

جامعة الجزائر
كلية الحقوق والعلوم الإدارية

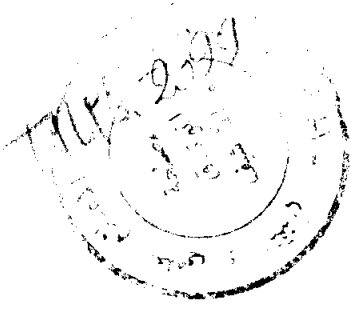
القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

مذكرة
للحصول على شهادة الماجستير
" فرع العقود والمسؤولية "

تحت إشراف
الأستاذ عمر الزّاهي

مقدمة ومناقشة من طرف
شريف هنية

أعضاء لجنة المناقشة



الإهداء

أهدي هذه المذكرة :

إلى من بدونه ما نجح العمل ولا أبصر النور و إكتمل إلى ذي الفضل الرحمن سيد النعمة والمعرفة.
إلى ينبوع الحب ورمز الأمل أرضنا الطيبة.
إلى أحب الناس إلى قلبي "والدي ووالدي"، وإلى عائلتي الكريمة.
إلى أستاذي تقديرا لمجهوداته .

تحية شكر وإعتراف بالجميل

قائمة بأهم المختصرات

- Bull.Civ** : bulletin civil .
- Cass.Civ** : cassation civil .
- D** : recueil dalloz .
- Ency.D** : encyclopedie dalloz .
- Fas** : fascicule .
- Gaz.Pal** : gazette du palais .
- J.Class.D.C** : juris-classeur de " droit civil" .
- J.Class.D.Com** : juris-classeur de " droit commercial" .
- J.Class.D.Int** : juris-classeur de " droit international" .
- J.C.P** : semaine juridique .
- J.D.I** : journal de droit international privé .
- L.G.D.J** : librairie générale de droit et de jurisprudence .
- n** : numéro .
- Op.cit** : ouvrage précité .
- R.A.S.J.E.P** : revue Algerienne des sciences juridiques économiques et politiques.
- Rev.Crit.DIP** : revue critique de droit international privé.
- Rev.Trim** : revue trimestrielle .
- Rev.Arb** : revue de l'arbitrage .
- S** : Sirey .
- S.D.I** : sous la direction d'internet .
- Trav.Com.Fr.Dr.Int** : travaux de la comité française de droit international .

المقدمة

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة ، وأنها المحور الرئيسي الذي تسود حوله هذه العلاقات مما دفع إلى أن التعامل التجاري على الصعيد الدولي تترتب عليه نشوء علاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي، وهي علاقة قانونية خاضعة للقانون الدولي الخاص بموجب إتفاق أو عقد يبرمه أطراف التعاقد و التعامل طبقا للقواعد و العادات و أعراف التجارة الدولية الناتجة عن تعامل ممتهيي التجارة الدولية .

و يكون أساس هذه العلاقة إرادة أطرافها إستنادا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد، ومنها تظهر أهمية العقد وما يترتب على ذلك من آثار ونتائج التي من ضمنها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية .

كما أنّ دراسة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يعتبر شيئا جديدا بطبيعة الحال ، رغم أن هذا الموضوع حظي بدراسة وافية بطريقة غير مباشرة عن طريق الدراسات التي توصلت إليه والمتعلقة بالعقود الدولية باعتبار أن العقد التجاري الدولي من التصرفات التعاقدية ذات الطابع الدولي .

لكن الخصوصية التي يكتسبها هذا النوع من العقود والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية جعلته يتميز بالحدائثة بالنسبة للدراسات الأخرى التي شملها القانون الدولي الخاص و من ضمنها الدراسات التي تناولت التصرفات التعاقدية ، كون أن الدراسة أعطت مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية ، مما دفع إلى عدم ملائمة القواعد و النظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تنظم العقود الداخلية مهما انتضمت قواعدها لتنظيم التجارة الداخلية تظل عاجزة عن مسايرة التطور الحاصل في التجارة على الصعيد الدولي .

وبذلك فأهمية الموضوع تتلخص بالدرجة الأولى بتعميق دراسة كيفية تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي الذي سوف يؤدي بنا إلى إستخلاص المبدأ الذي يحكم هذه المسألة والنتائج الهامة المترتبة على هذا المبدأ خاصة مع دخول الجزائر اقتصاد السوق الذي أحدث تغيير جذري وانقلاب نوعي في طبيعة العقود المبرمة سواء من الدولة أو الأشخاص التابعين للقانون

الخاص عند تعاقدهم مع العنصر الأجنبي ، بحيث أن الانفتاح الاقتصادي الحاصل أدى بالدولة إلى إبرامها لعقود التجارة الدولية لا تتمتع فيها بسيادة وتتعامل باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص، وتخضع بذلك للأحكام التي يخضع لها هذا الشخص، ومن ضمن المبادئ العامة التي تحكم تحديد القانون المطبق على عقود التجارة الدولية .

لقد استقر كل من الفقه والاجتهاد القضائي على خضوع العقد التجاري الدولي للقانون الذي يختاره المتعاقدان تطبيقا لمبدأ معروف يسمى بمبدأ "سلطان الإرادة" ، بحيث تقابل الحرية التعاقدية في العقود الداخلية التي يبرمها الأطراف بدون أن يتوفر العنصر الأجنبي مبدأ آخر في الفضاء الدولي، يتمثل في حرية اختيار القانون المطبق على عقود التجارة الدولية .

لكن هذه القاعدة التي استقر عليها العمل الدولي تطبق على الجانب الموضوعي للعقد التجاري الدولي دون جانبه الشكلي، نظرا لأن الشكل هو عبارة عن إظهار النشاط القانوني الذي يبرز في شكل نشاط تعاقدية في مظهر خارجي، فهو بذلك لا يمس الهيكل الداخلي لهذا النشاط، لذلك يحكمه قانون محدد مسبقا في كل العقود، ويعرفه المتعاقدان ولا يكون للإرادة دورا مباشرا في وضعها... وهذا القانون هو قانون محل الإبرام .

بذلك يخضع شكل العقد التجاري الدولي لقانون الدولة التي يبرم فيها العقد والذي يكون محدد في محتوى العقد عند تحريره تطبيقا للقاعدة العرفية *locus regit actum*، بينما الموضوع يتعلق بموضوع هذا النشاط، ويعبر بذلك على محتوياته الباطنية، وبمأن التصرف التعاقدية نابع عن إرادة الطرفين فإن القانون المطبق سيكون كذلك نابع على نفس الإرادة، لكن هذا لا يمنع من أن موضوع العقد قد يخضع في بعض الأحيان لقانون محل الإبرام تطبيقا لاختيار المتعاقدين أو لاختيار القاضي عند سكوت الأطراف، وبذلك يتحد في بعض الأحيان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي من حيث شكله وموضوعه .

وما يلاحظ على مسألة التمييز بين الشكل والموضوع من المسائل الصعبة ، ويرجع السبب لوجود رابطة متينة بين كليهما، لكن لا يمكن اعتباره مستحيلا، لذلك لا يوجد ما يمنع تطبيق ما استقر عليه من حيث عدم تبعية الشكل للموضوع، وبمأن موضوع تحديد القانون المختص في عقود التجارة الدولية يهم بالدرجة الأولى القاضي الذي ينظر في النزاع، فإن مسألة التمييز تعد من المهام الموكلة

للقاضي ويتمتع فيها بسلطة تقديرية في هذا الشأن، فهو يلعب دورا حاسما في هذا المجال من خلال تعيين العناصر الشكلية والعناصر الموضوعية .

رغم أنه صحيح أن مسألة التمييز تخضع لتقدير القاضي إلا أنه من المعروف أن العناصر التي تدخل ضمن موضوع العقد هي تلك العناصر التي تعبر عن أركان العقد من رضا المتعاقدان ومحل والسبب إضافة إلى آثار العقد ، أما الشكل فهي تبين فقط الوسائل التي تبرز فيها تلك الأركان والآثار.

ولم يتوقف هذا المبدأ عند الفقه والاجتهاد القضائي، بل تجاوز هذه الحدود إلى مرحلة وصل فيها تأكيده حتى من قبل التشريعات الوضعية، ومن ضمنها التشريع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، فرغم أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المطبق على العلاقة العقدية تم إقراره حديثا مقارنة مع المواضيع الأخرى، إلا أن معظم التشريعات تنبعت له وذكرته في نظامها القانوني. ويرجع سبب التأخر إلى أن تجزئة العقد ذات الطبيعة الدولية بين شكله وموضوعه وإخضاع كل جزء منه لقانون مختلف عن الآخر، لم يأخذ بعين الاعتبار في البدايات الأولى لدراسة القانون المطبق على التصرفات العقدية، ففي القرن الثاني عشر والثالث عشر (1237-1296) كان لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة فكرة تعميم الحكم على التصرفات القانونية وفي وضع قاعدة *locus regit actum* لتطبق على كل تصرف موضوعا وشكلا، من خلال اعتبار تلك التصرفات تدخل ضمن القوانين الإقليمية، وتخضع لقاعدة إجبارية واحدة لا يمكن الاتفاق على تغييرها تتمثل في قانون محل الإبرام، وبقيت هذه القاعدة سارية المفعول إلى أن جاء الفقيه ديمولان محاميا لدى برلمان باريس في القرن السادس عشر ما بين 1500-1566(1) واعتبر أن قاعدة خضوع العقد لقانون محل مبنية على رضا المتعاقدان الضمنية بهذا القانون .

وبذلك قام ديمولان بالفصل بين الشكل والموضوع واعتبر أن الإرادة قادرة على خلق النظام القانوني الذي يحكم العلاقة العقدية، وقصر تطبيق القاعدة المذكورة على الشكل الخارجي للتصرف ، بينما أخضع الموضوع لقانون الإرادة ومنح للأطراف إمكانية اختيار قانون آخر غير

(1) Mari Laure Niboyet -Hoegy : Contrats internationaux , J.Class. D.Int , fas 552/1 , 2e App . Art 1134-1135 , p.10.

قانون محل الإبرام .

فحتى وإن كانت مناسبة إثارة ديمولان لهذه المسألة قد تم على إثر قضية متعلقة بالنظام المالي للزوجين، وليس لعقود التجارة الدولية لكنها عمت على سائر أنواع التصرفات الإرادية الأخرى وأصبحت تشكل حجر الأساس الذي يبنى عليه تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي من حيث تكوينه وآثاره.

رغم أن بعض الدارسين للقانون الدولي الخاص اعتبروا أن ديمولان ليس أول من أخذ بهذا المبدأ نظرا لأنه رغم إقراره لمنح الأطراف إمكانية اختيار قانون آخر إلا أن ديمولان طبق على القضية التي كانت معروضة عليه قانون بلد إبرام عقد الزواج .

واستمر الوضع على هذا النحو إلى القرن التاسع عشر أين حاول كل من الفقيه سافيني وكانت وفليكس... وغيرهم من الفقهاء، على التوسع في هذه المسألة من خلال إقرار لأول مرة الإستعمال الصريح لمصطلح سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص، لكن الوضع لم يتغير كثيرا على ما أقره ديمولان، لأن كل هؤلاء الفقهاء عند اعترافهم بخضوع التصرف لقانون الإرادة قد قصدوا منها اتجاه الإرادة الضمنية لقانون محل الإبرام، أو قانون محل التنفيذ بحيث لا يمكن للإرادة أن تخرج على هذين القانونين المعروفين قبلا للأطراف(1)، فقط الاختلاف يكمن في أن سافيني أعطى أهمية كبيرة لقانون محل التنفيذ ليفترض اختيار المتعاقدين له على العكس من ذلك لدى ديمولان الذي كان يعتبر قانون محل الإبرام هو الذي يعبر على تلك الإرادة.

وإذا كان إقرار حرية المتعاقدان في اختيار قانون العقد قد تأكدت من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص بصفة نسبية في القرن التاسع عشر فإن تأكيد هذا المبدأ من قبل الإجتهد القضائي الفرنسي لم يتم إلا في نهاية هذا القرن وبداية القرن العشرين، على إثر حكم شهر في قضية نظرت فيها محكمة النقض الفرنسية تعرف ب Affaire American Trading company (2) وصدر فيها الحكم

(1) Veronique Ranouil :L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept , (Presses universitaires de France 1980 , p.20 et s.

(2) ثار نزاع في القضية حول عقد أبرم بين طرفين ، أين اختارا المتعاقدان تطبيق قانون ولاية نيويورك ، وهذا الأخير أبطل شرط أساسي في العقد يتمثل في شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة الهلاك .

في 5 ديسمبر 1910 بمناسبة عقد النقل البحري، أين حدد بصفة صريحة وواضحة أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية سواء فيما يتعلق بتكوينه أو من حيث شروطه وآثاره هو القانون الذي يختاره الأطراف (1).

وهذا القرار يعد الأول من نوعه من جهة، ويعتبر كذلك السبب الذي أدى بأخذ محكمة النقض في عدة أحكام لها بعد هذا التاريخ بإرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق وأصبحت تصدر قراراتها باستعمال نفس الصيغة التي أقرتها في القضية السابقة الذكر، ورغم التطور الذي حصل في هذا الموضوع إلا أنه لم تسلم القاعدة التي توصل إليها كل من الفقه والقضاء من النقد سواء في المجال النظري لهذه الأخيرة أو بمجالها التطبيقي، فمن الانتقادات التي وجهت له في المجال النظري هي :

- أن إرادة الفرد لا يمكن أن تكون مصدر للقانون وأن تصحح في القانون الدولي الخاص كأساس لتحديد اختصاص القوانين، ذلك لأن القانون لا يختار بل يفرض سلطته على المتعاقدان، لذلك يجب في مجال التعاقد أن يخضع لقاعدة تنازع محددة وملزمة لا يترك فيها لإرادة الأطراف حرية، فالمرجع وحده صاحب هذا الحق ولا يمكنه التنازع عنه .

- كما أن الإرادة لا يكون لها قوة ملزمة إلا إذا منحها القانون تلك القوة فكيف يمكن تصور أن هذه الإرادة تقوم باختيار القانون الذي تخضع له هذه التصرفات .

- إن تطبيق هذا المبدأ يدفع بصفة مؤكدة إلى الدخول في حلقة مفرغة يصعب الخروج منها نظرا لأن إرادة الطرفين تتفق على تحديد القانون المختص لينظر في مدى صحة اتفاهم الذي استمد على أساسه هذا الاختيار.

أما عن الانتقادات التي أثبتت على المجال التطبيقي لهذه القاعدة فهي :

- أن هذه القاعدة تمنح للأطراف حرية ارتكاب الغش من خلال التهرب من القواعد الأمانة أو

(1) Cass.Civ 5 Dec 1910 : S.1911 , p.129 note Lyon Caen ; voir Rev .Crit DIP.1911, p.395 : "que la loi applicable aux contrats , soit en ce qui concerne leur formation ,soit quant a leur effets et conditions est celle que les parties ont adoptée ,que si entre personnes de nationalité differente la loi du lieu ou le contrat est intervenue est en principe celle a laquelle il faut s'attacher , ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire , que non seulement cette volonté peut être expresse , mais qu'elle peut s'induire desfaits et circonstance " .

