى يمكن للقاضي الوطني ان يستبعد إعمال حكم القانون الأجنبي الواجب رغم توافر شروط تطبيقه وذلك في الفرض الذي تتعارض فيه أحكامه مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها القانون في دولة القاضي وذلك ما يسمى الدفع بالنظام العام[147] .

وبناء على ما تقدم طرحه ارتأينا ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على التوالي :

- المطلب الأول : تجزئة قانون العقد الدولي في حالة إعمال فكرة النظام العام
- المطلب الثاني :تجزئة قانون العقد الدولي في حالة إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري .

المطلب الأول

تجزئة قانون العقد الدولي في حالة إعمال فكرة النظام العام

يلعب النظام العام في القانون الدولي الخاص دورا مهما وخطير،فمن جهة لا يمكن لأي دولة أن تستغني عنه لأنه الوسيلة التي تكفل لها الحماية لنظامها القانوني والمصالح العليا لمجتمعها ، لكن من جهة اخرى يجب عدم الاكثار من تطبيقه حتى لا يتم تعطيل قواعد الإسناد التي وضعت بهدف تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض ، فإن هذا لا يعني كما قرر البعض أنه قد منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض بمفهومه مع النظام العام في دولته أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي ، ففكرة النظام العام هي بمثابة "صمام الأمان" الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع [148]

النظام العام مسألة مهمة جدا ،وصعبة في نفس الوقت لأن مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الدول واختلاف الأزمنة حيث أن كل دولة تقوم على أسس دينية اجتماعية ، خلقية اقتصادية وسياسية وهذه الأسس تختلف من دولة لأخرى مما يترتب عليه تباين مفهوم النظام العام بين الدول ولتوضيح فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص ينبغي التوقف على مضمون فكرة النظام العام في (الفرع الأول) ثم نتعرض إلى شروط إعمال النظام العام (الفرع الثاني)وفي الاخير سنتطرق إلى الآثار المترتبة على النظام العام

[147]- سلامة فارس عرب ،المرجع السابق،ص508

[148]- حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص285

الفرع الاول

مضمون فكرة النظام العام

النظام العام في القانون الدولي الخاص وان اتخذ طابعا وطنيا واتصف بالنسبية فهو في وجه أخر يأخذ طابعا تشاركيا دوليا، حيث انه ورغم الصفة الوطنية لفكرة النظام العام فان هناك حالات مشتركة او متماثلة بين كثير من الدول يمكن أن يتدخل فيها النظام العام للدفاع عن بعض القيم والمثل المشتركة التي تؤلف القيم المثالية للمجتمع الإنساني كالمبادئ التي تقضي بعدم التمييز في اللون والجنس.

فالنظام العام يمكن أن يلعب دورا حمائيا للمجتمع الوطني كما يمكن أن يتعدى ذلك للمجتمع الدولي[149]

دور النظام العام لم يكن واضحا في القديم فقد كانت فكرة النظام العام تستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، ثم كان الفضل للفقيه الألماني سافيني في تحديد الدور الاستبعادي للنظام العام ،واختصاص قانون القاضي في ظل مفهوم النظام العام الاستثنائي، إلا ان النظام العام بمفهومه الحديث أيضا دورا مثبتا للاختصاص قانون القاضي ،فينطبق بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل الذي يفرض ان يشاركه الاختصاص أي قانون أخر،فبعض الباحثون يرون إن اصطلاح النظام العام يستخلص من فقه نظرية الأحوال الايطالية في القرن الثالث عشر فقد ميز رائدها bartole بين نوعين من الأحوال :الأحوال المقيدة أو الملائمة ،والأحوال البغيضة أو المستهجنة ، وكان رأي هذا الفقه أن الأولى وحدها هي التي يمكنها أن تمتد خارج الإقليم الذي صدرت فيه فيتمتع بها الشخص أينما ذهب وتسري عليها ولو كان خارج إقليم دولته ، أما الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها فيما وراء الإقليم الذي صدرت فيه إذ تبقى حبيسة بحدود هذا الإقليم[150]

فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق فهي ذات مفهوم مختلف و متغير باختلاف المكان والزمان، فما قد يعتبر متعارض مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد امرا منافيا لهذه الفكرة في وقت أخر.

إن النظام العام شيء نسبي ويختلف مفهومه من مجتمع لآخر فمضمونه في مجتمع رأسمالي يختلف عن مضمونه في مجتمع اشتراكي وفي مجتمع يحضى الدين فيه بمكانة مرموقة لا تتخذ فكرة النظام العام نفس المضمون الذي تتخذه في مجتمع لا يولي له أهمية كبيرة [151]، لذا يأخذ بوقت

---

[149]-البستاني سعيد يوسف ، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورة الحلبي الحقوقية، سوريا، 2009، ص748

[150]- عكاشة عبد العال ، الرجع السابق ،ص530

[151]- أسيا مندي يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2009 ، ص06

النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع وهذا ما منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة ليرى ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة وتقدير القاضي يكون تقديرا موضوعيا يستوحي شعور الجماعة ولهذا تخضع السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال لرقابة محكمة النقض ،فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة إسناد وهو بمثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا ،وهذه الرقابة لازمة وذلك لتوحيد الحلول القضائية في شان وهذه المسألة جوهرية، بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام وان كانت لا غنى عنها في أي تنظيم تنازعي إلا أن مرونتها وصعوبة ضبطها يقتضي أن يكون استخدامها دائما مقرونا بالحكمة والاعتدال ولهذا وصف بأنه "سلاح ذو حدين"[152]

ولقد أسس المشرع الجزائري فكرة الدفع بالنظام العام أول مرة بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني في المادة 24 منه ثم عدلت المادة بموجب نصوص القانون المدني بالمادة 24 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/7/20 المعدل والمتمم للقانون المدني وأصبحت صياغتها على النحو التالي "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"[153].

أولا: تعريف النظام العام

فشل الفقه من التوصل لتعريف للنظام العام ذلك أن فكرة النظام العام في حقيقتها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ولا تتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية فتطبيقاتها التي تختلف باختلاف العلاقات الاجتماعية وتغييرها بتغير الزمان والمكان يقلل من فرص النجاح لمحاولات وضعها في قالب عملي محدد[154]

وعليه استقر الباحثون في القانون الدولي الخاص انه من الصعب وضع تحديد وضبط فكرة النظام العام ذاتها واكتفوا بصياغة مجموعة من مسلمات ويستحيل وضع قائمة تشمل الحالات التي يمكن اعتبارها من النظام العام، وعلة ذلك تكمن في أن فكرة النظام العام هي انعكاس للرأي العام ولجملة الأفكار والقيم السائدة في مجتمع القاضي في زمن معين .وهذا ما أدى إلى تنوع التعاريف الفقهية للنظام العام[155].

[152]-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص266

[153]-عادل بن عبد الله ، (الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام)، مجلة المفكر، العدد الثالث، جامعة محمد خيضر بسكرة، دس ن، ص222.

[154]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص267

[155]-عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص555

مع أن النظام العام فكرة وظيفية معيارية لها صبغة المرونة محكومة برقابة المحكمة العليا في هذا التقدير ، وحسب المستشار **"بلون"** البحث عن مفهوم النظام العام معناه **"المشي على رمال رخوة "**، مع أن فكرة النظام العام كانت تستعصي عن التعريف فقد حاول الفقه والقضاء تقريبها إلى الأذهان بقولهم ان النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود في المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما من دون استقرار هذا الأساس[156] .

لقد سايرت مختلف التشريعات هذا التوجه وذلك بالاكتفاء بتحديد مقومات وعناصر النظام العام دون تقديم تعريف له مثلا المشرع الجزائري لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك المجال للفقه والقضاء.

ثانيا: الفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الخارجي

مما لا شك فيه أن الجدل والنقاش مازال يدور في مجال الق الد الخ فيما لو كان النظام العام في نطاق القانون الدولي مثلما هو الحال في النظام الداخلي؟

النظام العام الدولي مجموعة من القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية الدولية أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموع الأسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين ، وإنما تتعلق بالمصالح الأساسية خاصة بالجماعة الدولية[157]

ونظرا للتطبيقات الواسعة والمختلفة للنظام العام في القانون الدولي، ينادي بعض الفقه بضرورة التفرقة بينهما،حيث أن إعمال النظام العام في مجال تنازع القوانين يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي وذلك من خلال منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وإحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة .

أما في المجال الداخلي فتدخل النظام العام لا يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي بل بالعكس يتم تأكيد الاختصاص لقانون القاضي من خلال إبطال اتفاق الأطراف الذي خالف أحكام هذا القانون ، كما تقتصر مقتضيات النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية في مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الآمرة في قانون القاضي لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاده ، فتحديد سن الرشد في دولة معينة بواحد وعشرين سنة مثلا، يعتبر من النظام العام في هذه الدولة ولا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها ، ولكن مع ذلك يقبل القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأقل أو أكثر ولذلك يعتبر النظام العام في مجال تنازع القوانين جزءا من النظام العام الداخلي ولكن العكس غير صحيح ،نظرا للاختلاف دور النظام العام في العلاقات الداخلية عنه في العلاقات

[156]- نقلا عن : أسيا مندي يسمينة، المرجع السابق،ص7
[157]- بلاق محمد، المرجع السابق، ص49

الدولية الخاصة ذهب بعض الفقه إلى التمييز بينهما وتسميته في مجال التنازع بالنظام العام الدولي، يعتبر النظام العام أداة للحد من سلطان الإرادة في القانون الداخلي وفقا للمادة 97 من الق م ج.

وفكرة النظام العام الداخلي تطبق على علاقات الأفراد داخل الدولة وتكون خالية من العنصر الأجنبي بينما تطبق فكرة النظام العام في القانون الدولي على المعاملات المشتملة على عنصر أجنبي.[158]

رغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى صياغة المصالح الجوهرية للمجتمع وهو هدف تسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي إلا أن هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق فكرة النظام العام في كل المجالين فبينما يستعان بهذه الفكرة في الق الدالخ لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بصفة استثنائية خروجا عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا.

أما في المجال الداخلي فان فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الاستثنائي حيث أنها تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة ولكن ليس في ذلك خروج عن المبدأ العام ، ذلك أن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع ،فنطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي فمخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام[159] .

ويرى جانب من الفقه أن تسمية النظام العام الدولي وهم خاطئ لأنه يوحي بوجود نظام مشترك بين الدول ،والواقع أن النظام العام دائما وطني لأنه لا يمكن تصوره إذ لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام

فواقع الأمر أن ليس هناك نظام عام دولي ونظام عام داخلي بل أن دور فكرة النظام العام ونطاق إعماله يختلف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي لتحقيق هدف رئيسي واحد وهو حماية النظام للقانون الوطني وصيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة، ومع ذلك فيبدو أن التطور المعاصر للروابط الخاصة الدولية قد كشفت عن تطبيقات عامة متنوعة لفكرة النظام العام الدولي كما هو الشأن بالنسبة للروابط التي تخضع للعرف الجاري بين المتعاملين والذي تجري هيئات التحكيم الدولية على تطبيقه من ناحية أخرى، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن القرارات القضائية الفرنسية غنية في هذا الاتجاه فهي تفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي حيث تم تنفيذ الكثير من القرارات التحكمية وان كانت تتضمن مخالفة للنظام العام الفرنسي ذلك أنها لا تخالف النظام العام الدولي مثل قضية **Gosset.** [160]

---

[158]-بوكلال مبروك و لحضير كريم، المرجع السابق، ص43

[159]- حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص268

[160]- جراد محمد ، المرجع السابق، ص91

اختلف أنصار النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حول هذه المسألة حيث يرى أنصار النظرية الشخصية أنه لا يمكن تطبيق أي قانون على العقد إلا ما اتفق الأطراف عليه لان تطبيق القانون على العقد يستند على إرادة الأطراف من جهة وان القانون المطبق على العقد لا تكون له القوة الملزمة إلا في الحدود التي رسمتها له إرادة الأطراف

أما أنصار النظرية الموضوعية فيرون أن العقد الدولي يحكمه القانون و القاضي يحدد هذا القانون من خلال عدة معايير موضوعية (مكان الإبرام، مكان تنفيذ العقد...الخ.) بما في ذلك الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف التي تعتبر معيارا موضوعيا

هذا وإذا ما رجعنا إلى أوجه الشبه بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فهما يهدفان إلى صيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة باعتبارهما مشتركان في إن هدفهما واحد وهو حماية المجتمع ومصالحه العليا و التمسك بكل منهما يكون داخل الدول بالإضافة إلى أن الاعتراض بهما يكون بنفس الشكل أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع والدفع بالنظام العام يحرك عادة من قبل المدعي عليه كما يحق للقاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه ويجوز إثارته في أي مرحلة من المراحل الدعوى ولا يمكن للأطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عنه.[161]

ثالثا : أنواع النظام العام

أ- النظام العام الحمائي :يؤدي النظام العام وفقا لهذه الوظيفة إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق التي تستلهم عند تكوينها الروح الوطنية وهي تطبق فقط على العلاقات والروابط الخاصة الدولية باستقلالية تامة ودون تدخل قاعدة الإسناد وهذه القواعد المادية بالمعنى الفني ترمي إلى تحقيق نوعا من الحرية الاقتصادية والاستقلال اللازمين لمقتضيات التجارة الدولية بالإضافة إلى ذلك فهذه القواعد قد تستلهم الروح الوطنية البحتة وهي تطبق على العلاقات الوطنية والدولية عل سواء وتبدو الحاجة إليها أكثر عند زيادة تدخل الدولة في المجتمع[162]

كما أن مسألة تدخلها تثور في كل الحالات التي تقوم فيها القواعد المختارة من جانب الأطراف و الواجبة التطبيق على الموضوع من قبيل المبادئ العامة والعادات والاعراف التجارة الدولية، حتى أن بعض الفقه ذهب إلى ابعد من ذلك حيث اقر بوجود تدرج بين الأنظمة العامة بحيث يتيح النظام العام الدولي باستبعاد النظام العام الوطني إذا وجده مخالفا لأحد هذه المبادئ

مع التطور الذي عرفه مجال المنافسة والاستهلاك في السنوات الأخيرة تدخل النظام العام الاقتصادي الحمائي لحماية المستهلك لهذا منع المشرع الجزائري الشروط التعسفية في العقود

[161]-سنينات عبد الله ، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، ص21

[162]- عمران علي السائح ، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، اطروحة لنيل درجة الدكتورة الدولة في القانون،جامعة الجزائر،2006 ، ص231

المبرمة ما بين المنتجين أو البائعين والمستهلكين وقام المشرع بفرض بعض أشكال العقد لجلب نظر المستهلك وإعلانه ليتوقع بعض آثاره. [163]

ب-النظام العام التوجيهي :يشمل كل القواعد الملزمة والهادفة لتوجيه الاقتصاد وتحقيق المصلحة العامة مثل القواعد المنظمة لمالية الدولة

ويتجسد هذا النوع في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية والعالمية للأخلاقيات التعاقدية

ويفسر الأستاذ **chappelle** هذا الدور الايجابي للنظام العام الدولي "بان الأنشطة والعمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيها بلا جدال خصائص القاعدة القانونية ، وهذا النظام العام توجيهي لأنه يلبي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق والعدالة والنظام والأمان....."[164]

الفرع الثاني

شروط إعمال النظام العام

إن مخالفة النظام العام لا يكون إلا في المرحلة القضائية ويمكن لأي من أطراف الخصومة أن يتمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى كما يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، الأمر الذي أقام عليه الفقه لتحليل منهج الدفاع العام ولتطبيق هذه المنهجية ثلاثة شروط وهي :أشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي (أولا) توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام (ثانيا) أن تكون مخالفة النظام العام حالية (ثالثا)

أولا:إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي :

يفترض لإعمال الدفع بالنظام العام ، أن يكون القانون الأجنبي المتعين آنذاك وأيا ما كانت طبيعة قواعده وظيفتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق أيا ما يكون هذا القانون ، أي قد يكون القانون الوطني لدولة القاضي أو أي من قوانين الدول الأخرى ذات الاتصال بالعلاقة وعليه فان إعمال الدفع بالنظام العام تستلزم مسبقا إعمال قاعدة الإسناد ثم افتراض إشارتها إلى القانون الأجنبي[165]

[163]- آسيا مندي ياسمينة، المرجع السابق، ص12
[164] بلاق محمد ، المرجع السابق، ص50
[165]- سنينات عبد الله ، المرجع السابق،ص 36

فلا محل إذن لاستخدام هذا الدفع فيما لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضي ، وان كان يستثنى من ذلك حالة الدول الفيدرالية بحسبان أن كل ولاية فيها تعد وحدة تشريعية مستقلة الأمر الذي يتصور معه وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام الاتفاقي في كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية ومن هذا المنظور كان من المتصور استخدام الدفع بالنظام العام بالمفهوم المقرر في تنازع القوانين [166]

لإعمال الدفع بالنظام العام إذا يجب أن يكون القانون الأجنبي مختصا ، ولكي يكون هذا الأخير مختصا يجب أن يكون منصوصا عليه بموجب ضابط إسناد في قانون القاضي ، بحيث يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي

المشرع الجزائري ذكر هذه القاعدة في المادة 18/ 1 من القانون المدني ، وقد جعل هذا الشرط بحيث أن اللجوء إلى الدفع بالنظام العام مقررا إذا كان القانون الأجنبي المختص وفقا لنص هذه المادة فلا داعي إلى إثارة هذا الدفع دون توفر هذا الشرط.[167]

وعلى هذا الأساس ودون توفر هذا الشرط لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام ضد القانون المختص الذي يحكم العقد إلا إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب أخر كأن يكون القانون لا صلة له بالعقد أو بالمتعاقدين.

ثانيا : توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام

هذا الشرط يوضح وجود تنافر وتعارض بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي ومبادئه هذا ما يجعل على عاتق القاضي واجب البحث في الحل المقدم من قانون الأجنبي والآثار الواقعية الفعلية على تطبيق القانون داخل النظام القانوني لدولته فيظل القاضي الوطني ملزما بتعقب الحكم الأجنبي لا من وجهة تحليله الظاهري فحسب وانم أيضا من وجهة مضامينه الداخلية، وآثاره المترتبة.[168]

يرجع امتناع القاضي على تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الى انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص ويعرف هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني

فأساس اخذ الدفع بالنظام العام لدى الفقيه**" سافيني"** أن التمسك بالنظام العام من قبل القاضي يكون في حالة انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع ، ذلك لان فكرة الاشتراك تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية .

فالقاضي قبل قبول تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لحكم علاقتهم التعاقدية يقدر أولا وجود الحد الأدنى من الاشتراك بين قانونه وقانون الإرادة الذي يكون مختص ، فيبني افتراض

[166]-عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ،ص578
[167]- شويرب خالد ، المرجع السابق ،ص74
[168]سنينات عبد الله ،المرجع السابق ،ص37

لوحدة الأصول العامة بين القانونين، لكن متى انتفى هذا الافتراض ببروز اختلاف أساسي بينهما يعتبر ذلك الحد الأدنى للاشتراك القانوني [169]

إذ لا يلزم توافر تعارض صارخ وتنافر بين القانون الأجنبي والقواعد الجوهرية في قانون القاضي،ويمنح القاضي السلطة التقديرية لتقدير التعارض بين القانون الأجنبي و مقتضيات النظام العام الوطني ، ومعايير التزامه موضوعية تقوم على وجود تعارض حقيقي بين القانون الأجنبي و المبادئ العليا في المجتمع بعيدا عن التأثيرات الشخصية ،حيث لا يترك الأمر للتقدير الشخصي للقاضي ومعتقداته الخاصة بل يجب أن يتم التقدير وقت النظر في المنازعة [170]

وإذا لم يحترم هذه المعايير يتعرض حكمه إلى النقض لان فكرة النظام العام هي في الأصل فكرة وطنية خالصة يستمد مضمونها من النظام الوطني للقاضي المختص وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من الق الم الج

وقد ثار نزاع بين الفقه حول اشتراط وجود صلة بين النزاع المطروح و دولة القاضي فظهر اتجاهين[171]

ذهب جانب من الفقهاء إلى اشتراط وجود صلة وعلاقة بين قانون القاضي والمنازعة المطروحة وإذا لم تكن هذه الرابطة متوفرة فكان من غير المعقول أن يتذرع بنظامه العام لكي لا يبطل عمل قواعد الإسناد في دولته، وهذا بخصوص مسألة لا تعنيه ولان الحكم سيكون مجردا في الخارج من كل فعاليته.

أما الاتجاه الثاني فانه يرى للفصل في هذا الإشكال لا بد من ضرورة تحديد المعيار الذي بمقتضاه تتحدد هذه الرابطة.

وهناك من يقول بعدم وجوب هذه الصلة بل يكفي لاستخدام الدفع بالنظام العام ان يكون القضاء مختصا[172]

وقد برز في السنوات الأخيرة أن أغلبية الحالات التي قد تتعارض فيها العقود الدولية مع النظام العام في أي دولة تكون متعلقة بانتهاك المثل العليا المشتركة الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب والمتمثلة في حقوق الإنسان لان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يقر بحقوق عالمية لا ينبغي تجاوزها فيعد مخالفا للنظام العام في أي دولة مثلا الحل يقر بمتاجرة وبيع الأطفال.

---

[169]- شويرب خالد ،المرجع السابق ، ص75

[170]-Mohand I SSAD, Droit international privé , les règles de conflits, 2 édition , Tome01 ,O.P.u , Alger,1983, P195

[171]- سنينات عبد الله ، المرجع السابق، ص38

[172]- عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص579

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية ACTUEL

إذا اتضح للقاضي أن القانون الأجنبي الذي عينته القاعدة الوطنية يصطدم في حكمه مع مفهوم النظام العام السائد في دولة، تعين عليه استبعاده من ميدان التطبيق لكن السؤال المطروح متى يعتد بهذه المخالفة؟

بما أن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة يسود فيها الغموض فيصعب تحديد تعريف لها على الوجه الدقيق لان لها مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في فترة معينة في دولة معينة قد لا يعد كذلك في وقت آخر في نفس الدولة

النظرية الحالية للنظام العام أصبحت شرطا أساسيا لاستبعاد قانون الإرادة باسم النظام العام وان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يعتبره القاضي مسألة حالية بمفهوم النظام العام السائد وقت إصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة. [173]

فلا يعتد إذا كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي فالحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوة ولذلك فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أو عند نشوء الحق لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى، ففكرة النظام العام لا ينظر إليها عند رفع الدعوى فمثلا القانون الفرنسي قبل 1912 كان يحرم رفع دعوى إثبات نسب الولد الغير الشرعي واعتبر ذلك مخالفا للنظام العام وبعد صدور قانون آخر فقد سمح برفع هذه الدعوى [174]

وهناك من الدول من تعتبر أن العقود الدولية المتعلقة بالمتاجرة بالسلاح مشروعة غير مخالفة للنظام العام لكنها غير ذلك أثناء الحرب فإذا ما تم عقد دولي حول المتاجرة بالسلاح وكان الوقت الذي ينظر في الدعوى فترة الحرب في تلك الدولة التي ينفذ فيها العقد والتي ينتمي إليها القاضي فيعد مخالفا للنظام العام .[175]

غير أن جل التشريعات ومنها القانون الجزائري يجعل عامل الجنسية لأحد أطراف النزاع مبررا كافيا لتطبيق قانون القاضي واستبعاد القانون الأجنبي، وهذا المسلك نجده في التشريعات العربية خصوصا في مجال الزواج وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 13من الق الج[176]

---

[173]-شويرب خالد ، المرجع السابق، ص ص77-78

[174]-علي علي سليمان،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005 ،ص135

[175]- شويرب خالد ،المرجع السابق ص79

[176]-سنينات عبد الله ، المرجع السابق ،ص41

الفرع الثاللث

أثار النظام العام

النظام العام في لغة القانون الدولي الخاص درج الفقه على تسميته بالنظام العام الاستبعادي ordre public d'EVICTION.