القواعد المتعلقة بالنظام العام وذلك باخضاع العلاقة العقدية لقانون أجنبي لا يعترف بهذه القواعد. -أما عن الانتقاد الثاني فيتمثل في أنه يعتبر أن تكريس مبدأ سلطان الإرادة ليس بالقاعدة البسيطة والواضحة كونه متصل في الواقع مع القاضي الذي قد يدعي في بعض الأحيان الرجوع إلى إرادة المتعاقدان، وهذا الرجوع لا يكون إلا نظريا في بعض الحالات نظرا لعدم قيامه بالبحث عن إرادة الأطراف، كما أنه يمكن للمتعاقدين أن لا يتفقا مسبقا على القانون المطبق فإن القاضي يدعي البحث عنه في إرادتهما المفترضة التي تكون غير موجودة.

-هناك حالات يختار فيها الأطراف قانون يطل العقد، فكيف يمكن حل هذه المسألة مع العلم أن الأطراف عند تعاقدهم أرادوا أن يكون العقد صحيحا، لكن ورغم الانتقادات هذه إلا أن البديل الذي قُدم والمتعلق بتطبيق قانون البلد الأكثر ملاءمة للعقد غير كاف لعدم وجود اتفاق حول ماهية هذا القانون مما دفع إلى بقاء قانون الإرادة مختصا لحكم التصرفات التعاقدية.

الإشكالية

وهكذا فإن القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يطرح جملة من الإشكالات والانشغالات تظهر من خلال تحديد مدى سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ما مدى اطلاق إرادة الأطراف في تحديد هذا الأخير، وهل حقيقة الأطراف يتمتعون بحق الأصيل في تحديد هذا القانون أم أن هناك أطراف أخرى لها سلطة في تحديد هذا القانون بصفة مطلقة أو نسبية؟.

التحديات التي تعرفها عقود التجارة كبيرة خاصة مع تحرر التجارة الدولية وتأثير الوسائل التقنية التي وسعت من نطاق هذا العقد من جهة، ومن جهة أخرى حاولت توسيع المفاهيم والمبادئ التي تحكم العقود الدولية من خلال دخول عقود التجارة الدولية الجديدة على الساحة الدولية هذا ما يستدعي بنا البحث في الاجراءات والقواعد التي اعتمدها المشرع الجزائري ليحكم عقد التجارة الدولية من جهة ومن جهة أخرى التحديات التي يعرفها هذا العقد في الآونة الأخيرة.

وإذا كان الأمر كذلك على المستوى الداخلي، فعلى المستوى الدولي يطرح إشكالات أخرى بالنظر للاتفاقات التي تحكم بعض أنواع العقود الدولية فما مدى مساهمة هذه الأخيرة لهذه

التحولات، كل هذه الإشكالات سنتناولها بالدراسة بشكل أو بآخر في إطار إشكال رئيسي : هل اختيار القانون المطبق على عقود التجارة الدولية يقتصر على المتعاقدين دون أن يكون لطرف آخر الحق في الاختيار؟ ، وللإجابة على هذا التساؤل أخذنا على عاتقنا دراسة هذا الموضوع دراسة مقارنة التي من خلالها تطرقنا لكل جوانب هذا الموضوع سواءا عند إختيار المتعاقدان للقانون المطبق الذي يظهر من خلال دور الذي تلعبه الإرادة، إضافة إلى الحالة التي يتدخل فيها طرف آخر ليختار هذا القانون في حالة سكوت الأطراف.

على أنه قبل الدخول في محتوى هذا الإختيار يجب في البداية ونحن بصدد دراسة عقود التجارة الدولية تحديد المقصود منها لأنه ليس كل عقد يدعي فيه الأطراف تمتعه بالصفة الدولية يمكن تطبيق عليه هذه القاعدة، وبعدها تأتي مرحلة التعميق في دراسة إختيار القانون المطبق من قبل المتعاقدان والمسائل التي يشملها هذا الإختيار إضافة إلى القيود الواردة على هذا الإختيار سواءا تعلق بالنظام العام أو الغش نحو القانون .

لكن قد يحدث في بعض الأحيان تعذر تحديدا لقانون المطبق نظرا لعدم إختيار القانون المطبق في هذا الفرض بصفة عامة يتولى القاضي الذي ينظر في النزاع تحديد القانون الذي يراه مناسبا تطبيقا لضابط الإسناد الاحتياطي المعترف به دوليا باعتباره يأتي في المرتبة الثانية بعد الأطراف، كما أن هذه الدراسة يجب إسقاطها على جانبين: أولها التشريع الجزائري من خلال تحديد الضابط الإحتياطي الذي أخذ به لتطبيق القانون المناسب في حالة سكوت الأطراف عن ذلك ، والإشكالات التي يطرحها هذا الضابط من خلال صعوبة تحديده من جهة وإشكالات تطور عقود التجارة الدولية إلى درجة إبرام عقود التجارة الإلكترونية ناتجة عن تطور التكنولوجي من جهة أخرى، أما الجانب الثاني فهو يشمل المجال الدولي الذي من خلاله يحدد مصير سلطان الإرادة ، لوجود نوع من إعادة النظر في هذا المبدأ سواءا من قبل إتفاقيات الدولية وحتى القضاء الدولي المتمثل في التحكيم التجاري الدولي ، فعن إتفاقيات دولية فإن دراستنا ستشمل إتفاقية روما المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية و الحلول التي قدمتها هذه الأخيرة أما عن قضاء الدولي لإعادة النظر في هذا المبدأ تمت على إثر منح المحكم الدولي سلطات واسعة مقارنة بقاضي الموضوع.

وبذلك نقسم دراستنا إلى :

الباب الأول:

دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

الفصل الأول : العقد التجاري الدولي و حرية المتعاقدين في اختيار القانون المطبق عليه

المبحث الأول : تكييف العقد التجاري الدولي

المطلب الأول : المعيار القانوني و الاقتصادي في تحديد دولية العقد

المطلب الثاني : جمع المعيارين و موقف التشريع الجزائري منه (مرسوم 09/93).

المبحث الثاني : مبدأ حرية الإختيار

المطلب الأول : الإختيار المادي والإختيار التنازعي

المطلب الثاني : الإختيار الصريح والضمني

الفصل الثاني : تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين

المبحث الأول : تحديد القانون المختار ونطاقه

المطلب الأول : تحديد القانون المختار

المطلب الثاني : نطاق القانون المختار

المبحث الثاني : موانع تطبيق القانون الذي إختاره المتعاقدين

المطلب الأول : النظام العام

المطلب الثاني : الغش نحو القانون

الباب الثاني

غياب القانون المطبق ومصير الإرادة في المجال الدولي

الفصل الأول : البديل في حالة عدم إختيار قانون يحكم العقد التجاري الدولي

المبحث الأول : الحل المعمول به دوليا

المطلب الأول : سلطة القاضي في تحديد القانون بعد عدم إختياره من المتعاقدين

المطلب الثاني : الضوابط المتبعة في تحديد القانون الأنسب

المبحث الثاني : موقف التشريع الجزائري في حالة غياب القانون للمطبق على العقد

التجاري الدولي

المطلب الأول : قانون محل إبرام العقد

المطلب الثاني : إشكالية التجارة الإلكترونية .

الفصل الثاني : مصير الإرادة في المجال الدولي

المبحث الأول : الحل المقدم من إتفاقية روما

المطلب الأول : الضابط الأصلي الذي تستند له إتفاقية روما

المطلب الثاني : الضابط الإحتياطي الذي تستند له إتفاقية روما

المبحث الثاني : إعادة النظر لسلطان الإرادة من قبل التحكيم التجاري الدولي

المطلب الأول : إختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على موضوع

المطلب الثاني : دور المحكم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع وفرض قيود

على إختيار الخصوم

الباب الأول:

دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على
العقد التجاري الدولي

العقد كما هو معترف به هو تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية فالإرادة تلعب الدور الكبير في العقد سواء كان ذلك في العقد الداخلي أو العقد التجاري الدولي. إذ أن الإرادة في العمل القانوني الداخلي هو أساس تَكُون ذلك العمل وهي التي تحدد آثاره ضمن حدود القوانين الآمرة و النظام العام والآداب العامة، أما على المستوى الدولي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي بالرجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.(1)

ودراسة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يفرض عليها أولا تحديد كيفية اختيار هذا القانون (الفصل الأول) ، وبعدها تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين (الفصل الثاني) .

(1) لزيد من التفاصيل حول سلطان الإرادة في العقود الدولية أنظر:

Henri Batiffol : Conflit de lois en matière des contrats , Sirey , 1939.

الفصل الأول :

العقد التجاري الدولي و حرية المتعاقدين في اختيار
القانون المطبق عليه

إن إسناد مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لإرادة الأطراف ما هو إلا تكريسا لمبدأ معروف متمثل في "سلطان الإرادة"، ولقد استقر القانون الوضعي و حتى الفقه في تنازع القوانين حول مسألة القانون المختص في العقود الدولية عن طريق قاعدة عرفية والمتمثلة في أن العقد يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف.

ويظهر في الوهلة الأولى أن مبدأ سلطان الإرادة فكرة فلسفية يقصد بها أن للفرد إرادة حرة بصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه فالإرادة هي أساس القانون و غايته.(1)

لكن الحقيقة غير ذلك على أساس أن التصرفات القانونية المتعلقة بالعقد التجاري الدولي تقوم على إرادة أطرافها استنادا لحرية المتعاقدين في تحديد النظام القانوني لحكم العقد ، مما يؤدي بنا إلى تكييف العقد التجاري الدولي أولا ثم تحديد المبدأ الذي على أساسه يختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على هذا العقد .

(1) Jean Jacques Rousseau : contrat social , S.N.E.D ,Alger 1980 , p.42.

المبحث الأول

تكييف العقد التجاري الدولي

تظهر أهمية تحديد المقصود من العقد التجاري الدولي بداية من خلال ما يربته هذا الأخير من آثار ونتائج من ضمنها تحديد القانون المطبق في حالة حدوث نزاع، وبذلك اللجوء إلى قواعد قانونية لحكم ما ينشأ من نزاع سبب هذا التعاقد (1). وتعد مسألة تحديد هذا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه والقضاء حولها بذلك وضعت معايير على أساسها يتم تحديد صفة الدولية للعقد.

المطلب الأول : المعيار القانوني و الاقتصادي في تحديد دولية العقد

رغم عدم وجود تعريف جامع و مانع للعقد التجاري الدولي نظرا لأن المشكلة ليست في العقد ذاته لاعتباره اتفاق يتم بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص بل في دولية هذا العقد، لذلك حاول كلا من الفقه والقضاء وضع معايير وانحصرت هذه الأخيرة في معيارين هما : المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي .

الفرع الأول : المعيار القانوني

لقد ذكرنا أن مبدأ سلطان الإرادة منفرد مقارنة بقواعد التنازع الأخرى ويجب لكي يتم تطبيقها توافر شرط مهم والمتمثل في خاصية الدولية بالنسبة للمسائل التي ينظمها لكن قواعد التنازع الأخرى تتضمن عادة ما يشير إلى دولية العلاقة المطروحة (2) . فرأى كل من الفقه والقضاء ضرورة البحث عن معايير يتم على أساسها وضع أسس الدولية مثله مثل نظرية العقد في القانون الداخلي بعد فشل محاولات لتعريف العقد التجاري الدولي.

(1) كمال إبراهيم : التحكيم التجاري الدولي ، حنبة التحكيم و حنبة قانون التجارة الدولي . الطبعة 1990 ، ص 26.

(2) Vincent Henzé : La réglementation des contrats internationaux , - étude critique des methode- , 1989 , p. 65.

ولوحظ تباين (polysémie) في النتيجة التي تحصل عليها، فالبعض من هذه الآراء أخذت بالمعيار القانوني و تبعته في ذلك بعض قرارات صدرت عن هيئات التحكيم و حتى عن القضاء الوطني إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾. لكن ما يلاحظ على هذه المحاولات أنه رغم اتفاق غالبية الفقهاء على أن مسألة الدولية هي مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي و خاصة تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي، لكن تأكيده محكمة النقض الفرنسية جاء متأخراً و بطريقة ضمنية⁽²⁾ عن طريق وضع معايير لهذه الصفة .

و بالتالي يكون مستثنى من مجال عقود التجارة الدولية كل العقود الداخلية التي ينظمها قانون القاضي ، فالقاضي يطبق قانونه في هذه الحالة دون الحاجة للجوء إلى قواعد التنازع في هذا القانون نظرا لعدم توفر المعيار القانوني ، و لا شك أن تكييف العقد إذا كان يعد عقدا دوليا من عدمه لا يتوقف على إرادة الأطراف ، و إنما يستمدد القاضي من العلاقة العقدية في حد ذاتها ، لأن منح تحديد دولية للأطراف المتعاقدة يؤدي إلى وجود احتمال التحايل على القانون الداخلي بالتهرب من الأحكام الآمرة لهذا الأخير عن طريق الاستفادة من إدعائهم بوجود هذا الشرط⁽³⁾ أي دولية العقد و بالتالي خلق وضعية تنازع غير موجودة أصلا .

و لقد عرف الفقيه "باتيفول" العقد التجاري الدولي أو بالأحرى العقد الدولي وفقا للمعيار القانوني، أنه العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي، أما الفقيه رابل فقد اعتبر العقد الدولي يستخلص بمفهوم المخالفة للعقد الداخلي، فالعقد الداخلي يرتبط كافة عناصر بسيادة واحدة و يكون بذلك خاليا من كل عنصر أجنبي⁽⁴⁾.

لكن المقصود الحقيقي بالمعيار القانوني لأخذ بصفة الدولية أن يكون العقد متصل بأكثر من نظام قانوني واحد و هذا ما أقره "باتيفول" في السنوات الأخيرة ، بحيث يتنوع عناصر الاتصال

(1) من ضمن هذه الإتفاقيات : إتفاقية لاهاي الصادرة في 1986/12/22 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في مادتها الأولى المنشورة 1 بقولها : " أن الإتفاقية تطبق عندما يكون مركز الأطراف في دول مختلفة ."

(2) Marie Niboyer –Hoegy : Contrats internationaux , J . Class .D .Int, 1993 , Fas 552 – 30 article 1134 – 1135 , P 09.

(3) - راجع في ذلك ما سيذكر في الفصل الثاني حول الغش نحو القانون ، ص 103 .

(4) - طيب زروقي : النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ، سنة 1990 ، ص 112 .

في عدة دول ، و عناصر هذه قد تكون شخصية ، كاختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف محل إقامتهم وقد تكون موضوعية متعلقة بموضوع العقد كمحل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

فموضوع المعيار القانوني هو التمييز بين العقد التجاري الدولي و العقد الداخلي الذي يتحدد بإعمال مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي(1) .