هذه العبارة تدل على الأثر الأساسي للنظام العام أي المؤدي إلى منع تطبيق قاعدة القانون الأجنبي واستبعادها عن حكم النزاع.

وهي نفس الدلالة لعبارة الأثر السلبي التي اعتاد الفقه أيضا على استعمالها عند هذا الحد أي إطاحة القانون الأجنبي وأبعاده عن حكم النزاع يكون هذا الحارس الأمين أي النظام العام قد أدى دوره الأساسي في حماية النظام القانوني الوطني .

لكن مهمة قاضي النزاع الوطني لا تقبل أن تتوقف عند هذا الحد فدوره الطبيعي إحقاق العدالة عبر الوصول إلى حل نهائي للنزاع ،تحقيق هذا الهدف يستدعي من القاضي التفتيش عن القاعدة القانونية البديلة أي التي تحل مكان قاعدة القانون الأجنبي المستبعدة

قد يكون القانون البديل قانونا وطنيا وهذا هو الغالب ولكن قد يكون قانون آخر ولا شيء يمنع حتى من أن يكون القانون البديل هو قاعدة قانونية أخرى من نفس القانون الأجنبي المستبعدة قاعدته الأولى وعلى هذا النحو فالأثر السلبي أي استبعاد قاعدة القانون الأجنبي يرتب على القاضي فعلا ايجابيا ،خطوة لاحقة ضرورية أي التفتيش عن قاعدة قانونية من قانون معين تستبدل القاعدة المستبعدة أو الممنوعة من التطبيق وهذا ما اعتاد الفقه على تسميته بالأثر الايجابي للنظام العام[177]

وعلى هذا أساس فالنظام العام اثرين: اثر سلبي وهو استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعد كليا أو جزئيا ، واثر ايجابي وهو ثبوت الاختصاص لقانون القاضي وهذا ما سندرسه فيما يلي:

أولا- الأثر السلبي: الاستبعاد الكلي أو الجزئي لأحكام القانون الأجنبي

يترتب على اصطدام تطبيق القانون الأجنبي بالنظام العام اثر سلبي هو وجوب استبعاد هذا القانون ،فيكفي لاستبعاد القانون الأجنبي أن تكون قاعدة التنازع في قانون القاضي ناهية ومثال ذلك أن يحكم القاضي الجزائري برفض دعوى الميراث يرفعها شخص مسيحي أجنبي للميراث من قريبه الأجنبي المسلم نظرا لعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم وهي قاعدة من النظام العام عندنا ولو أن الأطراف أجانب ومع ذلك يستبعد القانون الشخصي للمتوفى إذا كان يسمح بذلك بالرغم من اختصاصه طبقا للمادة 16 من الق الم ألج وبالتالي يقوم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس ،إذ

[177]- البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق، ص 751

أن سبب الرفض هو مخالفة الحق المطالب به للنظام العام في قانون القاضي وحكم الرفض يفهم منه التدخل الضمني لقانون القاضي.[178]

ويسلم الفقه والقضاء في مختلف الدول أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون في الحدود اللازمة لحماية الأفكار والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها فكرة النظام العام بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد إسناد الوطنية، وينسجم مع الغاية من إعمال هذه الأداة

ولكون الدفع بالنظام العام يشكل استثناء عن تطبيق القانون الأجنبي [179]،نتساءل هل يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كليا أم يكفي استبعاد الجزئية المخالفة للنظام العام ،أثارت مسألة استبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية أو شمولية جدلا بين الفقهاء فانقسموا إلى فريقين ، الفريق الأول يرى وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته متى خالف النظام العام في بلد القاضي ، بينما يقر الفريق الأخر الاقتصار على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام.

فبالنسبة للاتجاه الأول من الفقه يرى انه متى تعارضت بعض أحكام القانون الأجنبي المختص مع النظام العام الوطني وجب على القاضي استبعاده برمته ،فاستبعاد الجزء والاستبقاء على الأجزاء الأخرى غير المخالف للنظام العام يعد حسب هذا الاتجاه تشويها للقانون الأجنبي كما أن تطبيقه بهذا الشكل يتعارض مع إرادة المشرع الأجنبي الذي وضعه.[180]

لأنه قد يصعب في بعض الحالات استبعاد جزئية القانون الأجنبي نظرا لارتباطها البنيوي بباقي إحكام القانون فقد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطا ارتباطا وثيقا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته وفي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعادا كليا ، أي بمجمل أحكامه كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد يجيز هذا العقد استنادا إلى سبب معين وكان هذا السبب مخالفا للنظام العام في دولة القاضي ففي هذه الحالة إذا كان هذا السبب من الأهمية بحيث يرتكز وجود العقد عليه فانه يتدخل النظام العام في مواجهة السبب يؤدي بالضرورة إلى هدم العقد بكامله ولو أن بقية جوانب العقد تعتبر صحيحة في نظر القانون الواجب التطبيق على العقد [181]

فالقاضي يتعين عليه استبعاد القانون الأجنبي في جميع أحكامه فطالما تعارضت احد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني فلا مفر من استبعاد القانون الأجنبي برمته ويستند هذا الفريق إلى القول إلى القول إن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فلا يصح للقاضي أن يستبعد قاعدة بحجة تعارضها مع النظام العام ويطبق القواعد الأخرى في ذلك القانون

[178]- شويرب خالد ، المرجع السابق، ص71

[179]- البستاني سعيد يوسف، المرجع السابق، ص752

[180]- زاير فاطمة الزهراء ،النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ،جامعة أبي بكر بلقا يد،تلمسان ،2011،المرجع السابق ص57

[181]- البستاني سعيد يوسف، المرجع السابق، ص 755

والقول بغير ذلك ينطوي على مساس بوحدة القانون الأجنبي وقد يقود إلى تشويه ومسخ هذا القانون وتطبيقه في غير الأحوال التي أراد المشرع الأجنبي تطبيقه فيها

ويؤكد هذا الفقه فكرتهم من منطلق أن الاستبعاد الجزئي يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه دون البعض الآخر كما أن هذا الاستبعاد يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه[182]

وحسب هذا الاتجاه لا يجوز التلفيق في تطبيق القانون الذي يحكم النزاع بمعنى انه لا يجوز اقتباس بعض أحكام قانون القاضي وخلطها ببعض أحكام القانون الأجنبي خلطا متنافرا لأننا بذلك لانطبق أي من القانونين تطبيقا سليم[183]

غير أن غالبية الفقه ترى وجوب أن يكون الاستبعاد في حدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام أي أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون استبعادا جزئيا فقط ينصب على القاعدة الأجنبية المخالفة دون باقي القواعد ذلك أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم قيمي على القانون الأجنبي في ذاته وإنما يهدف إلى تجنب تحقق النتيجة المخالفة للنظام العام التي يقود إليها تطبيق بعض قواعد القانون الأجنبي فإذا كان من المقدور تجنب هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط كان من غير الضروري استبعاد تطبيق أحكام القانون الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام

فالاستبعاد لا يعني إزالة القانون الأجنبي عن حكم العلاقة القانونية وإنما يستبعد فيما يتعارض فيه مع النظام العام ، لو فرضنا أن نزاع عرض على القضاء تضمن شرط الدفع بالذهب ولو أن القانون الأجنبي يجيزه ، فيستبعد هذا الشرط إذا كان قانون القاضي يمنعه فيعتبر كان لم يكن ويبقى العقد خاضعا للقانون الأجنبي فيما لا يتعارض فيه مع النظام العام .

وقد حكم القضاء الجزائري بهذا المعنى حين نقض المجلس الأعلى جزئيا في قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1984/04/19 كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي قضى بمنح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي فرنسي قصد تنفيذه حكم بتعويضات للمدعى عليه دون تمييزبين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين ومبلغ الفائدة المتفق عليها أيضا المقدر ب12 بالمائة، والتي يجيزها القانون الفرنسي والممنوع في القانون الجزائري عملا بأحكام المادة 453 من الق الم الج التي تمنع التقاضي الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ الفائدة وحده تأسيسا على ان الحكم الأخير المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالفا للنظام العام وفيما عدا ذلك وافق المجلس على القرار المطعون فيه [184]

[182]-أعرب بلقا سم، المرجع السابق، ص163
[183]-زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق ،ص59
[184]- شويرب خالد ، المرجع السابق ، ص72

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا الحل يتماشى مع طبيعة النظام العام باعتباره دفعا استثنائيا لا يلجأ إليه إلى عند الضرورة لذلك يجب أن ينحصر الاستبعاد للقانون الأجنبي في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام وبما ان الهدف من إعمال النظام العام هو حماية الأسس الجوهرية والقيم العليا السائدة في المجتمع وان هذه الغاية يمكن أن تتحقق بالاستبعاد الجزء المخالف للنظام العام

والقول بان الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية وإرادة المشرع الأجنبي ،هو أمر غير صحيح حسب هذا الاتجاه ،بالعكس فهذا الحل يحفظ للقانون الأجنبي وقاعدة الإسناد فعاليتهما ، حيث يسمح بتطبيق باقي أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض في مضمونها مع النظام العام وبذلك يحافظ على الدور الايجابي لقاعدة الإسناد الوطنية [185]

وهذه النظرة تتفق مع إعمال الطبيعي لفكرة النظام العام اذ ليس مضمون القانون الأجنبي بذاته هو الذي يصطدم عادة بالنظام العام وإنما يتعارض تطبيقه في حالة معينة مع هذه الفكرة وهذا الحل هو الراجح وله تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي[186]

ومن هذه الأحكام حكمها الصادر في قضية لها في 8 نوفمبر 1943 فقد استبعد طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون أن هذه الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي [187]

وهكذا يكون الحل المتمثل في استبعاد جزء من القانون الأجنبي المختص في حكم النزاع بإعمال فكرة النظام العام يؤدي الى تجزئة قانون العقد بإخضاعه لأحكام القانون الأجنبي في الأجزاء التي لا تخالف النظام العام وإعمال قانون أخر وجوبا على الجزء المخالف لنظام العام هذا حتى وان ارادة المتعاقدين تتجه الى الحفاظ على وحدة القانون المطبق على النزاع

وقد نصت بعض الدول صراحة في قوانينها على الاخذ بهذا الحل الاخير ومن ذلك القانون المصري ، حيث يظهر بوضوح من المادة 28 من الق الم المصري ان المشرع قد اخذ بالاستبعاد الجزئي حيث تم النص على عدم جواز تطبيق احكام القانون الاجنبي مما يعني ان الاستبعاد لا يشمل القانون الأجنبي كحل وإنما ينصب على تلك الاحكام المخالفة للنظام العام المصري .