وبذلك فعقد البيع الدولي كسائر عقود التجارة الدولية لم يُعطَ له تعريف دقيق ويرجع ذلك إلى ترك لقاضي التراع العناية به حسب الأحوال لكن يمكن وفقا لهذا المعيار تحديد دولية بأن يكون كلا الطرفين سواء البائع أو المشتري ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة (2)، ويحقق ذلك من خلال عدة حالات من ضمنها:

- عندما يكون للطرفين موطن تجاري محدد في دولتين مختلفتين، و هنا نكون أمام حالة بضاعة تنقل من دولة إلى أخرى.
- عندما تشكل تصرفات إيجاب و قبول تمت على إقليم دولة مختلفة.
- عند تسليم البضاعة يحقق على إقليم دولة أخرى غير إقليم دولة التي تمت فيها الإيجاب والقبول.
- تركيز على تسليم البضاعة كإلزام قائم على البائع أكثر مما هو في القانون الداخلي أين التركيز على عملية نقل الملكية.

و من خلال ما تقدم يمكن اعتبار عقد البيع دوليا وفقا لهذا المعيار إذا أبرم في الجزائر بين جزائري مقيم في الجزائر و فرنسي مقيم في فرنسا و تتعلق ببضاعة يجب تسليمها في ميناء إسبانيا، ففي هذا المثال ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة و هذا راجع لوجود اختلاف في الجنسية و اختلاف في الإقامة ، إضافة أن مكان تسليم البضاعة في دولة ثالثة.

لكن السؤال الذي يطرح حول ما إذا كانت كل العناصر تعامل على قدم المساواة في تحديد دولية العقد التجاري ؟ ، وللإجابة على هذا السؤال وجد رأيين :

(1) - سامي بنوع منصور و عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص، الملكية القانونية، الدار الجامعية، ص 397 .

(2) - Patrick Courbe : contrats commerciaux internationaux , J.Class. D.Com .Fas 335 , 1991 , p.23.

- الرأي الأول : أخذ به الفقه التقليدي ويقر بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، حيث يترتب على وجود أحد هذه العناصر توفر العنصر الأجنبي في العقد وبالتالي يكتسب صفة الدولية مما يؤدي بالتعاقدين إلى اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد.

وبذلك يكفي لكي يكتسب المتعاقدان الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي أن يكون هذا الأخير مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني من خلال اختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف محل إقامة...، لكن ما عيب على هذا الرأي أنه يتميز بالجمود ، لأنه يؤدي إلى إعمال القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوفر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي¹، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة (1) .

- أما الرأي الثاني : فهو يختلف عن الرأي الأول و أخذ به الفقه الحديث بحيث لا يتعامل مع هذه العناصر على قدم المساواة و يفرق بين العناصر الفعالة والعناصر الغير فعالة... ويمكن على ضوء العناصر الفعالة اعتبار عقد ما عقداً دولياً ، فإذا كان في العقد عنصر أجنبي لكنه غير فعال، لا يعتبر العقد دولياً و لا يأخذ بقواعد التنازع في تنظيمه.

فاختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة وجد خلافاً حول مدى فعاليتها... فبعض قرارات محكمة النقض الفرنسية تعتبرها من العناصر التي تضيف على العقد المبرم صفة الدولية، و تؤدي إلى تطبيق القاعدة المتعلقة بتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي ، لكن هذا الرأي لم يلقَ تأييد بعض الفقهاء الفرنسيين، حيث اعتبروه عنصراً ضعيفاً (2) لتحديد صفة الدولية للعقد، و يرجعون ذلك إلى أن ضابط الجنسية لا يعبر على طبيعة العملية القانونية المبرمة إلا في الحالات التي يجتمع فيه هذا العنصر مع جملة من العناصر الأخرى.

أما اختلاف محل الإقامة (إقامة المتعاقدين) أو اختلاف محل تنفيذ العقد : يعدان من ضمن العناصر الفعالة في العقد التجاري الدولي حتى ولو كان للمتعاقدين جنسية واحدة ، لأن عنصر

(1) - هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة) منشأة المعارف الإسكندرية ، طعة 1995 ، ص 60 .

(2) - Jean-Michel Jacquet : Principe d'autonomie et contrats internationaux .

Publie avec le concours du ministere des universites ' ECONOMICA ' 1983 , P253

التنفيذ يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود ، وهو عادة يعبر على اختلاف محل إقامة المتعاقدين .
أما محل إبرام العقد : فقد اتفق الفقهاء على اعتباره عنصر غير فعال في العلاقة التعاقدية ذلك لأنه في بعض الأحيان يكون اختياره بصفة عرضية ، أو يقوم المتعاقدان بالتحايل على القانون عن طريق إعلان محل الإبرام مخالف للحقيقة ، لكن اعتبر عنصر محل إقامة عنصرا في اكتساب صفة الدولية إذا وجد مع عناصر أخرى كالجنسية أو محل إقامة .
وفي اعتقادنا أن العناصر الفعالة تختلف من قضية إلى أخرى بحيث يصعب تحديدها مسبقا فيترك ذلك لتقدير القاضي مع فرض رقابة عليه.

و أحسن مثال يمكن إعطاؤه حول تبني القضاء المعيار القانوني دون المعيار الاقتصادي هو قضية تاردويو (Arret Tardieu) (1) و تلخص وقائعها في عقد أبرم بين مؤسسة تخضع للقانون الفرنسي ومقرها في فرنسا وفرنسي مقيم في باريس ، لكي يتولى تمثيل الشركة في الدول الكولومبية ، و قد تضمن هذا العقد شرط التحكيم في حالة نشوب نزاع ، لكن أيدت محكمة النقض ما أقرته محكمة الاستئناف ، و اعتبرت العقد داخليا بقولها : "حيث أن محكمة الاستئناف قد أوضحت ... أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا ، والذي يخضع لإتزامات الطرفين المتعاقدين للقانون الفرنسي ، لا يكتسب الطابع الدولي ، حتى لو كان أحد طرفيه مضطرا لمغادرة فرنسا ، و أنه لهذا السبب تكون محكمة الاستئناف قد أسست حكمها ، الأمر الذي يتعين القول معه بأن الطعن بالنقض غير مؤسس "

وما يلاحظ على إسناد محكمة النقض الفرنسية أنها أخذت بالمعيار القانوني ولو بطريقة سلبية و ذلك بعدم اعتبار العقد دوليا لعدم وجود عناصر المعيار القانوني ، إضافة إلى أنه لم يتبن إطلاقا المعيار الاقتصادي.

أما الملاحظة الثانية : أن هذا الحكم لم يعط أهمية لمحل التنفيذ الذي يتم في دولة أخرى و المتمثلة في كولومبيا، وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية في هذه القضية اعتبرت عنصر محل التنفيذ من العناصر الغير فعالة في العملية التي أجريت ، واعتبرت كل من الجنسية و محل

(1). Jacques Mestre : Rev . Crit . DIP 1981, p. 313.

التنفيذ من العناصر الغير فعالة في العملية التي أجريت ، واعتبرت كل من الجنسية و محل الإقامة من بين العناصر المؤثرة و الفعالة لاكتساب العقد صفة الدولية، كما أنّ هذا القرار ليس الأول الذي إعتد عليه على المعيار القانوني بل سبقته قرارات أخرى أولها في سنة 1970 (1). و على ذلك فإنه لكي يكتف القاضي العلاقات التعاقدية بأنها د و لية وفقا للمعيار القانوني يجب توفر عنصر أجنبي واحد بشرط أن يكون هذا العنصر فعّالاً في العقد التجاري الدولي، بصرف النظر على عدد هذه العناصر في العقد لأن العنصر الفعال يؤدي إلى وجود صلة وثيقة بين أنظمة قانونية مختلفة ، و هذه المهمة التي توكل للقاضي تخضع لرقابة محكمة النقض منعاً لتعسفه كون أن الدولية تعد مسألة قانونية.

الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي.

يعتبر المعيار الاقتصادي المعيار الثاني المقدم من قبل القضاء لتحديد العقد التجاري الدولي، ويعد هذا المعيار معياراً موضوعياً يتناول مادة النزاع أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي و المتمثلة في مصالح التجارة الدولية (2) . ووفقاً لهذا المعيار، لا يمكن تحديد صفة الدولية للعقد عن طريق الرجوع إلى عناصر العقد سواءاً لجنسية الأطراف أو مقر إقامة المتعاقدين أو مكان إبرام العقد...، بل تتحدد إذا وجد في العقد مدّ و جزر و تبادل القيم بين الدول. (3) و يختلف هذا المعيار مع الأول في أنه يعطي العقد محتوى اقتصادي واقعي، لأن العقد تصرف قانوني إرادي يترتب عليه آثار اقتصادية في المجال الدولي ، أو بعبارة أخرى يعتبر تكيف العلاقة بوصفها وطنية أم دولية لا يرجع فيها إلى عناصر العقد، و إنما سبب العلاقة و ارتباطها لمعاملة

(1)- Paul Lagarde :Rev . Crit . DIP 1972 Tome 1, p. 82 ; P . Level : Rev . Crit 1971 ,p.692.

(2)- لقد إستعمل المشرع الجزائري مصالح التجارة الدولية من خلال المادة 458 من مرسوم تشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 دون أن يحدد المقصود من هذا المصطلح، راجع في ذلك ص 32.

(3)- Sylvie Graumann- yettou : Guide pratique du commerce international , Librairie de la cour de cassation 1997 L.I.T.E.C , quatrième édition , p.279.

دولية تتدخل في إطار التجاري الدولي، حتى ولو كان العقد وطنيا في نظر المعيار القانوني. كما إبرام عقد البيع الدولي، ويكون موضوعه نقل بضاعة من الدولة الأولى إلى دولة أخرى و ثمن البضاعة ينتقل من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى ، مع أن المتعاقدين من جنسية واحدة و مقيمين في دولة واحدة كذلك ، فرغم عدم توفر المعيار القانوني إلا أن المعيار الإقتصادي موجود وهو تبادل عبر الحدود.

و عقد البيع ليس وحده الذي يعتبر من عقود التجارة الدولية ، بل هناك أنواع أخرى من ضمنها عقد التوكيل التجاري، الذي يعد المثال الحي لعقود التجارة الدولية لأن أكثر القضايا التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية لتحديد صفة الدولية متعلقة بتراعات عقود التوكيل التجاري .

ووفقا لهذا المعيار لكي يخضع هذا العقد لمبادئ عقود التجارة الدولية يجب توفر فيه المعيار الاقتصادي، ويتحقق ذلك من خلال إدراج في العقد شروط أو بنود تكون باطلة إذا وجدت في العقد الداخلي كشرط الدفع بالذهب(1)، الذي ستعرض له فيما بعد أو شرط التحكيم بحيث قد يكتسب عقد البيع الدولي صفة الدولية بتعلقه بمصالح التجارة الدولية لتوفر شرط التحكيم في حالة وجود نزاع أو وجود شرط الدفع بالذهب فيه الذي يعد شرط ماس بالإقتصاد الوطني في القانون الداخلي وحتى العقد الداخلي.

فعلى القاضي إذا عرض عليه نزاع بشأن اعتبار العقد دولي من عدمه أن يتأكد من مدى توفر في العقد مصالح التجارة لإخراج هذا الأخيرة من النظام القانوني الداخلي إلى المجال الدولي، ولمصالح التجارة الدولية مفهوم اقتصادي بحث، و مرن في عقود التجارة الدولية، ويرجع بعض المؤلفين ذلك إلى وجود حركة أموال أو خدمة أو عملية عبر الحدود.(2)

(1)Cass .Civ 12 Juin 1950 : Messagerie Maritime ,J.C.P 1950 ,II ,p.5812 , note J.PH.Jery.

Rev .Crit. DIP1950 ,p.609 note Batiffol

S.1951,1,p.1 note Niboyet .

D.1951.p.749 note Hamel.

(2)- Tony Maalouli : La notion du contrat international , S . D . I ,

<http://www.dm.net.ib>.

إضافة إلى أن موضوع المعيار الاقتصادي هو تسهيل التجارة الدولية، بإبعاد القواعد القانونية الداخلية التي يعرقلها، سواء متعلقة بصحة بنود الدفع بالذهب، في هذه العقود أو في صحة البنود التحكيمية، وإلى غير ذلك من الحالات.(1)

كما أن الدليل على وجود المعيار الاقتصادي قضائيا هي الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، و لا توجد ما يقبلها في الاجتهاد القضائي الجزائري ، و أول ما ظهر و بطريقة غير مباشرة في حكم صادر في سنة 1927 والمعروف بنظرية مايير (Matter) وهو المدعي العام، بحيث أقر أن العقد يكون دوليا بتوفر المد و الجزر بين الحدود إذ يترتب عليه دخول العملية وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى بحيث يكون هناك تبادل قيم بين الحدود.(2)

و وقائع هذه القضية تتعلق بتعرض المدعي العام مايتسر، لإمكانية تحديد عملة أخرى غير و العملة في قانون بلد الوفاء وفي قرارها يسمى (Pelissier du Besset) توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى وضع أسس معيار العقد الدولي نتيجة لإقرارها أن العملية المتمثلة في الدفع بالذهب لا يأخذ بها إلا في العقود الدولية وحدها، ومن خلال ذلك يظهر أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا، لم تتعرض مباشرة لتحديد ماهية العقد الدولي، بل أوضحت معياره من خلال تعرضها لكيفية تحديد الوفاء والعملة التي يتعين على أساسها الوفاء بالتزامات النقدية في العلاقة الدولية الخاصة، وهذه الليونة التي يفرضها المعيار الاقتصادي تظهر واضحة كما ذكرت في مجال التحكيم، حيث اعتبرت الإجتهد القضائي وخاصة الفرنسي أن مفهوم العقد الدولي متوقف بمصالح التجارة الدولية، و يظهر ذلك من خلال حكمين آخرين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية من أجل عدم إبطال شرط تحكيمي في العقد(3) رغم أن القانون الفرنسي وفقا للمادة

(1) - سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار العلوم العربية بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، ص 545.

(2) - " Le contrat doit produire comme un moment de flux et de reflux , au dessus des frontieres des conséquence dans un pays et dans un autre, exemple: le contrat de vente commercial qui fais passer des marchandises d un pays dans un autre et en suite le montant du prix du second dans le premier "

(3) Rogea Dayant : J. Class . D. C .1959, Fas : 552-B , App art 1134-1135, P 5.

1006 من قانون الإجراءات المدنية يحضره كون أن العقد أبرم قبل صدور القانون الذي يجيز شرط التحكيم في إطار عقود التجارة الدولية.

ففيما يخص قضية ماردولي (Mardele) الصادر فيها الحكم في تاريخ 1930/02/27 (1) ووقائعها أن عقد أبرم في فرنسا بين فرنسي و كان موضوع العقد هو نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط المتعاقدين الخضوع للقانون الإنجليزي و عرض النزاع على التحكيم .

أما قضية دامبريكوت (Dambricourt) صدر الحكم في تاريخ 1931/01/27 (2) فهو عقد بيع قمح مستورد من أمريكا من وكيل فرنسي لصالح شركة فرنسية و أقرت محكمة النقض : " حيث أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج يتم إبرامها بواسطة وكلاء ، و أن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة طبقا لبيع كاف و حصل تسليمه بسان لازير (أي بميناء فرنسي) ، و أن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقا بمصالح التجارة الدولية، و أنه طالما أن بطلان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ليس من النظام العام بفرنسا، العدول عن أحكام هذه المادة، و اختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفقاتهم كالقانون الإنجليزي الذي يجيز شرط التحكيم".

و نفس هذه الحثية استندت إليها محكمة النقض الفرنسية في قضية ماردولي، لكن الفرق الوحيد هو أن هذه قضية الشركة الفرنسية أقرت العقد لحساب شركة الأم الهولندية و بذلك أقر القاضي أنه يعتبر العقد دوليا لمجرد تعلقه ببضاعة موجودة في دولة أجنبية و التي ترسل إلى فرنسا(3)، كما أن التحكيم الدولي يكون في العقود التي ينتج عن التزاماتها تبادل القيم و إنتقالها ذهابا وإيابا عبر الحدود مما يرتب نتائج متبادلة في كل من الدولتين المعنيتين (4).

لكن الأخذ بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد، بصفة معيار موضوعيا يركز على مصالح التجارة الدولية يفترض اعتبار العلاقة التعاقدية علاقة دولية حتى ولو كانت عقود داخلية

(1) Cass 19/2/1930 .Sirey 1933 , Tome 1 , p. 41 Note : Niboyer.

(2) J. Mestre : Rev. Crit. DI P, 1981 , p. 319 ; Niboyer : Sirey 1933 Tome I, p. 41.

(3)- Tony Maalouli : op.cit , p. 2 .

(4)- سامي بديع منصور : مرجع سبق ذكره ، ص 539

اندجحت في عملية اقتصادية دولية (1)، لذلك غير القضاء الفرنسي رأيه وذلك بأخذه بالمعيار القانوني السابق الذكر.

و في اعتقادنا أن المعيار الاقتصادي لا يعتبر أساسيا لاكتساب العقد صفة الدولية لأنه يستعمل في الحالات التي يلجأ فيها القضاء إلى تطبيق قواعد تتعارض مع القواعد القانون الموجودة في القانون الداخلي، إضافة أن الأخذ بالمعيار القانوني الحديث والذي تفرق بين العناصر الفعالة و الغير فعالة لتوفر العنصر الأجنبي، يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية سواء كان هذا العنصر هو تنفيذ في الخارج أو اختلاف موطن المتعاقدين ، فكليةما يؤدي إلى إنتقال الأموال والخدمات عبر الحدود ذهابا و إيابا دون الحاجة إلى إثارة المعيار الإقتصادي ، كما أن دراسة للقضايا التي تضمنت شرط التحكيم لا يدفعنا إلى القول أن العقد التجاري الدولي يؤدي دائما للتحكيم بل يبقى الإختيار للأطراف بحث يمكن أن يختاروا لفض النزاع القاضي الوطني.

ولقد وجد إتجاه جديد حيث أصبحت بعض الدول تراه الحل الأمثل لتكيف العقد التجاري الدولي يتم فيه جمع بين المعيار القانوني الاقتصادي لإكتساب العقد صفة الدولية و بالتالي تطبيق النتائج المترتبة على وجود هذه الصفة.

(1) Marie Niboyer –Hoegy : op.cit , p.19 .

المطلب الثاني : جمع المعيارين و موقف التشريع الجزائري منه (مرسوم

09/93).

نظرا لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود من العقد التجاري الدولي ، رأى بعض الفقهاء ضرورة الأخذ بالمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي معا ، من أجل وضع أسس للدولة مثلها مثل نظرية العقد ، ولقد أيد الرأي المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية .

الفرع الأول : الجمع بين المعيارين

تعد صفة الدولية شرطا أساسيا لإعمال المبادئ التي تحكم العقد التجاري الدولي من ضمنها تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، و كما رأينا القضاء الفرنسي تبني في أول قراراته المعيار الاقتصادي ، وذلك بإقرار أنه يكون العقد دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية ، ولكن في السنوات الأخيرة غير رأيه في بعض القرارات وأخذ بالمعيار القانوني ، بحيث اشترط لاكتساب صفة الدولية أن يكون العقد مرتبط بأكثر من نظام قانوني .

و هذه المرحلة الانتقالية من المعيار الاقتصادي إلى المعيار القانوني لم تكن إلا بعد إقرار المعيارين معا في بعض القضايا ، مما دفع إلى وجود اتجاه يرى الجمع بين المعيارين في تحديد صفة دولية العقد ، بحيث لا يكون العقد دوليا و لا يطبق المبادئ الدولية إلا إذا توفر فيه كل من المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني .

و لم يبق الجمع بين المعيارين مرحلة انتقالية ، بل أصبح القضاء الفرنسي الحديث يقرر بالتكامل بين المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني لاكتساب العقد صفة الدولية تبررهم في ذلك أن كل عقد يكون دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني و تحقيقه لمصالح التجارة الدولية ، فإذا كان عقد يتصل بمصالح التجارة الدولية فإنه بالضرورة يتصل بأكثر من نظام قانوني ، و نخلص من ذلك إلى أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني(1).

(1) هشام صادق : مرجع سبق ذكره ، ص 82.

و ينتج عن ذلك أنه لا يؤدي مجرد تضمن العقد عنصرا أجنبيا حتى ولو كان فعال إلى إكتساب العقد صفة دولية، كذلك نفس النتيجة بالنسبة للعقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية دون توفر فيه العنصر الفعال في العقد، وهذا يترتب عليه تدخل القاضي بحيث يجب عليه وفقا لهذا الاتجاه عندما يعرض عليه نزاع حول مدى تمتع الاطراف بحق اختيار القانون الذي يحكم علاقاهم التعاقدية التثبت من وجود عقد تجاري دولي.

وذلك عن طريق البحث على العنصر الأجنبي الفعال والذي يختلف في رأينا من قضية إلى أخرى إضافة إلى تأكده من تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، أما إذا ثبت له عدم توفر المعيار القانوني و الاقتصادي فيعتبر العقد من ضمن العقود الداخلية الذي يحكمها قانون القاضي دون الحاجة إلى اللجوء و الرجوع إلى مبادئ ذات طابع دولي.

هناك قضايا عملية تتحقق فيها الدولية وفقا للمعيار الإقتصادي وهي في نفس الوقت تحقق النتيجة التي يريد تحقيقها المعيار القانوني و من ضمنها :

(1) - قضية هشت في تاريخ 04 جويلية 1972 حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما جمع فيه المعيارين (1)، ووقائع هذه القضية هو إبرام شركات بوسمان (Buismans) عقد توكيل تجاري مع مواطن فرنسي هشت (Hecht) في هولندا بموجبه يتولى هشت تسويق منتجات الشركات بفرنسا ولحسابها، وتقرر في هذا الحكم : " حيث أن العقد المتنازع عليه الذي أبرم بهولندا بين شركة تجارية خاضعة للقانون الهولندي، ومواطن فرنسي يعتبر عقدا دوليا، أي (العقد) يربط بأنظمة قانونية صادرة عن عدة دول، وأنه يكتسي هذه الصفة إستنادا إلى مكان إبرامه بهولندا، وجنسية طرفيه المختلفة، وموضوعه الذي كان يتمثل في إعطاء "هشت" المواطن الفرنسي ، صلاحية القيام بتصرفات قانونية باسم الشركة الهولندية، بغية رفع حجم صادرات هذه الشركة من البضائع بفرنسا.

إضافة إلى القضية السابقة هناك حكم آخر يشبه القضية من حيث وقائع فقط الشركات، لا تخضع للقانون الهولندي بل إلى القانون السويدي، والمهم في قرار محكمة النقض بهذا

(1) Oppetit : 04 Juillet 1972 , JDI 1977, Tom II , p. 843 ; P. Level : Rev. Crit. DIP 1984 , p. 82.

الشأن و الصادر في تاريخ 1984/11/09 (1) هو ارتكازها أساسا على المعيار القانوني في تحديد الطبيعة الدولية للعقد، دون أن يتجاهل المعيار الاقتصادي في آن واحد، واعتبرت أن "العقد الذي يرم في السويد وفي فرنسا بين شركتين تجاريتين سويديتين، و الفرنسي هو دولي، يتصل بأنظمة قانونية مختلفة تعود إلى عدة دول (المعيار القانوني) فله صفة الدولية لإبرامه و هي اختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة وموضعه الأساسي الذي هو إعطاء صلاحيات لوكيل بالقيام في فرنسا بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الإستيراد إلى فرنسا... البضائع منتجة في الخارج (المعيار الاقتصادي)، فالبند التحكيمي الذي يرد في هكذا عقد، مهما تكن طبيعة الإلتزام هو بند مشروع بسبب الإستقلال الذي يقتضي الإعتراف به لهذا البند بالنسبة للعقد الأساسي (2)".

فوفقا لهذه القضايا يلاحظ أن مجال المعيارين يتمثل في :

أولا: إعمال قانون الذي يختاره المتعاقدان ليحكم العقد التجاري الدولي للتمييز بين هذا العقد والعقد الداخلي بإقرار وجود عنصر أجنبي فيه.

ثانيا: تسهيل التجارة الدولية بإبتعاد عن النصوص القانونية أمرة كانت أو مكملة الموجود في القانون الداخلي التي تعتبر مخالفة لضرورات النشاط التجاري بين الدول و ذلك على طريق فرض تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

والملاحظ أن موضوع الجمع بين المعيارين تفترض استبعاد طوائف من العقود رغم توفر فيها

صفة الدولية وفقا للمعيارين ومن ضمنها :

I - العقود التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام، بحيث شاع استعمال الدولة للعقود خاصة في المجال الدولي، كوسيلة لإبرام صفقات حيث أصبحت الدولة تبرم عقودا بوصفها مشتريّة أو بائعة أو مقترضة، وهذا النوع من العقود رغم أنها تعتبر من

(1)-Paris 9 nov 1984 : clunet 1986 , p.1939 , note E. Loquin :

Somm :Rev .Crit .DIP .1987 , p. 824 .

(2)- "La clause compromissoire est licite dans un tel contrat quelle que soit la nature civil , commercial ou mixte de l'engagement souscrit ou la qualité des signataires en raison de l'autonomie qui doit lui être reconnue par rapport au contrat principal " .

عقود التجارة الدولية إلا أنها لا تخضع للقانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية، لأن الدولة متمتعة بسيادة وتعامل هي وأحد مؤسساتها العامة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام وتعرف "بعقد الدولة" (1).

لكن هذا لا يدفعنا إلى القول أن كل العقود التي تبرمها الدولة من أجل تقوية ظاهرة تلاشي الحدود خاصة في المبادلات التجارية تتمتع فيها بالسيادة ذلك لأنه في الوقت الحالي أصبحت الدولة تتعاقد باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي الخاص دون أن تكون لها سيادة أو سلطة فرض شروط على الطرف المتعاقد الآخر، وهو ليس بالضرورة عقد الدولة، وبذلك تصح المقولة التي تعتبر كل عقد دولة هو عقد بين الدولة ورعايا دول الأخرى، غير أن كل عقد بين دول ورعايا دولة أخرى ليس بالضرورة عقد الدولة (2).

ويجب بذلك التمييز بين نوعين من العقود التي تبرمها الدولة :

النوع الأول : العقود التي تبرمها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة مع شخص أجنبي تابع للقانون الدولي الخاص باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام مثل : عقود الإستثمار وعقود الأشغال العامة وعقود التعاون الصناعي، وعقود النقل التكنولوجي

وهذا النوع من العقود رغم أنه من عقود التجارة الدولية إلا أنه لا يخضع للقانون الذي هو محل دراستنا، ذلك لأن الدولة تبقى محتفظة بسيادتها عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها، مما دفع إلى وجود اختلاف في وجهات النظر بين الفقه، وحتى القضاء في تحديد القانون المطبق على عقد الدولة والاتجاهات المختلفة تتراوح بين القانون الداخلي والقانون الدولي.

ففيما يخص القانون الداخلي : يعد حلا تقليديا أخذ به القضاء الألماني والفرنسي في مجال الإستثمار خاصة، والمتمثلة في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتبارها شخصا عاما حيث تفترض قرينة قاطعة تقتضي بأن الشخص الذي تعاقد مع الدولة قد قبل إسناد العقد لقانونها (3).

(1) - قادري عبد العزيز : دراسة في العقود بين الدول ورعايا دولة أخرى في مجال الإستثمارات الدولية "عقد الدولة"، منشور في مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7

العدد 1، 1997، ص 33

(2) - نفس المرجع السابق، ص 35.

(3) - طيب زروني : مرجع السابق، ص 314.

لكن هناك بوادر جديدة ناتجة عن عدم الثقة في القانون الداخلي ، تفر بإخضاع عقد الدولة إلى القانون الدولي العام ، والذي يستتج من بنود العقد كبنود التحكيم أو إختيار قضاء دولي(1)، والذي يعد إشارة ضمنية في العقد للأخذ بالقانون الدولي ، كما يمكن أن يكون تعبير صريح في العقد من قبل المتعاقدين للخضوع لهذا الأخير .

لكن فكرة الأخذ بالقانون الدولي كانت متقدمة ومن ضمن الإنتقادات أنه لا يجب تشبيه تلك العقود "بالمعاهدة" ، لذلك وجد حل آخر تكون فيه الإتفاقات الدولية الثنائية وحدها قادرة على نقل عقد الدولة من القانون الوطني إلى القانون الدولي .

أما النوع الثاني : فتعرف بالعقود التي ترممها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة مع شخص أجنبي تابع للقانون الدولي الخاص باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص ، فهذا النوع من العقود يعد كذلك من ضمن عقود التجارة الدولية التي تتعلق بها دراستنا وتخضع لقانون الإرادة لسببين أولها : وجود المعيار الاقتصادي، والمعيار القانوني في العقد الذي ترممه الدولة .

ثانيها : أن الدولة المبرمة للعقد لا تتمتع بسيادة بل تتعامل باعتبارها شخصا عاديا وليس سلطة ولا تفرض بذلك قانونها .