غير ان المشرع الجزائري قد اكتفى بالنص في المادة 24 من الق الم الج على استبعاد القانون الأجنبي ،وأمام عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من استبعاد القانون الاجنبي بصفة جزئية او كلية يقترح بعض الشراح الاقتصار على الاستبعاد الجزئي المخالف للنظام العام والابقاء على اختصاص القانون الاجنبي في الاجزاء الاخرى التي لا تتعارض مع النظام العام ويبقى في الاخير الامر متروكا للسلطة التقديرية للقاضي .

[185]- زاير فاطمة الزهراء ،المرجع السابق، ص57
[186]-البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق، ص750
[187]- أعراب بلقا سم ، المرجع السابق، ص163

ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام

الدفع بالنظام العام في العلاقات الداخلية مؤداه ابطال الاتفاقات المخالفة للنظام العام واصدار القاضي حكمه في النزاع بالاستناد له وفي القانون الدولي الخاص يستبعد القاضي القاعدة الاجنبية المخالفة للنظام العام ويفتش عن القانون البديل ليطبقه على النزاع ويصل الى حل[188].

وبعد استبعاد الحكم القانوني المخالف للنظام العام يتعين على القاضي الفصل في النزاع حسب أحكام قانون أخر ونكون أمام هذه الحالة إذا كانت قاعدة النظام العام في قانون القاضي امرة[189] ،ويترتب على الاستبعاد فراغ قانوني يتحتم سده ولحل هذا الإشكال هناك عدة اقتراحات :

أ- إما بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي :اتجه الفقه ومن أبرزه الفقه الألماني إلى ضرورة البقاء في دائرة القانون الأجنبي باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل والبحث في نفس القانون عن قاعدة قانونية بديلة تحل محل القاعدة المستبعدة ،ولا يجوز الرجوع لقانون القاضي إلا عند استحالة التوصل إلى نص في القانون الأجنبي ومن أهم مبرراتهم وجوب احترام قاعدة الإسناد التي طالما أشارت الى اختصاص القانون الأجنبي فلا بد من الاستمرار في البحث عن الحل في نفس القانون كما ان تطبيق قانون أخر غير القانون الأجنبي يخل بتوقعات الأطراف خاصة إذا لم توجد آية صلة بين قانون القاضي وموضوع النزاع[190]

ويستشهد الفقه على هذا الحل بحكم صادر عن المحكمة العليا الألمانية بشان دين خاضع للقانون السويسري وعندما رجع القضاء الألماني لذلك القانون وجد انه لا يسقط بالتقادم واعتبر هذه المسألة مخالفة للنظام العام الألماني فأخضع الدين لأطول مدة تقادم في القانون السويسري وهكذا ابقى الاختصاص لنفس القانون السويسري،ولكن هذا الاجتهاد القضائي منتقد من الفقه لأنه يشوه العلاقة القانونية ويطبق عليها في القانون المختص غير الحكم المقرر لها [191]،كما أن هذا الحل الذي جاء به الفقه الألماني يقوم على أساس افتراضي وهو إمكانية وجود قاعدة قانونية أخرى تطبق على النزاع بعد استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام.[192]

ب-أما الفقه الغالب يرى أن تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده هو اسلم الحلول وهذا الحل هو الذي كرسته الكثير من النظم القانونية كالنظام الفرنسي

إن قانون القاضي له اختصاص احتياطي عام مما يتعين معه إحلال هذا القانون محل القانون الأجنبي سواء تعذر الوقوف على مضمونه او مخالفته للنظام العام فالسبب العام هو تعارضه مع المبادئ الأساسية في قانون القاضي وعلى هذا الأساس فتطبيق قانون القاضي يتماشى والمحافظة على هذه المبادئ [193]،كما أضف إلى إن العودة لقانون القاضي لتطبيقه على النزاع بدلا من القانون

[188]- البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق،ص757
[189]- شويرب خالد ، المرجع السابق ،ص 72
[190]- زاير فاطمة الزهراء ،المرجع السابق ،ص63
[191]- شويرب خالد ،المرجع السابق ،ص73
[192]- زابر فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص64
[193]- زاير فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ،ص64

الأجنبي المستبعد باسم النظام العام هو خير الحلول وأكثرها ملائمة للاعتبارات العملية ،بل وانه الحل الذي يتماشى مع طبيعة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى [194]

وبالنسبة للقانون الجزائري فكان قبل التعديل القانون المدني يكتفي بالنص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة أما بعد التعديل تبنى المشرع الجزائري هذا الحل ونص صراحة في المادة 24من الق الم على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ، نشير الى ان تطبيق قانون القاضي يتطلب توفر شرطين

- أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد هو القانون الأجنبي

- أن يتضمن قانون القاضي نصا يصلح إعماله محل القانون الأجنبي المستبعد[195]

ثالثا :الأثر المخفف للنظام العام

يختلف الوضع إذا تم نشوء مركز قانوني في دولة القاضي مع نشوئه في الخارج،فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم إن إعماله يتعلق بنفس المركز وقد عبر الفقه عن اثر هذا النظام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام [196]،مثال ذلك أن يثور نزاع أمام القاضي الفرنسي حول النفقة الزوجية تطالب بها الزوجة الثانية لزوج مسلم وقد كان الزواج الثاني في فرنسا آمرا مخالفا لنظام العام الفرنسي ويستلزم الحكم ببطلانه ولكن اذا كان هذا الزواج الثاني قد ابرم خارج فرنسا فان مجرد امتداد اثاره الى فرنسا لن بخدش الشعور العام بنفس الدرجة

وهكذا اعترف الفقه والقضاء من بعده بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة ، فالحق الذي نشأ واكتسب في الخارج كالطلاق مثلا يعتبر لا شك واقعة من العسير انكارها ومن ثم فليس من المعقول ان يتجاهلها القضاء ببساطة بدعوى تعارضها مع النظام العام في دولته

ان الاثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني اهدار كل اثر لفكرة النظام العام اذ قد يتعارض نفاذ الحق الذي اكتسب في دولة اجنبية مع اعتبار النظام العام الوطني حتى على وجهها المخفف، فالأثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني انكار كل اثر لنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع.[197]

[194]- البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق ،ص759
[195]- زاير فاطمة الزهراء ،المرجع السابق ،ص65
[196]-أعراب بلقا سم ،المرجع السابق ،ص167
[197]- حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص279

المطلب الثاني

تجزئة قانون العقد الدولي في حالة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

إذا كان خضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة الأطراف باعتباره الأصل وفقا لما تشير إليه قواعد التنازع، إلا انه قد تعرضت هذه القاعدة إلى انتقادات بالنظر إلى ما قد يؤدي إليه ذلك من فتح المجال أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية ، وهذا ما أدى بالشرّاح إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى

وقد وجد الباحثون ضالتهم في القواعد الوطنية الداخلية التي لا تحتاج لتطبيقها لمنهج التنازع رغم انها لم توضع خصيصا لتنظيم الروابط العقدية الدولية ، كل ما في الأمر ان صبغتها الآمرة قد بلغت حدا يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكما بشكل مباشر وهذا بصرف النظر عن طبيعة العلاقات وما اذا كانت ذات الطابع داخلي أم ذات طابع دولي.

والسير في هذا الاتجاه يؤدي إلى الإحاطة بنتيجة هامة وهي ان هناك صورة اخرى تخضع بموجبها عقود التجارة الدولية لسلطان القانون وهي القواعد ذات التطبيق الضروري.[198] فرغم تمركز هذه القواعد في كافة ابحاث القانون الدولي الخاص باعتبارها كيان وتكملة لسيادة الدول ،إلا أن هناك فئة فقهية رفضت مبدأ تطبيق هذه القواعد ولو كانت منتمية إلى قانون مختص بمقتضى منهج التنازع ولكن هناك جانب فقهي يميل إلى إعمال هذه القواعد من طرف القاضي فيما لو كانت تشمل النظام القانوني التي تشير قواعد الاسناد باختصاصه.[199]

وللإطاحة بهذه المسألة باعتبارها مسألة مهمة تتصل بالدرجة الاولى بسيادة الدولة ستتمركز دراستنا عليها في هذا المطلب حيث سنعرف القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الاول)ثم سنعرض كيفية اعمال هذه القواعد في (الفرع الثاني)

الفرع الاول

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

ارتبط ظهور هذه القواعد ببروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي والاجتماعي للأفراد وتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ،فكان لزاما على المشرع في ظل هذا المبدأ التدخل لتدعيم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتتمثل هذه القواعد في القواعد ذات التطبيق الضروري

[198]- بلاق محمد ،المرجع السابق، ص67

[199]- بوكلال مبروك و لحضير كريم، المرجع السابق، ص47

وقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني لهذه القواعد فمنهم من يطلق عليها قوانين البوليس على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة.

وجانب اخر من الفقه استبدل قوانين البوليس بالقواعد ذات التطبيق الضروري وأساسهم في ذلك ان هذا المصطلح له اساس منطقي لاختصاص القاضي وكذا اعمالها يتم مباشرة دون قاعدة الإسناد[200]

أولا:تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري

هي مجموعة من القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في قانون دولة القاضي والتي يتعين تطبيقه على كل العلاقات القانونية المرتبطة مع هذا القانون، بصرف النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها اصلا بناء على قاعدة الإسناد المعمول بها في قانون دولة القاضي ويستلزم وجود صلة بين نطاق التطبيق المكاني للقاعدة القانونية معينة وبين اختصاص قانون الدولة التابعة في هذه القاعدة بحكم موضوع النزاع الذي يشير تطبيقها،بحيث إذا توافرت رابطة تعين على القاضي لهذه الدولة إعمال مقتضى هذه القاعدة بصرف النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي، لذا يقال عنها قاعدة ذات التطبيق الضروري اي الفوري[201]

والقاضي عندما يقوم بتطبيق إحدى هذه القواعد يحدث تجزئة سواء في قانونه أو في القانون المختص بحكم الرابطة العقدية فوجود إحدى القواعد الآمرة من شأنه إخضاع لأكثر من قانون وتجزئة قانون العقد لأنه لا وجه للرجوع الى قانون العقد إلا في صدد المسائل التي لا تدخل في نطاق سريان هذه القواعد [202]

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

أ: قوانين البوليس والأمن

ذهب الفقه التقليدي إلى إطلاق واصطلاح قواعد الأمن وقوانين البوليس على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني و المصلحة العامة[203].

كما عرفها الأستاذ "FRANCESKAKIS" على أنها تلك القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع و النظام السياسي والاقتصادي للدولة [204].

[200]- جراد محمد ،المرجع السابق ،ص 99
[201]- سلامة فارس عرب ، المرجع السابق ،ص512
[202]- محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية،المرجع السابق ،ص374
[203]-جارد محمد،المرجع السابق،ص99

ب: القواعد فورية التطبيق:

وفقا لهذا الاتجاه فإنه من الأنسب استعمال مصطلح القواعد فورية التطبيق بدلا من مصطلح قوانين البوليس، ذلك لأنه اصطلاح يحقق بعض المزايا التي لا تتوفر في تعبير قواعد الامن والبوليس حيث يقدم هذا الاصطلاح أساسا منطقيا لاختصاص القاضي بدلا من الالتجاء إلى أفكار غير واضحة كفكرة قوانين النظام العام أو فكرة الإقليمية ، كما أن هذه القواعد لها نطاق مكاني محدد تنطبق فيه أوسع من ذلك الذي تعينه لها قاعدة الإسناد، ولاشك أن تحديد هذا النطاق يعد هدفا يسعى كل مشرع وضعي إلى إدراكه وتحقيقه[205]

ج: 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 يرون بضرورة 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[206].