ومما سبق ذكره نستنتج أن تطبيق القانون الجزائري على عقود أبرمته الجزائر مع متعامل من دولة أجنبية لا يعني بالضرورة فقدان صفة العقد التجاري الدولي ، بل يبقى متمتع بهذه الصفة فقط لا يخضع للمبادئ التي تحكم تحديد القانون المطبق على هذا النوع من العقود ، وأحسن مثال العقود التي ترممها الدولة باعتبارها سلطة وتمتعة بالسيادة تتعلق عادة بوظائف الدولة الأساسية كعقود البحث والتقيب على البترول، وهذا النوع من العقود يقتضي مبادئ مختلفة عن المبادئ المتبعة في عقود التجارة الدولية، ذلك لاعتبارها ثروة طبيعية.

2- العقود التي يتولى المشرع تنظيمها: إضافة إلى عقود الدولة المستثناة من عقود التجارة الدولية هناك طائفة أخرى من العقود لا تعتبر كذلك من عقود التجارة الدولية، رغم اكتسابها لصفة الدولية وفقا للمعيار القانوني و المعيار الاقتصادي، ذلك لخضوعها لقواعد مباشرة أو تعرف

(1) تادري عبد العزيز: نفس المرجع ، ص 46 .

بقواعد ذات التطبيق المباشر، ويتولى وضع هذه القواعد المشرع الوطني بتنظيمها في شكل نصوص أمره لا ينبغي المساس بها، وحتى الخروج عليها لتحقيق سياسة اجتماعية و اقتصادية (1)، ونتيجة لذلك فإن هذه العقود لا تطبق عليها المبادئ المعترف بها في عقود التجارة الدولية. ومن ضمن هذه العقود: عقد العمل، وكذا عقد التأمين، وعقود الاستهلاك.

- عقد العمل الدولي : هو العقد يكون أحد طرفيه شخص يسمى "عامل" يلتزم بالقيام بعمل مقابل أجره للطرف الآخر و المتمثل في رب العمل. (2)

وهذا العقد يكتسب صفة الدولية بتوفر المعيار القانوني أي بوجود عنصرٍ أجنبيٍّ أو أكثر في العلاقة العقدية، كأن يجري تنفيذ عقد العمل في دولة غير الدولة التي أبرم فيها العقد، و التي يطرح على محاكمها النزاع في حالة وقوعها أو في حالة اختلاف جنسية العامل و رب العمل. لكن لا يمكن أن تعتبر من عقود التجارة الدولية و لا يمكن حتى تطبيق عليه القواعد المعمول بها في هذا النوع من العقود بسبب وجود قواعد مباشرة يتحتم تطبيقها، يضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف في علاقة العمل و المتمثل في "العامل".

حيث أن اختيار الأطراف للقانون لا يمكن أخذه دون تحفظ، فتطبيقا لذلك توضع حواجز لحساب الطرف الضعيف، الذي يستحق الحماية نتيجة عدم المساواة أثناء المفاوضات و هذه الحواجز تتمثل في النصوص الأمرة التابعة للقانون الذي يعتمد عليه الطرف المراد حمايته لوجود صلة وثيقة بين هذه النصوص و الطرف الضعيف. (3)

فعقد العمل يطرح إشكالات يتولى وحده المشرع تنظيمها مثل : أيام العمل، ساعات العمل الإضافية، السن المحدد لقاصر من أجل العمل...، ولقد اختلف الفقهاء حول القانون المطبق على عقد العمل فمنهم رأى تطبيق قانون محل إبرام العقد، و منهم من رأى تطبيق قانون محل تنفيذ

(1)Rogea Dayant : J .Class .D .C 1959 , op.cit , p. 07.

(2)- Jean Maurice Verdier : Droit Du Travail , Huitième édition , Dalloz: 1986 ,p.30.
« convention par la quelle une personne appelée employé ou salarié s'engage, moyennant une rémunération en argent appelée salaire , a exercer une certaine , activité au profit et sous la subordination d' une autre personne appelée employeur ou patron " .

(3)- Jean Michel Jacquet : op.cit , p. 289

أو قانون الجنسية المشتركة لطرفيه إن اتعد الجنسية و غير ذلك من الأراء ، لذلك و حسب إعتقادنا فإن تحديد القانون المطبق يجب فيه الرجوع لقانون له صلة بعقد العمل المبرم ، أما عقود التجارة الدولية فهي غير ذلك، حيث لا توضع قواعد عامة أمرة تحكمها و تقيد بذلك المعاملات التجارية الدولية ، لأنه يفترض وجود مساواة بين المتعاقدين و لا يوجد بذلك طرف ضعيف في علاقة واجب حمايته عن طريق هذه النصوص الأمرة ، لذلك فمن مبادئها التي تحقق المساواة هو أن يطبق قانون إرادة المتعاقدين على العقد.

- عقد التأمين : هناك نوع آخر من عقود يتولى تنظيمها المشرع بنصوص أمرة و لا تعتبر بذلك من ضمن عقود التجارة الدولية، رغم اكتسابها لصفة الدولية كذلك، وتسمى بعقود التأمين و هي العقود التي تبرم بين المؤمن و المؤمن له، يكون موضوعه التأمين على شيء، و عادة التأمين على المستوى الدولي يكون على بضاعة، و يكتسب صفة الدولية باختلاف جنسية المتعاقدين أو أن يكون موضوع البضاعة المؤمن عليها خارج دولة المؤمن إلى غير ذلك من الحالات، سبب يرجع كما ذكرنا سابقا إلى أنه لكي يعتبر العقد من ضمن عقود التجارة الدولية لابد أن لا يكون هناك اختصاص إقليمي للقواعد الأمرة أو ما يعرف بقواعد ذات التطبيق المباشر التي توضع لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة و المتمثلة في المؤمن له ضد الطرف الآخر (1) ، وبما أن عقد التأمين يتوفر فيه الاختصاص الإقليمي لا يعتبر بذلك من عقود التجارة الدولية.

- عقود المبرمة مع المستهلكين : هذه العقود لا تعد من عقود التجارة الدولية و لا تخضع بذلك للقانون الذي يحكمه بل للقانون محل إقامة المستهلك (2) ، بحيث القاضي يجب أن يهتم فقط بحماية المستهلك و حتى المشرع عن طريق وضعه لقواعد تحمي المستهلك لأنه الطرف الذي يستحق الحماية ، إضافة لوجود صلة وثيقة بين نصوص الأمرة التي وضعها المشرع و الطرف الضعيف المحمي و المتمثل في المستهلك. (3)

(1) Pierre Mayer : Droit international privé , 6eme édition , Montchrestien 1998 , p.198.

(2) الدكتور هشام صادق - مرجع سبق ذكره، ص 3.

(3)- Jean Michel Jacquet : op.cit, p. 291.

الفرع الثاني : موقف التشريع الجزائري

إن اعتراف للعقد بأنه دولي هو إقرار لكفاءات غير موجودة في العقد الداخلي، و لتحديد صفة الدولية في العقد التجاري الدولي ليس هناك نص صريح يعرف ذلك أو يحدد الدولية سوى ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 03 ذي القعدة سنة 1413 الموافق ل 25 أبريل سنة 1993 و المتعلق بالتحكيم الدولي (1) والذي عرف صفة الدولية في التحكيم وفقا للمعايير.

ومع غياب تحديد لصفة الدولية لا يسعنا هنا إلا محاولة إسقاط ما جاء في المادة 458 مكرر من هذا المرسوم على دولية العقد التجاري الدولي والتي تنص أنه " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخضع المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج " .

و يستنتج من ذلك :

1- التحكيم التجاري الدولي يعبر في معظم الحالات على وجود عقد تجاري دولي، وذلك راجع للصلة الموجودة بين التحكيم و العلاقة التجارية الدولية تحتل فيه عقود التجارة الدولية مركز الصدارة في العلاقة الدولية الحديثة.(2)

2- الارتباط النسبي بين التحكيم والعقد التجاري الدولي الذي يجعل من الدولية عنصرا مشتركا.

3- صفة الدولية لا يختلف تعريفها في المرسوم 09/93 عما أقره كل من الفقه و القضاء فيما يتعلق بمعايير التي تحدد به صفة الدولية في العقد الدولي وحتى في العقد التجاري الدولي.

4- إستشهادنا بما جاء في المرسوم 09/93 ليس فيه تحويل لموقف المشرع الجزائري أو تغيير إنما يساعد فقط على معرفة ما أقره هذا الأخير حول صفة الدولية و حول المعايير المعتمدة.

5- ترابط بين التعريف الذي جاء في المادة 458 مكرر للدولية ، و مصالح التجارة الدولية التي تعبر عن موضوع العقد التجاري الدولي.

(1) هذا المرسوم جاء ليعدل و يعمم الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو و المضمن : قانون الإجراءات المدنية و المشور في الجريدة الرسمية العدد 27 في تاريخ 27 أبريل 1993، ص 58.

(2) كمال إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 30.

فالملاحظ أن هذه المادة نصت على المعيارين لكن هذه الصياغة تثير التساؤل عما إذا كان بصدد الأخذ بأحد المعيارين أو تتطلب الدولية توافر المعيارين معا ؟.

فالجواب يكون أن الدولية وفقا لهذه المادة تتطلب المعيارين معا بحيث جمع المشرع بين المعيار الاقتصادي بأخذه بمصالح التجارة الدولية و المعيار القانوني المستمد من اختلاف مقر أو موطن المتعاقدين أي انتماء كل منهما إلى دولة أخرى خارج الجزائر، و الدليل على ذلك هو "الواو" الموجود في نص المادة 458 مكرر والتي تربط المعيارين، فلو أراد المشرع إستعمال معيار واحد منهما لذكر "أو" بدلا من "الواو".

- ارتباط صفة الدولية بمصالح التجارة الدولية : يظهر المعيار الاقتصادي من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 458 مكرر و التي تنص أنه: " تعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية". (1)

رغم أن المشرع الجزائري فعل عكس ما قام به القانون و القضاء الفرنسي يجمعه بين المعيار الإقتصادي و المعيار القانوني إلا أن هذه الفقرة مستلهمة من المادة 1492 من القانون الجديد للإجراءات المدنية الفرنسي (N.C.P.C) (2) .

و لقد تبني بذلك المشرع معيار ارتباط النزاع بالتجارة الدولية حيث يشترط لكي تكون الصفة الدولية موجودة في حكم هذا القانون أن يكون متعلق بمصالح التجارة الدولية، و بذلك تؤكد إرتباط بين المفهومين "التجاري و الدولي" فلا تتوفر الدولية إلا إذا كانت العلاقة ذات طابع تجاري.

و لقد عيب على هذه الفقرة أنها لم تحدد المقصود بمصالح التجارة الدولية، و بذلك اكتفت بتحديد معايير الطابع "الدولية" دون التطرق إلى معايير الطابع التجاري و المتمثل عامة في أن يكون أحد الأطراف تاجر، بحيث هذا غير كاف كون الدولة قد تقوم بصنفاة تجارية دولية باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي الخاص دون أن تكون لها صفة تاجر، إضافة أن

(1) Article 458 Bis: Code de la procédure civile : « est international, au sens de present chapitre , l'arbitrage qui connaît des litige du commerce international ».

(2) Nour-eddine Terki: L'arbitrage commercial international en Algérie, Office des publications universitaires 1999, p21.

التجارة في المعنى التقليدي هي تبادل مادي على المستوى الدولي قد يكون تعاقد تجاري حول بيع علامة أو براءة اختراع و هي في حد ذلك تبادل معنوي و لا يتوفر فيه بذلك شرط التبادل المادي. فإذا التجارة مصطلح واسع على المستوى الدولية لا يجب التقييد فيه بالتصنيف الداخلي للأعمال المدنية و الأعمال التجارية ، ذلك لأن المفهوم الحديث للقانون التجاري يؤدي إلى وجود علاقة تجارية ذات مدلول اقتصادي بصرف النظر عما إذا كانت هذه العلاقة طبقا للمعيار التقليدي مدنية أو تجارية(1).

- ارتباط صفة الدولية بمقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج:

لم يكتفِ المشرع الجزائري بإقرار المعيار الاقتصادي لاكتساب صفة الدولية بل أضاف له معيار آخر يعرف بالمعيار القانوني، ولقد نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 458 ".... والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

ووفقا لذلك يرى المشرع في مقر أو موطن أحد الطرفين في الخارج عنصر فعال لاكتساب صفة الدولية بحيث يعتبر العقد متصل بأكثر من نظام قانوني إذا كان مقر أو موطن أحد الطرفين أو كليهما خارج الجزائر، فيفرق بذلك بين الشخص الاعتباري و الشخص الطبيعي، فإذا كان أحد الطرفين شخصا اعتباريا يتم تركيز خارج الحدود عن طريق المقر الاجتماعي، و يركز في المواطن إذا كان أحد الطرفين شخص طبيعي(2).

و من نتائج الأخذ بالمعيار القانوني :

1- أنه إذا كان المتعاقدان مقيمين في الإقليم الوطني، لا يمكن إكتساب صفة الدولية حتى و لو توفر المعيار الاقتصادي أي تعلقها بمصالح التجارة الدولية.

2- هو إمكانية اكتساب صفة الدولية إذا كان كلا المتعاقدين مقيمين في خارج الحدود لإستعمال المشرع في النص عبارة "على الأقل في الخارج" ، لكن المشرع الجزائري لم ينتبه إلى الحالة التي يكون فيها الطرفان مقيمين خارج الحدود في دولة واحدة، فالعنصر القانوني غير متوفر

(1)- ناريمان عبد القادر : " إتفاق التسمييم" وفقا لقانون التسمييم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 1996، دار النهضة

العربية ، ص182

(2)- Nour-eddine Terki : op.cit,p.23.

لعدم وجود اختلاف في مقر أو موطن الأطراف.
لذلك فنحن نرى أنه من الأفضل عدم ذكر عبارة "على الأقل" ليصبح النص كالاتي : "...و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين في الخارج" تفاديا لعدم توفر المعيار القانوني".
ولقد تناول كذلك هذا المرسوم مسألة الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام بحيث إستنتهم من دراستها وذلك من خلال المادة الأولى الفقرة الثالثة للمرسوم 09/93 التي تنص "أنه لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية".

حيث ومن خلال هذه المادة تم التأكيد أن التحكيم هو وسيلة لفض النزاع في عقود التجارة الدولية لكن يختلف الأمر إذا تعلق النزاع بأشخاص معنويين تابعين للقانون العام كون علاقتهم لا يجوز فيها التحكيم إلا إذا ثبت أن علاقتهم تجارية دولية وهذا راجع في رأينا أن عقودهم لا تعتبر من عقود التجارة الدولية ، حيث يصبح الأشخاص المعنويين غير تابعين للقانون العام بل للقانون الخاص، ويتعاقدون بدون فرض سيادة أو سلطة على الطرف الآخر .
وأخيرا نعتقد أن الاستعمال الجامع للمعيارين من قبل المشرع الجزائري ليس له فائدة ويمكن أن يكون محل خلافات خاصة أمام القضاء الجزائري ، لذلك نطرح التساؤل حول السبب الذي دفع المشرع إلى اتخاذ هذا الموقف مع أن مصدر كلا المعيارين سواء القانون الفرنسي بالنسبة الإقتصادي أو القانون السويسري بالنسبة للمعيار القانوني يأخذ بمعيار واحد.

المبحث الثاني

مبدأ حرية الاختيار

تتفرع في المجال العقود الداخلية عدة مبادئ من ضمنها مبدأ الحرية التعاقدية واحترام إرادة المتعاقدين ، أما في العقود الدولية، وخاصة التجارية منها هناك مبدأ هام وهو حرية اختيار المتعاقدين للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي ، وبذلك يركز مبدأ حرية الاختيار على الفرد ذلك لأن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، فلا يتصور أن يلتزم هذا الأخير وهو مكره على ذلك، فكل التزام أساسه الرضا والاختيار بالتالي الغاية الأولى هو احترام حرته وإرادته. وبما أن المبدأ المعروف فقها وقضائياً، يقر بحرية الأطراف يطرح هنا تساؤل غاية في الأهمية حول محتوى هذا الاختيار صريحاً كان أو ضمناً ، أما نطاقه فتشمل مدى تمتع الأطراف بالحرية في اختيار هذا القانون وهل الحرية مطلقة أو نسبية .

المطلب الأول: الاختيار المادي والاختيار التنازعي

حاول طائفتان من الفقهاء الإجابة على إشكالية طبيعة اختيار المتعاقدين للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي وأثار هذه الطبيعة وكانت الآراء متضاربة بين نظريتين متمثلتين في النظرية الذاتية (subjective) والشخصية والنظرية الموضوعية (objectif).

الفرع الأول : الاختيار المادي

يعد الاختيار المادي تكريساً للنظرية الشخصية التي قدست سلطان الإرادة ، بحيث قامت هذه النظرية بتطبيق القاعدة العامة للعقود والمتمثلة في تطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان (1) ، لكن تقديسها للإرادة وصل إلى حد اعتبار إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة ، وهي لا تحتاج في هذا الإلتزام إلى قوة القانون ، فلا يخضع بذلك العقد التجاري الدولي لحكم القانون لأنه وحسب

(1) Vincent Henzé : La vente internationale de marchandises (droit uniforme) L.G.D.J. , éditions DELTA 2000 , p.12.

هذا الرأي لا يوجد قانون معدّ سلفاً لحكم هذه الرابطة ، بل يتولى المتعاقدان وضعه .
وبمأن الاختيار المادي هو نتاج النظرية الشخصية في تنازع القوانين بصدد العقود الدولية التي ترى أن يترك الأفراد أحراراً ولا يتدخل القانون فيما يقومون ، وأي تدخل يشكل إهدار لهذه الأخيرة ، فالعدالة عند هذه النظرية هي أن تكون للأفراد الحرية الكاملة في استعمال قدراتهم الطبيعية التي من ضمنها قدرة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي .

وهذه الرؤية ماهي إلا نتاج أفكار فلسفية في قبيل الثورة الفرنسية التي دعت إلى ترك المجال للأفراد في النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، تحقيقاً للحرية الإقتصادية ، وحرية التبادل التجاري وأي تقييد لهذه الحرية يؤدي بالضرورة إلى الإضرار بالتجارة الدولية ، فبعد انتشار المذهب الفردي الذي إعتبر فيه الفقيه جون جاك روسو : " أن الفرد هو أساس القانون وغايته ، وليس هناك سوى الإرادة العامة التي تلزم الأفراد ، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع نفسه والقيود التي يرد على حرية الفرد إنما مرجعها هي الحرية نفسها " .(1)

من هنا يلاحظ أن هناك مبررين لوجود سلطان الإرادة أحدهما فلسفي والثاني قانوني :
ففيما يخص المعنى الفلسفي : لقد فرض هذا المصطلح مع الفقيه "كانت" حيث كان أول من استخدم إصطلاح سلطان الإرادة ولقد أعطى مفهوم معنوي والمتمثل في الحرية ، أي حرية الإختيار التي يتمتع بها الشخص بذلك تكون الحرية مهمة في العقد ذلك لأنها تعد من حقوق الفرد الطبيعية ، ففكرة سلطان الإرادة قد استخدمت لدى "كانت" : على النحو الخضوع للقانون الطبيعي .

أما المعنى القانوني : فسلطان الإرادة يعتبر مبدأ فقهي (DOCTRINAL) محض ، الذي يقصد بها أن الإرادة هي مصدر القانون الوضعي (2) ويعد بذلك العضو المنشئ للحقوق ، وبذلك يصبح الفرد مصدر الحق (3) ، وتعد بذلك أن سيادة للإرادة ، وبذلك يخضع العقد التجاري الدولي لإرادة

(1) سليمان عبد الرحمن : مدى إختصاص القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، رسالة ليل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر 1992 ، ص 17 .
(2) محكمة الإمبراطورية في 15/5/1893 الذي نص : "في تنازع القوانين في مواد العقود ، فإن القاضي عليه أن يبحث قبل كل شيء على أية قاعدة تفريقية إتفق المتعاقدان لإخضاع تصرفهما إليها ... يجب أن يأخذ بعين الإعتبار ذلك" .

(3) Veronique Ranouil : L'autonomie de volonté naissance et évolution d'un concept , presses universitaires de France 1980 , p.10

الأطراف المتعاقدة ، إذا توفرت الحرية حيث يكون للأطراف إمكانية إسناد العقد إلى نظام قانوني الذي يختاره ويكون هذا النظام يخدم مصالحهم ومتساهل إلى حد ما مع الأطراف . ذلك لأنه لا يكون لتصرف صفة عقد إلا إذا أَرَادَهُ المتعاقدان، وكما أَرَادَهُ وتظهر الإرادة بمثابة مصدر للالتزام (1) وليس القانون هو مصدر الالتزام ، فالعقد هو شريعة المتعاقدين وهو القانون الذي يحكم العلاقة بينهما ، وإرادة الأطراف هي أساس الالتزام في العقود ، كذلك فيما يخص عقود التجارة الدولية فإرادة الأطراف المتعاقدة هي الشريعة الأساسية لهم ، وهي التي تفرض الالتزام بها ، دون الحاجة إلى القانون ، ذلك لأنه لا يستمد الالتزام من قوة القانون وإنما من العقد ذاته وبالتالي من الإرادة ذاتها .

ودور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق التي يتمتع بها المتعاقدان وحماية هذه الحرية ، بالتالي دوره يتمثل في مجرد تأكيد الاحترام المتطلب لحرية الأفراد التعاقد دون أن تكون من وظيفته رعاية المصالح العامة للجماة في مواجهة أنانية الأفراد، ويترتب على اعتبار الإرادة مصدر الالتزام وفقا للنظرية الشخصية اندماج قانون الإرادة في العقد باعتباره شرط تعاقدية.

- اندماج القانون في العقد : إن الأخذ بسلطان الإرادة على إطلاقها يفرض علينا بعض الآثار المنطقية الراجعة لعدم تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي . وهذه آثار يتمثل في اندماج قانون الإرادة في العقد باعتباره مجرد شرط تعاقدية ذلك لأنه وفقا للنظرية الشخصية التي تمنح للفرد سلطة على القانون فإنه بمجرد اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي صراحة أو البحث عنها واستخلاصه من نية المتعاقدين (أو ما يعرف بالإرادة الضمنية)، الحقيقية حسب ظروف العقد وملابساته يفقد هذا القانون صفته الإلزامية ويتحول إلى مجرد شرط تعاقدية يذكر في العقد مثله مثل الشروط الأخرى، كطريقة الدفع في هذا العقد والشروط التحكيمية في حالة وجود نزاع ، فيعتبر هذا القانون جزءا من العقد ، فحسب هذا الرأي لا وجود لقانون سابق على العقد يمكن إخضاعه لأحكامه ذلك لأن القانون الذي عينته الإرادة ليس له قوة إلزامية إلا في الحدود التي ترسمها له هذه الإرادة ، فترجح الكفة للإرادة عوضا عن

(1) Vincent Henz  : op.cit , p.65.

القانون .

وهذا ما أقره الحكم الشهير عن محكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 ديسمبر 1910 والذي قرر على إثره أن " القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من حيث تكوينه وآثاره هو القانون الذي اختاره المتعاقدان ". (1)

ومن المنطقي لتوفر شرط الإدماج أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق واضحا، فلا يمكن تصور اندماج القانون المختار كشرط تعاقدية من غير اختيار الأطراف الصريح أو الضمني بينما الاختيار المفترض، كما سندرسه لاحقا فيختص القاضي بتحديد قانون العقد بأخذه بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وبالتالي لا وجود للإرادة في الاختيار المفترض بل القاضي هو الذي يتولى مهمة افتراضها، فلا مجال لفكرة الإدماج لعدم وجود الإرادة أصلا.

كما أن اندماج القانون باعتباره شرط تعاقدية مدرج في العقد (2) يدفع إلى وجود حد فاصل بين شرط اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، والقانون الذي أخذ منه هذا الشرط وبذلك تنقطع الصلة كنهائيا به.

وما تدخل القانون في بعض الحالات إلا ويكون الهدف منه السعي إلى احترام العقد الدولي لبيان شروط صحتها أو لتمكين البنود التعاقدية من ترتيب بعض آثارها (3) ذلك لأنه في نظر النظرية الشخصية فالعقود الدولية تفلت من الخضوع لحكم أي قانون .

ويترتب على اندماج القانون المختار كشرط تعاقدية في العقد عدة نتائج هامة :

أولها - أن المعاملة التي يعامل بها القانون المختار أمام القاضي الوطني معاملة شرط من شروط العقد يأخذ نفس الحكم المتعلق بالشروط الأخرى المدرجة في العقد، ولا يعامل معاملة القانون سواء من حيث الإثبات أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها (4)، لاعتبار هذا القانون جزءا في العقد .

(1) Cass.Civ 5 Dec 1910 : affaire "American Trading co" ,S.1911 , p.129 note Lyon Caen ; voir Rev .Crit DIP.1911, p.395 ,JDI1912 p.1156

(2) تعادل إدماج القانون المختار من قبل الأطراف كشرط تعاقدية بلغة الفرنسية

Systeme de l'incorporation de la loi choisie par les parties au contrat

(3) جبار محمد : قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمغارن ، رسالة دكتوراه 1988 ، جامعة الجزائر ، ص 88.

(4) هشام سادق : مرجع سبق ذكره ، ص 106.

الفصل الأول العقد التجاري الدولي و حرية المتعاقدين في اختيار القانون المطبق عليه

وهي لا تختلف على الأنظمة التي تعامل القانون الأجنبي باعتباره مجرد واقعة فإن على المتعاقدين أن يتمسكوا بالقانون المختار ، وليس على القاضي أن يحكم بمقتضاه ومن تلقاء نفسه، إضافة أنه على الخصوم إثباته والقاضي لا يكون مجبرا على معرفة هذا القانون (1) بحيث أن خطأ المحكمة في تفسير نصوص هذا القانون لعدم معرفة القاضي لهذا الأخير لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

ثانيا - كذلك يترتب على إدراج القانون المختار في عقد كشرط تعاقدى تمنح للأطراف الحرية المطلقة التي على إثرها يمكنهم اختيار قانون له صلة ، كما يمكنهم اختيار قانون لا صلة له بالعقد وذلك عن طريق اختيار قانون محايد بحيث يجب أن يأخذ به مادام يعبر على إرادة حقيقية للأطراف ، فلا مجال هنا لفكرة التحايل على القانون بحيث لا يمكن إقامة الدفع بالغش نحو القانون لعدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد .

ثالثا - يترتب على الاندماج المتعلق بالنظرية الشخصية أن يفقد القانون المختار الصفة الإلزامية ، لذلك يمكن للأطراف استبعاد من هذا القانون ما لا يخدم مصالحهم ، وإبقاء النصوص التي تخدمهم وتحقق مصالحهم.

وهذا غير صحيح ولا يمكن تصوره ذلك لأنه لا يمكن استبعاد القواعد القانونية الموجودة في القانون المختار سواء كانت هذه القواعد أمرة أو مكاملة ، ذلك لأن نصوص هذا القانون لا يمكن تجزئتها ، لأن القانون هو كل لا يمكن تجزئته.

رابعا - كما يمكن للأطراف إدراج في العقد شروط متعددة متعلقة بالقانون المختار والمأخوذة من قوانين مختلفة ، بحيث يمكن بذلك تجزئة العقد واختيار أكثر من نظام قانوني واحد لتنظيم العلاقة العقدية ، وفي حالة وجود تعارض بين هذه القوانين فأحدهما يبطل العقد والآخر يصححه فمن المنطقي أن تستبعد الأحكام التي تؤدي إلى بطلان عقدهما والأخذ بالنصوص التي تصحح العقد .

هذا الاختيار المادي يرفض فكرة وجود نصوص في القانون الذي اختاره المتعاقدان عند اختيارهم لقانون صراحة أو ضمنا بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد قصد منها الأخذ بالنصوص التي تعتبر العقد صحيحا وليس النصوص التي تبطله، ويرجع عدم الأخذ بإبطال إلى أنها تتعارض مع

(1) علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الرابعة 1993 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 139.

الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ذلك لأنه من غير المعقول أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى تحديد القانون ويكون هذا الأخير يبطل العقد.

خامسا - بمأن سلطان الإرادة هو أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد، وأن المتعاقدين يمكنهم اختيار أكثر من نظام قانوني واحد لينظم العلاقة التعاقدية الدولية، يمكن للأطراف وفقا للحرية التي يتمتعون بها أن لا يخضعوا عقدهم لأي قانون فالإرادة العقدية وحدها تكفي بذاتها، فيمكن لأطراف العقد الإشارة لقانون بإرادتهم، فالمسألة هي إرادية صرفة. (1)

لكن هذه النتيجة رفضت من محكمة النقض في قرار صدر 21 جوان 1950 التي أقر فيه أن "كل عقد دولي هو مستند ومرتب بقانون دولة ما" (2) والذي سنحاول التطرق له بالتفصيل في الاختيار التنازعي".

أهم نتيجة تترتب على الاندماج هو ثبات القانون المختار، واستقراره بحيث يبقى هذا الأخير على الحالة التي كان عليها وقت اختياره، وبذلك فإن أي تعديل تشريعي يطرأ على هذا القانون بعد اختياره لا يدرج في العقد مثله مثل القانون ولو كانت هذه النصوص أمرة.

وأساس ذلك هو أن الأطراف عند اختيارهم لقانون معين يقصدون به أن يستقر هذا القانون كما وحده الأطراف أثناء إبرامهم للعقد دون أي تغيير فيه، ويشبه عدم الأخذ بالتعديلات في القانون الدولي الخاص بند الاستقرار، أو ما يعرف ببند عدم التغيير في القانون الدولي العام التي تكون الدول أطراف فيها، حيث نعرف أنه يمكن للدولة بما لها من سيادة أن تغير تشريعاتها الداخلية، غير أن ذلك التغيير قد يضيف أعباءاً على كاهل الطرف الآخر الذي قد يكون شركة أجنبية، فهو يمكن لهذه الأخيرة التمسك بدفع تغيير القانون الذي اتفق عليه الأطراف أثناء التعاقد، ويقع على عاتق الدولة التعهد بعدم تغيير القوانين المتعلقة بالشركة (3)، أو التغيير مع موافقة الطرف

(1) سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال: مرجع سبق ذكره، ص 361.