القواعد ذات التطبيق الضروري التي تقوم داخل نظام قانوني وطني والتي تبلغ أهميتها لمجتمع الدولة الحد الكبير تحول دون دخولها في المنافسة الأجنبية ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقا مباشر دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص، كما أن لا يعرض بالنسبة إليها احتمال التزاحم معها في التطبيق من جانب القوانين الوطنية وهذه القواعد ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على العملية التحليلية للقواعد الموضوعية الوطنية وبين ما يعد منها ضروري للتطبيق وما لا يعد كذلك. منهجية هذه القواعد تختلف عن منهجية تنازع القوانين التي تتخذ سندها في تحليل العلاقة القانونية محل البحث في عناصرها المختلفة مستهدفة الكشف عن القانون الذي يربطه بهذه العناصر ربطا وثيقا فيتم اختياره لحكم علاقة القانونية [207]

تتشكل القواعد ذات التطبيق الضروري من مجموعة من القواعد التي يعتبرها المشرع الوطني واجبة التطبيق سواء في المجال علاقات القانون الداخلي آو بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية، ونظرا لأهمية هذه القواعد فإنها تطبق بصفة فورية على العلاقات الداخلية في نطاقها دون التفات إلى قواعد تنازع القوانين ، فإذا كانت قواعد التنازع القوانين الوطنية تقرر أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق على علاقة قانونية ما فان القاضي الوطني يتبع ما يلي:

---

[204]– Sabine Robert, Les loi de police ,mémoire prépare pour obtenir le déplume de master 1, Droit international privé, faculté de droit de Lyon, 2006, p 03.

[205]-عمران علي سائح،المرجع السابق،ص229

[206]-جراد محمد ،المرجع السابق،ص99-100

[207]- عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ،ص534

إذا تبين للقاضي أنه توجد قاعدة ذات تطبيق فوري متعلقة بإحدى المسائل المتنازع عليها بين الأطراف فإنه يقوم بتطبيق هذه القاعدة بطريقة فورية بغض النظر عما يقضي به القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع الوطنية ذلك أن القاضي لا ينظر في هذه الحالة لحكم القانون الأجنبي لتحديد مدا اتفاقها مع القاضي بل هو يطبق مباشرة الحكم الوارد في دولته لأنه حكم متعلق بقاعدة ذات تطبيق ضروري ،وفيما عدا هذه المسألة التي لا يوجد بالنسبة لها قاعدة ذات تطبيق ضروري يقوم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية على المسائل المتنازع عليها، معنى ذلك أن أسلوب قواعد ذات تطبيق ضروري أسلوب استثنائي لا يمنع اللجوء إليها من تطبيق منهج تنازع القوانين باعتبار أنه منهج أساسي لحكم العلاقات الخاصة الدولية.[208]

ثانيا: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

اختلف الفقه حول المعايير الواجب اتباعها لتحديد قواعد ذات التطبيق الضروري وهذه المعايير هي التي تكشف عن سبب الذي من اجله تفرض هذه القواعد تطبيقها على العلاقات العقدية الدولية دون حاجة لمنهج تنازع القوانين سنتناول أهم المعايير التي قيل بها في هذا الصدد والتي يمكن الاستعانة بها لتحديد تلك القوانين[209]

أ-المعيار الشكلي: تعد قاعدة قانونية من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري وفقا لأنصار هذا المعيار فيما لو فرض المشرع هذه القاعدة على تحديد نطاق السريان المكاني على نحو صريح، فهذا المسلك من جانب المشرع يكشف عن إرادته في تطبيق هذه القاعدة على كافة المراكز التي تدخل في نطاق سريانها المكاني دون إعمال قواعد الإسناد مزدوجة بل ولو كانت لهذه القواعد تقضي إلى اختصاص قانون أجنبي في شأن النزاع المطروح [210]،هذه هي الصورة الأولى التي يتخذها هذا المعيار أما الصورة الثانية تبدو أكثر انضباطا مؤدى ذلك أن اعتبار قانون ما من القواعد ذات التطبيق الضروري لا ينجم فقط عن قيام المشرع صراحة بتحديد نطاق تطبيقه المكاني وإنما ينجم أيضا عن منح المشرع هذا القانون مجالا أوسع للتطبيق المكاني من ذلك الناجم عن إعمال قاعدة التنازع ،يضرب البعض مثلا في المادة 16 من القانون الفرنسي الصادر في 17 جويلية 1966 الخاص بعقود استئجار السفن والنقل البحري وتقضي هذه المادة بأنه فيما غير الحالات التي تربط بها فرنسا بمعاهدة دولية تقضي بخلاف ذلك، حيث يطبق القانون الفرنسي على عقد النقل البحري متى كان النقل قد بدأ من ميناء فرنسي أو انتهى بها.

[208]-أشرف وفى محمد،المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن ،د .ب .ن،2003ص63
[209]-بوكلال مبروك ولحضيركريم ، المرجع السابق، ص48
[210]-هشام علي صادق، ، المرجع السابق، ص636

ويتبين من جمع هذه النصوص أن المشرع قام بتوسيع نطاق تطبيق قانونه، لما يمثله تطبيق هذا القانون من أهمية كبيرة في تحقيق ما يعتبره المشرع من ضروريات آمرة ولكن يمكن القول أن هذا المعيار بصورتيه غير كاف لتحديد هذه القواعد.[211]

ب -المعيار الفني: حاول البعض الأخر أن يسند طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري إلى أفكار فنية مألوفة في فقه القانون الدولي الخاص مثل النظام العام فكرة إقليمية تسند إليها بعض أحكام القضاء الفرنسي كمعيار لتحديد هذه القواعد أساس ذلك أن هذه القواعد مادامت ذات تطبيق قانوني فإن القاضي عندما يتعين عليه تطبيق قاعدة اقليمية فيقوم بإعمالها على كافة الوقائع والتصرفات القانونية التي تتم في إقليم دولة وعلى أشخاص مقيمين فيها أو الأموال الموجودة بها.

انتقدت هذه الفكرة كثيرا وذلك في حالة ما إذا كانت بعض المحاكم تعتمد على إقليمية التطبيق كضابط لتحديد ماهية هذه القوانين فهي تثير الغموض فعندما يقرر المشرع أن القوانين ذات التطبيق الضروري هي القوانين الإقليمية فإن قانون القاضي وموقع المال وقانون الموطن كلها قوانين إقليمية[212]

ج -معيار الغائية: استخدم البعض فكرة مصلحة الدولة كأساس لرفض تطبيق القوانين الأساسية الصادرة من دولة أجنبية فهي تخرج من مجال تنازع القوانين وتسعى إلى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها وهذه الفكرة لم تصادف نجاحا ولم تلق قدرا من النجاح حيث انتقدت على أساس أنه يصعب إدراك بعض القوانين التي تتميز بطابع سياسي لأن الاختلاف بين القوانين ليس في الطبيعة وإنما في الدرجة.[213]

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[214]. وتقابلها المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي" يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".[215]

ثالثا- التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام.

كثيرا ما جعل خلط بين القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام فكان لا بد من التمييز بينهما وتوضح الفكرة أكثر في هذا المقام حيث أن هناك فريق يذهب إلى القول أن القواعد ذات التطبيق الضروري ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي دون اللجوء إلى

[211]- احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع منهج تنازع القوانين،دراسة مقارنة،مؤسسة شباب الجامعة، مصر،1989،ص67

[212]-محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،المرجع السابق،ص202

[213]- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003. ، ص 87- 88

[214]- عيد عبد الحفيظ،المرجع السابق،ص88

[215]- أمر 75-58 ، المتضمن القانون المني الجزائري ،المرجع السابق.

التحليل في العلاقة المطروحة وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص وإنما يكفي تطبيق تلك القواعد آليا ودون الحاجة للرجوع للقانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه.

إن التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون دولة القاضي وبين الدفع بالنظام العام يبدو أمرا سهلا فالدفع بالنظام العام يفترض تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي بناءا على إشارة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ثم إثبات أن محتواه يخالف المقتضيات الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام في قانون القاضي، ومن ثمة يستبعد هذا القانون ليحل محله قانون القاضي في حين أن إعمال مقتضى القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي يتم دون المرور أصلا عبر منهج تنازع القوانين.

فهذه القواعد تنطبق قبل إعمال مقتضى الخطوة الثانية من خطوات منهج تنازع القوانين في حين أن إعمال مقتضى الدفع بالنظام العام يمر بالمرحلة الثانية.[216]

ومن هنا يمكن إيضاح فوارق بين النظام العام وقواعد التطبيق الضروري

أ-من حيث درجة المخالفة للقاعدة الأجنبية المسندة: أن من المميزات الجوهرية بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين الدفع بالنظام العام هو المرور عبر القانون الاجنبي فإذا تم دراسة مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتعين عدم مطابقته مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي فإن أحكام قانون القاضي تكون هي الواجبة التطبيق تحت اسم الدفع بالنظام العام أما إذا كانت أحكام قانون القاضي هي الواجبة التطبيق بصفة فورية ومستقلة عن محتوى أي قانون أجنبي مهما كان، هنا تكون القواعد ذات التطبيق الضروري.

ب-من حيث الهدف الذي تسعى إليه: ما يميز القواعد ذات التطبيق الضروري عن الدفع بالنظام العام من ناحية الهدف الذي تسعى إليها كل منهما حيث أن القواعد ذات التطبيق الضروري هدفها الأساسي ليس هو حماية الأسس السياسية والاجتماعية للدولة بقدر حماية التماسك السياسي للنظام القانوني الوطني.

ج- من حيث مدا الاعتداد بتوفر الرابطة بين القانون الأجنبي وقانون القاضي: وهذا التمييز يتمثل في كون تطبيق كل من قواعد ذات التطبيق الضروري وفي قانون دولة القاضي يقضي توافر الرابطة الحقيقية ومؤثرة بين قانون القاضي وبين موضوع النزاع الذي يثير تطبيق هذه القواعد، أما إعمال مقتضى الدفع بالنظام العام فغير مرتبط اطلاقا بوجود مثل هذه الرابطة فيكفي لإعمال الدفع بالنظام العام ان يكون القضاء الوطني مختص بالنظر في النزاع.[217]

الكفاية الذاتية لقواعد البوليس حيث لا يتطلب اعمالها الحاجة الى فكرة النظام العام وإنما يكفي النص عليها من قبل المشرع، أما النظام العام يشكل ما يمكن ان نطلق عليه بسد النقائص

[216]- بلاق محمد ،المرجع السابق،ص69

[217]- سلامة فارس عرب ، المرجع السابق، ص514

التي قد يغفل المشرع على النص عليها فيتدخل القاضي اعمالا لهذه الفكرة مستبعدا تطبيق القوانين الاجنبية المخالفة على اقليم الدولة دون الحاجة لنصوص امرة.

استقلالية منهج قواعد البوليس عن منهج التنازع حيث يتدخل بصفة مستقلة عن قواعد الاسناد ويتم اعماله بناءا على تحليل مضمون هذه القواعد وأهدافها واستخلاص نطاق تطبيقها وبالتالي مدى ارادتها في الانطباق على المسالة المطروحة، خلافا لتدخل قواعد النظام العام فهو يفترض دائما للعمل وفقا لمنهج قواعد التنازع فهذه الفكرة لا تعمل إلا في مرحلة لاحقة على الاسناد وباعتباره مجرد وسيلة للحماية مما قد يتضمنه القانون الاجنبي المختص من احكام مخالفة لهذه الفكرة فيتقرر استبعاد قواعده باسم النظام العام.