(2) Cass Civ 21 Juin 1950, Messageries Maritimes: JCP 1950, II, p5812 note J.P.H. Levy.
Rev. Crit. DIP 1950 p.605 note Batiffol.
S.1951. I, p. 1 NOTE Niboyet
D.1951, p. 749 note Hamel.

(3) قادري عبد العزيز: مرجع سبق ذكره، ص 58.

الآخر أي الشريك الأجنبي في مجال عقود الاستثمار والتنمية .

وهذا الشرط الأخير كذلك موجود في الاختيار المادي للعقد ذلك لأنه وفقا للنظرية الشخصية التي تقر بإدماج القانون المختار كشرط تعاقدية تقرر أن هذا القانون يبقى جامد بحيث لا يأخذ بالتعديلات اللاحقة على العقد إلا إذا وافقا المتعاقدين صراحة على قبولها النصوص الجديدة التي طرأت على العقد بعد إبرامه ، فالموافقة على هذه التعديلات دليل على أن إرادة الأطراف هي أساس العقد والقانون في آن واحد.

بذلك فالمقصود بعدم الأخذ بالتعديلات أن تطبق من القانون المختار أحكامه التي كان معمولا بها وقت اختياره دون الأحكام التي تدخل عليه بعد ذلك إلا بموافقة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، وقد قضت بهذا محكمة النقض الفرنسية في حكم الشهير السابق الذكر الصادر في 21/ جوان /1950 المتعلق بشركة الملاحة Les Messageries Maritimes، وإن سلمنا بهذا فإن كل تعديل على القانون المختار لا تكون له آثار رجعية ليسري على العقد.

لكننا لا يمكننا التسليم بهذا لسببين: أولهما هو أنه قد تكون التعديلات تحقق مصلحة للطرفين، أما الثاني وهو الأهم ذلك لأن عدم الأخذ بالتعديلات أو بند الاستقرار يمس بالسيادة الوطنية في سلطته في تعديل القانون.

لكن ورغم تلك الأسباب تمنع الأخذ بهذا البند إلا أنه في عقود ذات المدى الطويل يأخذ به معنا لتعديلات التي قد تصبح خطيرة على المتعاقدين .

وأخيرا يمكن القول أن هذه النتائج كانت عرضة للانتقادات ذلك لأنه من المستحيل تجريد القانون من قوته الملزمة وجعله مجرد شرط تعاقدية ، كما أن إعطاء حرية مطلقة للأطراف التي يمنحها الاختيار المادي في تحديد القانون الواجب التطبيق ممكن أن يدفعهم إلى جعل العقد التجاري الدولي غير خاضع لأي قانون أي ما يعرف بالعقد المتجرد من القانون (contrat sans loi) وهذا مخالف لما استقر عليه الاجتهاد القضائي وخاصة الفرنسي منه، والذي يعتبر أن العقد يجب أن يخضع لقانون دولة ما " ، كما أنه يؤدي في بعض الحالات إلى اختيار أطراف لقانون يبطل العقد، فإذا أخذنا بحرية اختيار الأطراف، فإن العقد يكون باطلا رغم أن المتعاقدين أبرما عقديهما لكي يعتبر صحيحا .

كل هذا دفع إلى وجود اتجاه مختلف على الاختيار المادي فربما من النتائج التي كانت محل انتقادات هذا الاتجاه ويعرف بالاختيار التنازعي الذي يعطي أهمية للقانون المختار باعتبار أن الإرادة هي التي تخضع للقانون وليس القانون خاضع لإرادة الأطراف .

الفرع الثاني : الإختيار التنازعي

رأينا أن الاختيار المادي يقوم على أساس أن للإرادة مطلق الحرية في اختيار القانون المطبق عليها ، وأن القانون دوره يتجلى فقط في تأكيد احترام هذه الإرادة ، بذلك يكون القانون خاضعا للإرادة ، لكن هذه الفكرة تعرضت للرفض من أصحاب النظرية الموضوعية الذين نادوا بفكرة الاختيار التنازعي (الموضوعي) لضرورة خضوع العقد للقانون وليس العكس ، فلا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم، بل القانون هو الذي يحدد العلاقة التي تحكمها ، 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 .

والرفض الذي لاقه الاختيار المادي كان سببه راجع إلى النتائج المبالغ فيها من طرف النظرية الشخصية إلى درجة جعل القانون المختار مجرد شرط تعاقدية، بحيث يمكن للأطراف الامتناع عن تطبيق بعض القواعد الأمرة من هذا القانون، وبذلك فإن الاختيار التنازعي يقر بأن الإرادة التي يتمتع بها الأطراف لاختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي مصدرها القانون الذي يضعه المشرع عن طريق وضع قواعد التنازع (1) ، ذلك لأن قاعدة تنازع القوانين في العقود الدولية واحدة لا تتغير والتي تعترف بالإرادة كضابط إسناد توكل لها مهمة تحديد القانون المطبق، وتعود بداية هذه النظرية إلى فكرة تركيز العقد التي أتى بها الفقيه الفرنسي " باتيفول " بحيث اعتبر أن القانون الذي تعيينه القاعدة إنما تحدده على أساس أنه قانون مركز العلاقة العقدية ، حيث أن العقد لا يملك هو بذاته ، وبصفته تلك مركزا ماديا ملموسا (1) ، بل هناك علامات

(1) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال : مرجع سبق ذكره : ص 363.

(2) Pierre Mayer : op.cit ,p.455

خارجية وتكون مادية ، فتنطبق إرادة المتعاقدين لا يشكل واقعة يمكن على أساسها التركيز المكاني للتعقد من أجل تحديد القانون ، بل يمكنه استدلال عليها من خلال مسائل تتصل بمكان معين ، كمحل الذي يتم فيها تطابق الارادتين .

فالمتعاقدان يحددان بإرادتهما مكان تركيز العقد ، سواء بصريح العبارة أو ضمنا يستنتج من ظروف وملابسات التعاقد ، ويتولى بعد ذلك القاضي مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على ضوء هذا التركيز ، وبذلك يتم الحد من إرادة المتعاقدين عن طريق القاضي لتمنع هذا الأخير بسطة تقديرية إذا تبين له أن إرادة الطرفين لم يقصد بها تركيز العقد في ذلك المكان(1).

هنا بذلك يكون التدخل التعسفي للقاضي ، وذلك بمنح القاضي مهمة تحديد القانون المطبق من خلال تركيز العقد في مكان معين مدعيا في ذلك الإسناد إلى وقائع متعلقة بتبادل التعبير ، ذلك لأنه هناك حالات قد لا يقوم فيها الأطراف بتركيز العقد فيتولى القاضي مهمة تركيزه ، وهذا الرأي في الحقيقة رآه بعض المؤلفين، لا يختلف على الرأي الأول، وهو أن يوكل مهمته تحديد القانون الواجب التطبيق للإرادة ، فقط هذا الرأي يجعل للاختيار منصبا على تركيز الأطراف للتعقد لا على تحديد القانون مباشرة (2).

كذلك للاختيار التنازعي نتائج تترتب عليه مثله مثل الاختيار المادي لكن هذه النتائج جاءت معارضة تماما للنتائج الأولى التي قمنا بدراستها وهي :

1-أول نتيجة أن تبعد فكرة إدراج القانون في العقد كشرط تعاقدية ، ذلك لأن الاختيار التنازعي يجب أن يكون في حدود القانون ، بالتالي اعتبار القانون مجرد بند في العقد شيء مرفوض ، لأن القانون هو الذي يسبق العقد، وليس العقد يسبق القانون ، لأن المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد المتعلقة بتنازع القوانين في العقود الدولية وخاصة التجارية منها، أوكل المهمة للإرادة ، بالتالي تعتبر الإرادة ضابط الإسناد الذي يحدده القانون ، فمن غير المنطقي أن تسبق إرادة

(1) طيب زروقي ، مرجع سبق ذكره ، ص 112

(2) علي علي سليمان ، مرجع سبق ذكره ، ص 111.

المتعاقدين القانون .

(2) - كذلك تمتع الأطراف بحرية الاختيار، لكن في حدود القانون ، وبهذا فحرية اختيار القانون المطبق لا تسمح للمتعاقدین إبعاد نصوص مهمة في هذا القانون ، لأن عدم وجودها قد يؤثر سلبا على القانون .

لذلك يجب أن يكون للقانون قوة ملزمة بحيث لا يمكن إحداث تغيير فيه وذلك باستبعاد الأطراف النصوص الأمرة، وحتى المكملة التي لا تحدم مصالحهم ، لأن هذه النصوص وضعت لحماية المصالح العامة، وتقييد إرادة المتعاقدين ، كما ذكرت سابقا في الاختيار المادي .

(3) - أن الاختيار التنازعي لا يتجاهل إرادة الأطراف كليا ، بل يترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواءا بشكل صريح أو ضمني، لكنه فرض بعض القيود يجب عدم تجاهلها، من ضمن هذه القيود ومنعا لإحتمال الغش نحو القانون :

- فرض شرط والذي أصبح يأخذ به حديثا بديلا عن الفكرة القديمة والمتمثلة في " التركيز" وهي " وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار أو القانون المختار والمتعاقدين ". وكل هذا من أجل منع اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة.

(4) - لا يمكن تصور منح الأطراف حرية تجعلهم لا يخضعوا عقدهم لأي قانون التي تعرف بنظرية "العقد المتجرد من كل قانون"، بحيث أصبح هذا التيار مرفوض وفقا للنظرية الموضوعية وحتى وفقا للتشريعات ويعود ذلك لسببين :

أولهما : - يتعلق بتكوين العقد : فالعقد باعتباره تصرف قانوني ، لا يمكنه أن ينظم نفسه بنفسه بحيث لا يرتب آثار قانونية إلا إذا أبرم طبقا للشروط المحددة قانونا ، فتحليل العقد يكشف أن كل عقد "يتضمن دوما بالإضافة إلى توافق إرادة طرفيه ، شيئا آخر غير مرتبط بهذه الإرادة وهو شيء يجد مصدره في القانون" (2).

أما الثاني : - فيعود للسلطة التي يتمتع بها القاضي : ذلك لأن عدم اختيار قانون تابع لدولة معينة يدفع في بعض الأحيان إلى تعسف القاضي في تحديد القانون الذي امتنع الأطراف عن تحديده

(1) Jean Michel Jacquet : op.cit , p.79.

(2) Patrick Courbe : J.Class. D.Com 1991 ,f.ass 335 , op.cit , p11.

مدعيا رجوعه إلى ظروف وملابسات التعاقد ، كما أنه يمكن للقاضي عند تحديد هذا الأخير أن ينسبه إلى قانون لم يفكر فيه المتعاقدان بتاتا .

فالعقد وفقا للاختيار التنازعي، يتضمن بعض العناصر المادية كمكان تسلم البضاعة في عقد البيع الدولي ... التي تركز حتما في دولة معينة في عدة أنظمة قانونية (1)، فالاتفاق بذلك غير كافٍ وحده لتنظيم كلتي العلاقات الناشئة بين المتعاقدين والتي تكون نتاج العقد ، والملاحظ أن نظرية تجريد العقد " ، قد طبقت فقط في إطار محدود جداً وهو إطار النشاط التجاري ، بحيث كما سنرى في الباب الثاني أنه قد تم إخضاع العقد لقواعد تجارية خاصة تجد مصدرها فيما استقر عليه التعامل التجاري الدولي ، وفي المبادئ المقررة من قبل هيئات التحكيم الدولي ، لكن المبدأ المقرر في غالبية التشريعات والقضاء المقارن وخاصة القضاء الفرنسي يبقى متمثلاً في ضرورة خضوع العقد الدولي للقانون .

(5) - أنه يجب احترام السيادة الوطنية للدولة التي تتمتع بحق في وضع قانون وتعديله، إذا رأت ضرورة في ذلك ، بحيث يجب مراعاة في القانون المختار كل التعديلات اللاحقة التي تطرأ على هذا القانون ، فلا يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق قانون الذي اتجهت إرادتهم إليه دون أي تعديل ، ذلك لأن الأطراف عند تركيز عقدهم أرادوا احترام النصوص القانونية سواء كانت هذه النصوص موجودة أثناء إبرام العقد أو وجدت نتيجة للتعديلات اللاحقة التي طرأت بعد التعاقد ، لكن لا يوجد ما يمنع اتفاق الأطراف على اشتراط أن لا تضر هذه التعديلات بمصالح الغير .

(6) - لا يمكن تصور وفقا للاختيار التنازعي تجزئة العقد ذلك لأن العقد يركز في مكان معين أي في دولة معينة ، وتصبح هذه الدولة هي التي تحكمه برمته وليس بجزء منه، وإبقاء الجزء الآخر إلى دولة أخرى ، بالتالي محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة قانونية مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد ، لأن العقد يصبح خاضعا إلى دولة أخرى غير الدولة التي ركز فيها. (2)

لذلك نستنتج أن العقد هو عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد

(1) Patrick Courbe : J.Class. D.Com 1991 ,f.ass 335 , op.cit , p11.

(2) أنظر سامي بديع منصور ، مرجع سبق ذكره ، ص 371.

وآثاره ، وحتى إبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة ، لكن فد تطبق هذه التجزئة في حالة واحدة إذا كانت لها أساس موضوعي.

(7) - لقد حاول بعض أنصار النظرية الموضوعية تحديد في هذه النظرية من خلال فكرة ازدواجية (1) الرابطة العقدية من خلال تكرسه لإرادة الأطراف بحيث يعتد بإرادتهم متى تم التعبير عنه ، فإذا لم يتم التعبير عنها فإنه يلجأ حينئذ إلى منهج تركيز العقد ، وتأسيسهم في ذلك مؤداها أن الطرفين حينما يختاران قانوناً معيناً لحكم عقدهم التجاري الدولي ، فإن هذا لا يعني كما يقول الأستاذ "باتيفول" أنهما بذلك قد قصداً تركيز العقد ، بل كل ما في الأمر أنهما قد اختارا هذا القانون لكونه أكثر ملاءمة لحكم العقد المبرم بينهما (2) ، إلا في حالة عدم وجود الإرادة يتم الرجوع إلى تركيز العقد .

لكن هذه النظرية قد تم التراجع عنها ذلك لأنها تجعل التركيز الذي هو أساس النظرية الموضوعية كحل احتياطي يتم الرجوع إليه فقط في حالة عدم التعبير عن الإرادة ، إضافة إلى أنه أعطى الحل فقط في حالتين هما : حالة وجود الإرادة وحالة إنعدامها الكلي ، لكن هناك حالات أخرى تكون وسيطية بين الحالتين بحيث تكون الإرادة موجودة لكن غير معبر عنها لم تعط لهذه الفكرة حلاً مناسباً لها .