ومن هنا يمكن القول انه يوجد تمييز واضح بين فكرة النظام العام وقواعد البوليس وهذا من خلال اعتماد هذه الاخيرة على منهج مباشر يقوم على تحليل القوانين المتصلة بالرابطة المطروحة بحثا عما كان يريد الانطباق على هذه الرابطة وهو منهج يختلف عن منهج التنازع التقليدي الذي يهتم بمضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه، وإنما يكتفي بتحليل الرابطة المطروحة تمهيدا لإسنادها للقانون الاوثق صلة وهذا الاخير يمكن استبعاد تطبيق قواعده اذا كانت مخالفة للنظام العام للدولة.[218]

الفرع الثاني

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

إن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يقوم الى جانب منهج التنازع التقليدي في الفقه القانون الدولي الخاص المعاصر فإذا كانت الرابطة العقدية ذات طابع دولي تخضع بحسب الاصل الى القانون الذي يختاره الاطراف بمقتضى منهج التنازع المزدوج فان مع القاضي كذلك ان يراعي اعمال قواعد ذات تطبيق ضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها المكاني فالقاضي يقوم بإعمال هذه القواعد في شأن بعض جوانب الرابطة العقدية التي تدخل في سريانها رغم خضوع العقد في جوانبه الاخرى للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد مما يضفي التجزئة للرابطة العقدية وإخضاعها لأكثر من قانون.[219]

إن مختلف التشريعات الحديثة والاتجاهات الفقهية خولت للقاضي تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه حتى وان لم يكن قد حدد نطاق تطبيقها وهناك من هذه القواعد من تنتمي الى قانون القاضي وأخرى تنتمي إلى القانون الأجنبي

[218]-خلاف فاتح، المرجع السابق،ص80
[219]-هشام علي صادق، المرجع السابق،ص276

أولا: إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية

ان الاثر الذي يحدثه اعمال قواعد ذات التطبيق الضروري استبعاد القانون المختص الذي تشير اليه قواعد الاسناد الوطنية وان هذا الاختصاص من نتائجه تقسيم العلاقة العقدية وإخضاعها لأكثر من قانون.[220]

رغم اختيار المتعاقدين لقانون اجنبي لحكم الروابط العقدية القائمة بينه إلا ان مختلف الاتجاهات الفقهية اخذت بتعدد المناهج في الق الد الخ استنادا الى فكرة الاقليمية وفكرة النظام العام وادى الى تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري حث القاضي على اعمالها في نطاق المسائل التي تدخل في سريانها وإدخال مثل هذه القواعد الامرة التي تنتمي الى قانونه ولا تطيق مزاحمة من القانون الاجنبي كأن اساس هذه القواعد هي تبني فكرة النظام العام في دولته.[221]

والقاضي بإعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الوارد النص عليه في القانون الوطني اي قانون دولته فهذا لأنه ملزم باحترامها باعتبارها جزء لا يتجزأ من القانون الواجب التطبيق ولا يوجد اي وجه للمقارنة بين القواعد ذات التطبيق الضروري وغيره من القواعد الاخرى فحينما يكون القانون المطبق هو القانون الوطني فتطبق من هذا القانون والقواعد المادية الداخلية الواردة فيه وفي مقدمتها القواعد ذات التطبيق الضروري.[222]

وفي الحقيقة ان القاضي مهيأ لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية فهو يميل دائما الى تطبيق القواعد القانونية التي يقررها نظامه القانوني كما ان السلطة الممنوحة له تكون واسعة النطاق في تحديد القواعد التي تتصل بالنزاع المعروض أمامه وإعمال القاضي لهذه القواعد تقره الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق في سنة 1980 في المادة السابعة الفقرة الثانية حيث اقرت بضرورة تطبيق القاضي لقواعد التطبيق الضروري الوطنية.[223]

لذلك اصبح اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون المختص الذي اشار اليه ضابط الاسناد الذي يعد محل جدل كلما كانت هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواء تلك التي تهدف الى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة او تلك التي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.[224]

---

[220]-محمود إبراهيم محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص91

[221]-هشام علي صادق، المرجع السابق،ص677

[222]- أشرف وفى محمد،المرجع السابق،ص75

[223]-محمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص96

[224]- موكة عبد الكريم ، المرجع السابق ،ص 202

وبالرجوع الى القانون الجزائري نجد هناك مجموعة من القواعد ذات التطبيق الضروري كقانون المنافسة الذي تعتبر احكامه امرة باعتبارها تهدف الى تنظيم المنافسة بين الاعوان الاقتصاديين وهذا ما نجده في نص المادة الاولى من الامر 03/03.[225]

يهدف هذا الامر الى تحديد شروط ممارسة الممارسة في السوق وتفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفاعلية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين.

وما يقال عن قانون المنافسة يطبق ايضا على الامر 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث نصت المادة الأولى على انه يهدف هذا القانون الى تحديد القواعد والمبادئ للشفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الاعوان الاقتصادية وبين هؤلاء المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلانه.[226]

ومختلف هذه القوانين والأوامر تهدف الى حماية المستهلك لأنه الطرف الضعيف في العلاقات العقدية وق تم حمايته في قانون وهو قانون حماية المستهلك كما ان عقود الاستهلاك المبرمة عن طريق التكنولوجيا الحديثة وهي عقود بيع تخضع الى القانون الذي يختاره المتعاقدون ويكون ذلك بتحفظ وفي هذا الشأن لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الاحكام الامرة في قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته.

الرأي الراجح لدى الفقه ان تطبيق هذه القاعدة يجعل تطبيق قانون محل الاقامة امرا مقبولا لان عند عرض السلع يتم استقبالها عبر شاشة خاصة العقود المبرمة عبر الانترنيت وفي محل اقامة المستهلك الذي له صلة بالعقد، كما أن المستهلك يقوم بالأعمال الضرورية لإتمام العقد عند قبوله الايجاب المعلن عن بائع وعليه فان التجارة الالكترونية تكون وثيقة صلة بقانون دولة محل الاقامة العادية للمستهلك.[227]

[225]-الأمر رقم 03/03، مؤرخ في 20 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة،ج .ر، عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003 معدل ومتمم بالقانون رقم 02/08، المؤرخ في 25 جويلية 2008 ج ر عدد 36، المؤرخة في 2 جويلية 2008

[226]-قانون رقم 04/02، المؤرخ في23 جويلية 2004 يتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،ج .ر عدد 41 سنة 2004

[227]- بوكلال مبروك و لحضير كريم،المرجع السابق،ص50

ثانيا:إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية

من اهداف القانون الدولي الخاص هو التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية ولا شك ان قبول تطبيق قوانين البوليس الأجنبية من قبل الدولة الوطنية سيسمح بتطبيق قوانين البوليس للدولة الوطنية من قبل الدولة الاجنبية ،الامر الذي سيساعد على زيادة التعاون بين مختلف القوانين الوطنية في احترام القواعد ذات التطبيق الضروري لبعضها البعض[228]

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية من المسائل التي شغلت بال الفقهاء ،حيث اختلفت الآراء الفقهية حول اعتراف القاضي بإعمال محتوى قواعد التطبيق الضروري التابعة لدولة أجنبية التي يرتبط ها العقد محل النزاع المثار أمامه بصلة وثيقة ،فالمسلم به انه إذا كان القاضي ملتزما بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الأجنبية والمشكلة لا تثور عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية ذلك استنادا ان هذه القواعد تشكل جزءا من النظام القانوني الواجب التطبيق.

ولكن في غير هذه الحالة يثار التساؤل حول مدى قابلية هذه القواعد لإمكانية التطبيق هذه الفكرة لم تستقر لدى القضاء والفقه، تبنت الاتفاقيات الدولية هذه المسألة لتجد ادر الاستقرار لتطبيق هذه القواعد.فنجد اتفاقية روما 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نطاق دول الاقتصادي الأوروبي فتنص المادة 7ف1 منها على انه **"عند تطبيق قانون دولة ما وفقا لأحكام هذه الاتفاقية ،يمكن ان تعطي القواعد الامرة في قانون دولة اخرى يرتبط العقد بصلة وثيقة أثر في التطبيق اذا كانت هذه القواعد وفقا لأحكام هذا القانون تنطبق بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد ولتقرير ما اذا كان يجب ان يمنح هذا الاثر لهذه القواعد ،ويأخذ في الاعتبار طبيعتها و موضوعها ،والنتائج التي ستنجم عن تطبيقها أو عدم تطبيقها "**

يقر الحكم الوارد بهذه المادة امكانية اعتماد محتوى القواعد الاجنبية في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية فهذا الحكم جاء صراحة ومؤكدا أن هذه القواعد يمكن ان تمنح اثر في التطبيق اذ توفرت الشروط التي تقتضيها هذه المادة:

أ-الشرط الأول: عدم تعارض قواعد ذات التطبيق الضروري مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، فانه يبدأ التساؤل حول ملائمة تطبيق القواعد على النزاع وهو ما يدعو في هذا الفرض الى التصدي لمضمون القاعدة وأهدافها.

حيث يقدر مدى عقلانية الصلة بين مضمونها وهدافها ،وبتالي مدى توفر شروط انطباقها ،حتى يتمكن في النهاية من اعلان اختصاصها بحكم المسألة التي تدخل في ايطار سريانها وعلى هذا النحو يقدر القاضي مدى تعارض القاعدة الأجنبية ذات التطبيق الضروري مع النظام العام في دولته قبل التيقن من اختصاصها بالنزاع المطروح .التحليل

[228]-أشرف وفى محمد ،المرجع السابق،ص78

الذي يجريه القاضي للقاعدة يكون بالنظر الى مدى تعارضها مع النظام العام في دولته خصوصية اخرى تتعلق بموضوع هذا التحليل وهو لا يقتصر على مجال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري إنما هو يتناول أيضا الأهداف التي تسعى الى إدراكها وكذلك المصالح التي ترمي الى حمايتها[229] .

ب-الشرط الثاني هو انه يجب لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري ان توجد علاقة وثيقة بين النزاع المعروض على القاضي وبين قاعدة التطبيق الضروري الاجنبي ،يتعين توفر صلة ورابطة وطيدة بين الحالة المعروضة وبين القواعد المطبقة الاجنبية ويجب ان تكون هذه الرابطة حقيقية تبرر وجوب محتوى هذه القوانين ويمكن ان تكون هذه الرابطة هي المكان الذي ينفذ فيه العقد ،مثلا في عقود الاستهلاك محل اقامة المستهلك [230]

ج- الشرط الرابع:يتعين أن يؤخذ في الاعتبار كل النتائج التي تنجم عن تطبيق او عدم التطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية ،وفي الواقع يعد هذا الشرط منتقد لأنه يمنح للقاضي سلطة التقديرية واسعة المجال في تطبيق قواعد الاجنبية على نحو انه يمكن للقاضي ان لا يلتزم بتطبيقها على ناحية الفعلية ،ذلك ان مراعاة النتائج المترتبة على تطبيق قواعد التطبيق الاجنبية كذلك فحص محتواها امر من شانه مراقبة القاضي للإجراء التحليل الواقعي يأخذ في الاعتبار بالنسبة للحالة المعروضة وكذا ان يقدر مشروعية النتائج الناجمة عن تطبيقها.[231]

[229]-هشام علي صادق، المرجع السابق، ص698

[230]- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص538

[231]-أشرف وفى محمد، المرجع السابق، ص85

خاتمة

ما نختم به بحثنا هذا حول التجزئة الإرادية وغير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية التي ترتبط بصفة مباشرة بمسألة مبدأ سلطان الإرادة الذي لا يزال المبدأ الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ،فالإرادة تعتبر صاحبة الحق الأصلي الذي يمكن للمتعاقدين على أساسه ممارسة حقهم في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم وجاء تقرير هذا المبدأ بمناسبة إعمال قاعدة تنازع القوانين التي يفرضها الطابع الدولي لعقود التجارة الدولية ،وهذا ما يعني أن العلاقة العقدية ترتبط بأنظمة قانونية متعددة تتزاحم في حكم هذه العلاقة والاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد يمنح لهم الحق في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون.

غير أن استقرار فقه القانون الدولي الخاص على إخضاع عقود التجارة الدولية لمبدأ سلطان الإرادة لم يمنع الاختلاف حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا المبدأ،كان لهذا الفقه نفس النظرة لفكرة التجزئة حيث ظهرت في هذا الصدد نظريتين ،نظرية شخصية تتيح حرية مطلقة للأطراف في اختيار قانون العقد، وبالتالي الاعتراف لهم بالحرية في تجزئة العقد بإرادتهم دون أي قيد مؤسسين ذلك على أن أحكام القانون المختار تصبح مجرد شروط تعاقدية، ويكون الاختيار على هذا النحو مجرد اختيار مادي لا يؤدي إلى خضوع الرابطة العقدية للأحكام الآمرة في القانون المختار،مما يعني أن المتعاقدين لهم الحرية الكاملة في استعارة ما يشاءون من قواعد في عدة قوانين وإمكانية استبعاد القواعد الآمرة التي لا تخدم مصالحهم واستبدالها بقواعد تكون ملائمة لحكم العقد فحسب هذا الرأي تندمج أحكام القانون المختار في العقد، وتّكون بذلك نظام قانوني من صنع إرادة الأطراف ويعتبر العقد عقدا طليقا لا تحكمه القوانين الداخلية ،وتجزئة قانون العقد حسب أنصار هذه النظرية لا تقيد بأي شرط فالعلاقة العقدية تحكمها عدة قوانين حتى ولو لم تكن بين هذه القوانين وبين العقد أية صلة.

أما النظرية الموضوعية فرغم أنها قيدت حرية الأطراف في اختيار قانون العقد وربطت هذه الإرادة بالقانون، لكن نجد أنها منحت الأطراف القدرة على اختيار أكثر من قانون إلا أن الحرية التي منحتها لهم لم تكن مطلقة بل نسبية وذلك بفرضها لشروط على الأطراف .

وحسب هذه النظرية تجزئة قانون العقد ممكنة إذا توفرت بين القوانين المختارة والعقد الصلة المتطلبة ، قد أورد أنصار النظرية الموضوعية على حرية الاختيار المتعدد لقانون العقد قيدين وهما عدم إخلال بوحدة العقد و عدم إفلات العقد من حكم القانون، بالنسبة للقيد الأول مؤداه أن لا يكون من شأن حرية المتعاقدين في تجزئة قانون العقد أن تؤدي إلى إخلال بوحدة القانون المطبق على العلاقة العقدية وهدم الانسجام المتطلب في العقد، أما القيد الثاني أن لا تؤدي إلى إفلاته من حكم القانون فلا يمكن استبعاد قواعد أمرة في القانون المختار.

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى أن التشريعات الوطنية تأثرت بالأسس التي تقوم عليها النظريات الفقهية حول مسألة تجزئة قانون العقد الدولي، فعند سنها للقواعد القانونية التي تنظم العقد التجاري الدولي تراعي مبدأ سلطان الارادة فالمشرع الجزائري مثلا نص في المادة 18 من القانون المدني على أنه"**يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم المتعاقدين العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون أخر** "هو نفس المنهج الذي سار عليه المشرع المصري والفرنسي من خلال نصوصهم التشريعية والأحكام القضائية ،إلا أنه نجد أن هذه التشريعات لم تنص على هذه التجزئة مباشرة، بل أنها تستخلص من سياق الألفاظ و التعابير في النصوص التي تتضمن مبدأ سلطان الإرادة، و قد أبرمت عدة اتفاقيات في شأن القانون الواجب التطبيق نظر لأهمية هذا الموضوع في القانون الدولي الخاص نجد مثلا اتفاقية روما1980 المعدلة في2008 حول القانون الواجب التطبيق من بين المسائل التي تناولتها و المتعلقة بالاختيار الذي يقوم به المتعاقدين تجزئة العقد حيث خولت هذه الاتفاقية للمتعاقدين الحق في إخضاع العقد في جزء منه لقانون الإرادة بينما يخضع الجزء الاخر الى القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد وهذا في نص المادة الثالثة من الاتفاقية.

وباعتبار قضاء التحكيم هو القضاء الذي يناسب طبيعة منازعات التجارة الدولية بما يمنحه من سرية وليونة الإجراءات المتعبة أمامه فارتأينا الى معرفة موقف قضاء التحكيم من تجزئة العقد بعدما لاقى مبدأ سلطان الإرادة مجالا واسعا أمامه.

عند اتفاق الأطراف على طرح النزاع على قضاء التحكيم فان لهم الحرية في اختيار القواعد الإجرائية و الموضوعية التي سيطبقها المحكم لمحاولة الوصول إلى حل للنزاع ،فالأطراف لهم مطلق الحرية في اختيار القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم حيث تكون مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي كأن يكون قسما منها من قواعد احد مراكز التحكيم ،وقسم أخر من قواعد التحكيم صدرت بمجال معين متعلق بالتجارة الدولية،وبهذا يحكم إجراءات التحكيم مجموعة من القواعد القانونية متفرقة من عدة قوانين،أما فيما يخص القواعد الموضوعية وهي بدورها تحدد بإرادة المطلقة للأطراف تصل درجة هذا الحرية إلى استخدام آلية التجزئة التي تعبر عن رغباتهم في اختيار أكثر من قانون لحكم عقدهم مع الأخذ بكل مضامين هذه القوانين أي يجب عليهم احترام القواعد الآمرة في كل قانون فلا يجب لهم استبعادها حتى وان كانت يمكن أن تؤدي إلى بطلان العقد.

إن الأطراف بإرادتهم ليسوا الوحيدين الذين يملكون حق التجزئة للقانون الواجب التطبيق بل انه في بعض الحالات حتى وان اتجهت نية المتعاقدين للحفاظ على وحدة العقد إلا أن عقدهم تحكمه عدة قوانين وهذا ما اصطلح عليه التجزئة غير الإرادية للقانون الواجب التطبيق وهذه الأخيرة تكون نتيجة لوجود قيود معروفة يستبعد على أثرها تطبيق القانون المختار، وهناك مسائل تخرج بطبيعتها من نطاق تطبيق قانون الإرادة وتخضع لقواعد خاصة بها

والمسائل المستبعدة بالتحديد من نطاق قانون الإرادة نجد منها الأهلية التي تستقل بفكرة اسناد لوحدها ويطبق عليها القانون الشخصي للأطراف وغالبية التشريعات تتفق على إخضاعها

لقانون الجنسية ويتفق الفقه أن أهلية الأداء هي التي تخرج من القانون المختار لأنها لا تحتاج إلى الإرادة إطلاقا والقانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها .

وهناك جوانب أخرى من العقد المتعلقة بتكوينه تخضع لقوانين غير القانون المختار حيث يخضع في جوانبه المتعلقة بالإبرام إلى قانون بلد الإبرام، ويخضع إلى قانون بلد التنفيذ أثناء تنفيذه وهذا ما يجعل العقد يخضع لعدة قوانين دون أي اعتبار لإرادة المتعاقدين في ذلك حيث تخضع هذه المسائل للقوانين الخاصة بها ويبقى العقد خاضعا لقانون الإرادة في باقي جوانبه.

عند اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين او عند إسناد العقد إلى قانون أجنبي ،و عند عرض النزاع على القاضي يكون هذا الأخير مجبرا على تطبيق القانون المشار اليه من قبل قاعدة الاسناد وقد يصادف وجود قواعد في هذا القانون تتعارض مع المبادئ العامة والأسس الجوهرية في دولة القاضي ،وليس من المعقول ان يطبق القاضي قواعد تتنافى مع ما تقوم عليه دولته من آداب عامة، وهذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام وبموجب هذا الدفع يقوم القاضي باستبعاد القاعدة الاجنبية المتعارضة مع النظام العام، في دولته وإحلال قاعدة أخرى محلها واختلف الفقه حول القانون الذي سيحل محل القواعد المستبعدة بين من يرى انه يجب البحث عن قاعدة أخرى في نفس القانون الأجنبي، وفريق أخر يرى ان قواعد قانون القاضي هي التي يجب إعمالها محل القواعد المستبعدة ولكن المغالاة في الاخذ بهذا الدفع سيؤدي إلى الإخلال بطبيعة قاعدة الإسناد، لذلك وضع المشرع للدفع بالنظام العام شروط يجب توفرها لإعماله و الوصول الى استبعاد القانون الأجنبي.

وكحل وسط بين ضرورة احترام إرادة للمتعاقدين وعدم مخالفة القواعد الآمرة في القوانين المختارة استحدثت قواعد تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وهي بمثابة قواعد موضوعية آمرة في دولة القاضي تطبق مباشرة على العلاقات القانونية التي تدخل في نطاقها، يستلزم لإعمالها وجود صلة بينها وبين اختصاص القاضي، وهناك نوعين من هذه القواعد قواعد ذات التطبيق الضروري الداخلية وأخرى دولية وذلك لأنها مكملة لسيادة الدول خارج حدودها الإقليمية، والقاضي عندما يقوم بتطبيق احدى هذه القواعد يحدث تجزئة في قانون العقد حيث تطبق مباشرة على الجوانب التي تدخل في نطاقها في حين تبقى قواعد القانون المختار سارية المفعول على الجوانب الاخرى من العقد.

من خلال دراستنا هذه نستنتج أن التجزئة في كلتا الحالتين سواء الإرادية ،أو غير الإرادية مرادها الوصول الى بعض الأهداف من بينها إدراك الاحترام المتطلب لإرادة الأطراف في اختيار قانون العقد، وبالتالي لا مانع لاختيار اكثر من قانون وهذا الحق ممنوح أيضا للقاضي لكونه في حالة سكوت الاطراف وعدم اختيار قانون العقد فيتدخل القاضي ويختار القانون الذي يحكم العقد.كما تهدف التجزئة ايضا الى انساب كل جانب من العقد الى القانون المختص بحكم هذا الجانب وهذا ما يحقق العدالة العقدية .

ورغم الانتقادات الموجهة لآلية التجزئة باعتبار انه يجب احترام مبدأ وحدة العقد، و أن العقد عبارة عن وحدة لا يمكن تجزئتها ،إلا أن التجزئة تفرض نفسها في الكثير من الحالات.

وفي رأينا يمكن تجزئة العقد وإخضاع العقد لأكثر من قانون غير أنه يجب أن تكون هذه التجزئة في الحدود المعقولة وليس الى حد إفلات العقد من حكم القانون ولذا يجب توفر صلة بين القوانين المختارة وبين المتعاقدين آو موضوع العقد وان تكون عناصر العقد تقبل الانفصال بالقانون اخر ومختلف عن الاجزاء المتبقية من العقد .

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1-الكتب

-أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين, دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر ، 1989.

- إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

- العجلوني احمد خالد،التعاقد عن طريق الانترنت،(دراسة مقارنة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2002.

- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، 2003.

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون الحق و تطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

- البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع والمتعدد الموضوعات)، منشورات حلبي الحقوقية، سوريا، 2009.

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة لإعلام و النشر، الجزائر، د س ن.

- الكسواني عامر محمد،موسوعة القانون الدولي الخاص ،(تنازع القوانين)،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الاردن ،2010.

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة لتنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2003.

– خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي(في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، مصر، 2002.

– خالد ممدوح ابر هيم، التحكيم الالكتروني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،مصر ،2008.

– زروتي طيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري(مقارن بالدول العربية)، مصر ،الجزء الأول، مطبعة الكاهن، د س ن.

– سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص(تقنية وحلول النزعات الدولية الخاصة) دار العلوم العربية ، لبنان،1994.

– سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث ،القاهرة، 1999.

– صلاح الدين جمال الدين ،التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي،مصر، 2006.

– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005.

–عليوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري،(تنازع القوانين)، الجزء الاول،دار هومة ،الجزائر،2006

– عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين(تنازع القوانين) دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2007.

– محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف, الإسكندرية، 2000.

– محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

– محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

– محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

– محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006

– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1995.

2_ المذكرات و الرسائل الجامعية

أولا–الرسائل الجامعية-

- خلاف فاتح ،مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل،2007،ص 37.

–شوريب خالد ،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي،أطروحة لنيل درجة الدكتورة في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة بن يوسف بن خدة ،2008

–عمران علي السائح، التحكيم و القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2006

– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية, رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011.

– قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2012

ثانيا :المذكرات الجامعية

أ-مذكرات الماجستير

-أسيا مندي يسمينة ،النظام العام وعقود،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع العقود و المسؤولية،جامعة يوسف بن خدة ،2009.

- الهام العزام والخراز وحيد،التحكيم التجاري الدولي في ايطار منهج تنازع القوانين(دراسة مقارنة) ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،جامعة النجاح الوطنية ،فلسطين،2009

- إيلاف خليل إبراهيم الصالح ،القانون الواجب التطبيق على التحكيم (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع القانون،جامعة الشرق الأوسط،2014.

- بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2009

- بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة2011

- بولقواس سناء،الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، فرع القانون الإداري و إدارة العامة،جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2010-2011.

-بوديسة كريم،التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 .

– جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

–حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011.

– سعد الدين محمد ,العقد الدولي بين التوطين و التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي،الشلف، سنة 2008.

– زاير فاطمة الزهراء ، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، ،جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان ،2011

– سنينات عبد الله ،دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في ايطار القانون الدولي الخاص،، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ،فرع قانون الأسرة ،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان ،2011

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

ب– مذكرات الماستر

– بوكلال مبروك و لحضير حكيم ،دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،شعبة القانون الاقتصادي و قانون الأعمال ، تخصص قانون العام لأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية2012.

3- المقالات

-عادل بن عبد الله ،(الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام)، مجلة المفكر، العدد الثالث، جامعة محمد خضير، بسكرة ، د س ن ، ص222 .

-فؤاد ديب، (المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 24، العدد الثاني،2008، ص ص35-36

-موكة عبد الكريم، (القانون الواجب التطبيق على العقد بيع الدولي الالكتروني)، مجلة الاكادمية للبحث القانوني، العدد الثاني،2010، ص198.

- يوسف سليمان عبد الرحمان الحداد،(القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط)، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية، عمان ،في فترة مابين 26-27أوت سنة 2014.

4- النصوص القانونية

أولا:المراسيم التنفيذية

1-مرسوم رئاسي رقم 75-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1995 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، جريدة الرسمية، عدد 66 ،سنة 1995

ثانيا:النصوص التشريعية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 /1975/09 المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر عدد 78 ،الصادر بتاريخ 30سبتمبر1975معدل ومتمم

- أمر رقم 03-03, مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003 معدل و متمم

-قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004

-قانون09/08 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإداري

ثالثا:الاتفاقيات الدولية

-اتفاقية روما 1980المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المعدلة في 2008

- اتفاقية لاهاي1985المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع

ثانيا : باللغة الفرنسية

1-ouvrages

- Mohand Issad, Droit international privé ,les règles de conflis,2édition ,Tome1, O.P.U,1983

_ HENRI BATIFFOl, PAUL LAGARDE, Droit international privé, tome2, 6éditions, 1976, p 274

2- mémoire

- Sabine Robert, les lois de police, mémoire préparé pour obtenir diplôme du master, droit international privé, faculté de droit de Lyon, 2006

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة.....7
الفصل الأول:التجزئة الإرادية للقانون الواجب التطبيق على عقد التجاري الدولي.....12
المبحث الأول: التجزئة الإرادية للقانون الواجب التطبيق لدى فقه القانون الدولي الخاص 14
المطلب الأول :إطلاق حرية الاطراف في تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي..15
الفرع الأول :أساس إطلاق حرية في تجزئة قانون العقد الدولي.....15
أولا: الاختيار الصريح.....16
ثانيا:الاختيار الضمني 17
الفرع الثاني : النتائج المترتبة عن فكرة اندماج العقد و أثارها على قانون العقد الدولي.....18
أولا:إنزال القانون المختار منزلة شروط التعاقدية و تجريده من صفته القانونية 18
ثانيا:عدم الاعتداد بالتشريعات اللاحقة 18
ثالثا:عدم الاشتراط وجود صلة بين القانون المختار و العقد 19
رابعا:عدم امكانية ابطال العقد ورفض فكرة الإحالة 20
المطلب الثاني:التجزئة الإرادية في ظل النظرية التي تخضع العقد لحكم القانون.....21
الفرع الأول: أساس تجزئة قانون العقد في ظل الاتجاه الذي يخضع العقد لحكم القانون.....21
أولا : عدم الإخلال بوحدة العقد 24
ثانيا: عدم إفلات العقد من حكم القانون 24
الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن تقيد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد أثرها على تجزئة العقد.....24
اولا : احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية مع امكانية ابطال العقد وفقا لهذا القانون 25
ثانيا: ضرورة توافر صلة بين قانون مختار و العقد 26
ثالثا: الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة 26
رابعا:رفض الإحالة.....27

فهرس المحتويات

المبحث الثاني: موقف التشريعات الوطنية من فكرة تجزئة قانون العقد الدولي 28
المطلب الأول : فكرة تجزئة حالة عرض النزاع على القضاء الوطني.....29
الفرع الأول :موقف التشريعات الداخلية من فكرة تجزئة قانون العقد الدولي 29
الفرع الثاني:موقف الاتفاقيات الدولية من تجزئة قانون العقد الدولي.....30
المطلب الثاني: فكرة التجزئة حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم 32
الفرع الاول : تجزئة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم 33
أولا:التجزئة في حالة اختيار الأطراف بأنفسهم القواعد الإجرائية.....33
ثانيا:التجزئة في حالة اختيار المحكم للقواعد الإجرائية 34
ثالثا:موقف التشريعات الوطنية و اتفاقيات الدولية من تجزئة القواعد الإجرائية.....34
الفرع الثاني:تجزئة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع 36
أولا:التجزئة في حالة اختيار الأطراف بأنفسهم القواعد الموضوعية.....37
ثانيا: التجزئة في حالة اختيار المحكم بأنفسهم القواعد الموضوعية.....40
ثالثا:بعض نماذج أحكام التحكيم.....42
الفصل الثاني:التجزئة غير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.....45
المبحث الأول: المسائل المستبعدة عن قانون الإرادة عند تكوينها.....46
المطلب الأول: تجزئة قانون العقد عند إنشائها.....46
الفرع الاول:القانون الواجب التطبيق على الأهلية :.....46
أولا : أهلية الوجوب.....48
ثانيا : اهلية الاداء.....49
ثالثا: الاستثناءات الواردة عن قانون الأهلية.....50
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الرضا.....51
أولا :الايجاب..... 51
ثانيا:القبول 51
ثالثا:عيوب الإرادة 52

فهرس المحتويات

الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب.....53

أولا: القانون الواجب التطبيق على المحل 53

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على السبب.....54

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على اثار العقد 55

الفرع الأول:أثار العقد بالنسبة للأشخاص.....55

الفرع الثاني : آثار العقد المتعلقة بالموضوع.....56

المبحث الثاني:تدخل القواعد الامرة في تجزئة قانون العقد الدولي.....57

المطلب الأول: تجزئة قانون العقد الدولي في حالة إعمال فكرة النظام العام.....58

الفرع الاول :مضمون فكرة النظام العام.....59

أولا:تعريف النظام العام.....60

ثانيا:الفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الخارجي 61

ثالثا:أنواع النظام العام.....63

الفرع الثاني :شروط إعمال النظام العام.....64

اولا:اشارة الى قاعدة الاسناد التي تطبيق القانون الأجنبي 65

ثانيا:توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام.....65

ثالثا:ان تكون مخالفة للنظام العام حالية..... 67

الفرع الثالث:أثار النظام العام.....68

أولا:الأثر السلبي للنظام العام..... 69

ثانيا:الأثر الايجابي للنظام العام.....72

ثالثا:الأثر المخفف للنظام العام.....73

المطلب الثاني:تجزئة قانون العقد الدولي في حالة اعمال قواعد ذات التطبيق الضروري.....74

الفرع الاول:مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....75

أولا:تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري 76

ثانيا:معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.....78

فهرس المحتويات

ثالثا:التمييز القواعد ذات التطبيق الضروري و النظام العام.....81
الفرع الثاني : إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية.....81
أولا : إعمالا القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية.....82
ثانيا: إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية.....83
خاتمة.....87
قائمة المراجع.....92
الفهرس.....96

أولا :الملخص باللغة العربية

باعتبار العقد التجاري الدولي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وأمام الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ،ظهرت فكرة التجزئة وإمكانية أن يحكم العقد أكثر من قانون وهي نوعان التجزئة الإرادية التي يسعى إليها الأطراف بإرادتهم وقد ظهرت في هذا الصدد نظريتان متناقضتان ،النظرية الشخصية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة المطلقة التي تؤدي إلى إفلات العقد من حكم القانون والنظرية الموضوعية التي خولت بدورها الحق للمتعاقدين في تجزئة العقد لكنها وضعت قيود على ذلك حتى لا تؤدي هذه التجزئة إلى إفلات العقد من حكم القانون ،وقد لاقت التجزئة الإرادية صدا واسعا في مجال التحكيم أكثر منه في القضاء الوطني .

في بعض الحالات رغم رغبة المتعاقدين في الحفاظ على وحدة العقد إلى القانون المختار لا يطبق على كل جوانب العقد وهذا ما يعرف بالتجزئة غير الإرادية، إذ هناك مسائل تخرج من نطاق قانون الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للأهلية، الرضا....ويستبعد قانون الإرادة في الحالة التي يطبق فيها القاضي فكرة النظام العام وقواعد ذات التطبيق الضروري

Résumé

Comme le contrat commercial international concerne plus d'un système juridique et devant la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté dans le choix la loi applicable aux contrats, est apparue la possibilité de l'applicabilité de plusieurs lois sur un seul contrat.

Dans certains cas, malgré le vouloir des contractants de préserver l'unité du contrat à la loi choisie ne concerne pas tous les aspects du contrat et ceci peut être considéré comme étant une multiplicité non volontaire; en effet, quelques questions sur la portée de la volonté de la loi qui est le cas pour la capacité, le consentement.... en excluant la loi de volonté dans le cas où le juge applique l'idée de l'ordre public et les règles impératives.