وفي الخلاصة يمكن القول أن سلطة الأطراف في اختيار القانون المطبق يتم تحديده من خلال آلية التنازع (منهج تنازع القوانين) في القانون الدولي الخاص ، التي يضعها المشرع ويحددها بنصوص قانونية دقيقة ، وتعتبر في نصوصها أن الإرادة هي ضابط الإسناد الأصلي في العقود الدولية وخاصة عقود التجارة الدولية (3) ، بحيث تقيد هذه الإرادة باختيار قانون دولة ما التي يرتبط بها وتكون له صلة وثيقة بالعقد أو المتعاقدين ، وهذا ما أصبح يأخذه من قبل الفقه والقضاء الفرنسي وهو ما يعرف بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية الذي يطبق سواء عندما يختار

(1) تباينها بالفرنسية : Dualisme du rapport contractuelle

(2) Henri Batiffol , Paul Lagarde : Droit international privé , Tome 2, sixieme édition 1976 ,

p.236

أحمد عبد الفناح الشلماني : التحكيم في العقود التجارية الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ، العدد 4 ، 1666 ، ص56.

المتعاقدان صراحة القانون المطبق أو بطريقة الضمنية التي تستنتج من نصوص العقد. ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالإختيار التنازعي لكن ليس في زاوية تركيز العقد الدولي بل من زاوية خضوع العقد للقانون بحيث القانون هو الذي يحدد ضابط الإسناد الذي يحكم العقد الدولي ، فلا يمكن للأطراف المتعاقدة وفقا لنص المادة 18 من القانون المدني (1) أن يتمتعوا بحرية مطلقة دون فرض قيود عليها ، لأن القانون هو الذي أعطى الاختصاص لحكم العقد، لقانون الإرادة لذلك يفرض قيوداً عليها ، رغم أن هذه المادة جاءت غامضة ، حيث تظهر في أول وهلة أن سلطان الإرادة هو ضابط الإسناد الاحتياطي عكس ما أخذت به التشريعات وأن الضابط الأصلي هو قانون محل الإبرام .

لكن التفسير الحقيقي أثبت غير ذلك بحيث أن قانون الإرادة هو ضابط إسناد رئيسي أما قانون محل الإبرام، يرجع له فقط في حالة عدم وجود قانون الإرادة ، وبذلك يعتبر قانون محل الإبرام الضابط الاستثنائي يرجع له في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

أما عن القيود التي يفرضها القانون لتقييد إرادة المتعاقدين وغير مذكور في المادة 18 التي لا تشترط أي شرط خاص على المتعاقدين، فالأطراف في هذه الحالة يكونوا أحرارا ،لكن في نظرنا أن توفر شرط الصلة ضروري لتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان إضافة إلى تقييد إرادتهم بالنظام العام والغش نحو القانون الذي على إثرها يستبعد فيها هذا القانون .

لكن اشتراط علاقات (صلة) بين العلاقة العقدية والقانون المختار تدفعنا إلى التساؤل إذا ما كان تقييد القانون المختار بصلة قد يبعدنا على إرادة المتعاقدين ، إن الحقيقة غير ذلك نظرا لأنه في هذه الحالة تبقى إرادة المتعاقدين تلعب دوراً في اختيار القانون المطبق على عقود التجارة الدولية ، لكن على أن يقع هذا على قانون متوقع من قبل القاضي، وحتى من قبل المتعاقدين أنفسهم .

نص المادة 18 على أنه : "يسري على الإلتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي يرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

المطلب الثاني : الإختيار الصريح والضمني

من المتفق عليه دوليا خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الذي يختاره المتعاقدان ، حيث يسري على التصرفات القانونية، وخاصة التعاقدية منها التي يبرمها أفراد القانون الذي تختاره إرادتهم، فعقود التجارة الدولية تأخذ الإرادة فيه نفس المظاهر الموجودة في العقود الداخلية بحيث قد يكون اختيار القانون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا ، أما الإختيار المفترض فهو محل دراستنا في الباب الثاني .

الفرع الأول : الإختيار الصريح

يقصد بالاختيار الصريح الإرادة الحقيقية ومعلن عنها صراحة في العقد ، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد ، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة ، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يعتد بهذا القانون، مادام العقد يتصف بالصفة الدولية ، بشرط أن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية ، فالعبرة في هذا الإختيار هو إعلان الإرادة (1) La déclaration de la volonté.

ويحتر تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي ، لأنها تعطي الأمان للمتعاقدين بإضافة إلى كونها يأمّن الحل الراجح في حالة وجود نزاع .

لذلك يرتاح المتعاقدان الدوليان إذا قامت إرادتهما باختيار القانون المطبق على العقد والنص عليه في هذا الأخير صراحة ، لأن تطبيق هذا القانون ناتج عن إرادتهما ، مما يدل بدون أدنى شك أنه يُخدم مصالحهما إضافة إلى أن الإختيار الصريح يعد دليلاً يقيني لا يدع مجالاً للشك. لكن هل للمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار أي قانون ليسري على عقدهم؟، أو بمعنى آخر هل توجد شروط تقيد الإختيار الصريح للمتعاقدين للقانون المطبق؟.

(1) علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة 1993 ، ص 32.

وبالطبع الجواب يكون إيجابياً حيث لا يمكن تصور أن يختار المتعاقدان أي قانون يشاءانه، لذلك وجدت شروط تحد من الاختيار الصريح للمتعاقدين.

- الشروط المقيدة للاختيار الصريح :

لكي يأخذ بالاختيار الصريح للمتعاقدين في اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي ، يجب توفر شروط ، إذا لم تتوفر لا يعتبر أن الأطراف قاموا بهذا الاختيار بصريح العبارة ومن ضمنها:

الشرط الأول : وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين : لقد انقسم الفقهاء حول مدى قبول بتأييد الإرادة الصريحة بوجود صلة بين القانون والعقد أو المتعاقدين فحانئ منهم رفض هذا الشرط أما الفقه الغالب فيرى ضرورة اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين .

ففيما يخص الرأي الأول: فقد ذهب جانب من الفقه، ومن ضمنها فقهاء إنجلترا (1) إلى القول أن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقديهما دون تقييدها بأية صلة ، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة ، على أن هذا الرأي يرى وجوب استبعاد القانون المختار إذا انطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون (2).

أما الرأي الثاني : وهو ما يرى به الفقه الغالب ومن بينهم الفقهاء الأوروبيين، والقضاء الأمريكي، ويميل هذا الرأي إلى ضرورة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما بأن يكون له صلة بهما أي بالمتعاقدين أو بعقدتهما ، لأن انعدام هذه الصلة يعتبر بمثابة تحايل على القانون الواجب التطبيق من أجل التهرب من القواعد الأمرة التي تكون واجبة التطبيق ، فلا يأخذ بهذا الاختيار .

ويقصد بالصلة هي العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين حيث يجب على الأطراف اختيار من النظم القانونية القانون الذي كان للقاضي أن يختاره لو كان له

(1) أحمد عبد النجاشي ، مرجع سبق ذكره ، ص 58.

(2) علي سليمان ، مرجع سبق ذكره ، ص 116.

الحق في ذلك (1).

ويستتج أن للصلة وجهين:

الوجه الأول : وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين كأن يختار المتعاقدان قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنهما .

الوجه الثاني : فهو وجود صلة بين القانون المختار وعناصر العقد التجاري الدولي ، كاختيار قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد ... إلى غير ذلك من القوانين المتصلة بالعقد أو المتعاقدين .

ونحن نرى أن نطاق العمود الدولية ذاتها تكون حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية مقيدة بوجود صلة بين العقد أو المتعاقدين والقانون المختار، وتأتي هذه الصلة من حاجة التجارة والمعاملات الدولية ، لأنه من غير العقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانون لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدتهما، دون أن يكون من وراء ذلك قصد وهو التهرب من القانون الواجب التطبيق .

ولقد شاع في التجارة الدولية اخضاع العقد لقانون تكون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين ، ذلك لأنه ينبغي أن لا يترك للإرادة حرية اختيار مطلق القانون، وإنما لقانون له صلة حقيقية وجدية ، إذ لا يكفي أن يصرح المتعاقدان بأحدهما أبرماً العقد في دولة أجنبية لكي تنافر الصلة بسين ذلك العقد وقانون تلك الدولة (2).

وتفرض الرقابة من القاضي على الاختيار الصريح بحيث يكون للقاضي سلطة تقديرية إذا اتضح بعد تحرير المتعاقدين للشرط المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق ربطه مع النصوص الأخرى في العقد وعدم وجود صلة ، وما هذا إلا دليلا على أهمية هذا الشرط.

أما الشرط الثاني : فهو العلم بالقانون المختار : نحن نعلم أنه يمكن إيجاد حل موحد لتحديد القانون

(1)Georg Lang : La fraude a la loi en droit international privé Suisse, Thèse de doctorat , d'université de Lausanne , p.219.

(2) سامي بديع منصور ، مرجع سبق ذكره ، ص 497.

الواجب التطبيق على العقد الدولي مما دفع الفقهاء إلى ترك هذه المهمة إلى إرادة المتعاقدين ، لذلك يجب التفريق بين جميع العقود الدولية، لتطبيق على كل واحد منها تشريع الدولة التي يرتبط بها منطقيا ، قد يكون قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ... وبالتالي يجب على المتعاقدين فحص عقدهم للبحث أي من القوانين يكون مناسباً لحكم هذه العلاقة .

ويشترط في المتعاقدين العلم بالقانون الذي يختارونه فمن غير المتصور أن يتفق الطرفان على قانون لا يعرفا فحواه لأنه يضر قبل كل شيء بالمتعاقدين أنفسهم ، وهذا الشرط ما هو إلا نتيجة للشرط الأول لأن الأطراف عندما يختاروا صراحة القانون الذي له صلة بالعقد والمتعاقدين يبحثان فيما إذا كان هذا القانون يخدم مصالحهما، ولكي يتمكنوا من ذلك يفترض فيهما العلم بمحتوى هذا الأخير .

إضافة أن هناك جملة من القوانين يجب على من له مصلحة العلم بها، ويقصد بمن لهم مصلحة المتعاقدين (1) ، سواء كان اختيار الأطراف للقانون المطبق اختياراً صريحاً أو ضمناً ، ذلك لأنه في الحالتين يشترط العلم بالقانون تفادياً لأي إشكال بعد ذلك ومنعاً لإدعاء أحد الأطراف الجهل بهذا القانون .

مما تقدم نلاحظ أن الأطراف المتعاقدة في إطار عقود التجارة الدولية يتمتعون بإمكانيات مختلفة في الاختيار ، مما يجعل هؤلاء الأطراف أمام عدة خيارات من بينها :

أولاً - اختيار القانون الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة : قد يتفق الأطراف على أن قانون دولة أحدهما هي الواجبة التطبيق في حالة وجود نزاع كأن يتم اختيارهم على قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنهم وبذلك يحقق الشرط الأول في الاختيار الصريح وهو وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين ، حيث يجد الأطراف أنفسهم في حاجة للجوء إلى تطبيق قانون وطني كأمر لازم ، فيجب أن ينتج هذا الأمر عن اختيار موضوعي من الأطراف ، بحيث يرون أن هذا الحل هو الأمثل ، لكن هذا الاختيار يعرض في بعض الأحيان الطرف الضعيف في العلاقة التجارية إلى

(1) Marie -Noelle Jobard Bachellier : L' apparence en droit international privé , Librerie générale de droit et de jurisprudence 1984 , p.195.

الخضوع للطرف القوي، وذلك من أجل القبول بقانون يخدم مصالح الطرف القوي دون أن يكون للطرف الضعيف سلطة واسعة مثل الطرف القوي ، كما قد يكون هذا القانون غير معروف للطرف الضعيف أو تكون له معرفة محدودة .

لذلك ومنعا لعدم توفر الشرط الثاني في الاختيار الصريح، وهو العلم بالقانون المختار فإنه يجب أن يكون اختيار تطبيق القانون الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة (طرف قوي) حصيلة مفاوضات متعمقة ومتوازنة (1) ، لتحديد محتوى القانون وتفسير أي التباس قد يطرأ بعد ذلك . ويتحدد هذا الاختيار في عقد البيع الدولي عن طريق حالتين :

- الحالة الأولى : اختيار قانون دولة المشتري : بحيث يتفق الأطراف على أن يكون القانون الذي يحكم عقد البيع الدولي هو قانون دولة التي ينتمي إليها المشتري ، ويفترض في المتعاقدين كما ذكرت سابقا معرفة هذا القانون منعا للمخاطر التي قد تترتب نتيجة إلى عدم العلم به .

- أما الحالة الثانية والمتمثلة : في اختيار قانون دولة المصدِر : ويقتصر بالمصدر هنا هو البائع والواقع أن هذا الاختيار يحقق منفعة للبائع لأنه يعرفه أكثر من القوانين الأخرى ، لكن هذا لا يدفعنا إلى القول أن الوسيلة المثلى هي تطبيق قانون دولة البائع ذلك لأن معظم التشريعات تحمي المشتري أكثر من البائع ومن بينها القانون الفرنسي (2).

لكن هناك ملاحظة مهمة يجب ذكرها متعلقة بالحالة الأولى والثانية المتمثلة في ضرورة التدقيق في تحديد القانون المختار بحيث لا يمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي هو قانون دولة المشتري أو قانون دولة البائع كالقول أن القانون الذي ينظم عقد البيع الدولي هو القانون الجزائري الذي يقيم فيها المشتري أو يتمتع البائع بجنسيته.

كذلك الحل بالنسبة لعقد التوكيل التجاري الذي يربط بين المصدِر والوكيل التجاري (3) والتي يقوم فيها الممثل التجاري أجنبيا بأحد وظائف هذا المصدِر التي يكون عادة شركة كبيع أحد

(1) نصيرة بوجمعة سعدي : عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رسالة الدكتوراه 1987 ، جامعة الإسكندرية ، ص 403.

(2) A.Barelrier ,J.Duboin ,F.Duphil , N.Gevanda ,L. Grataloup ,G.Kuhn ,C.Levy ,J.Paveau, J.M.Sarhan : Pratique du commerce international, 15 e édition , les édition Foucher 1999,p.305.

(3) Ibid : p.638.

منتجاتها باسمها ولحسابها في دولة معينة ، بحيث يكون للأطراف حرية اختيار أحد القوانين التالية :

- قانون دولة الممثل التجاري .

- قانون مقر الشركة الرئيسي .

ثانيا - اختيار قانون أجنبي أو ما يعرف بقانون محايد : قد يحاول الأطراف تحاشي إذعائهم إذا طبق قانون وطني لأحد الأطراف مما يدفعهم إلى اختيار تطبيق قانون لا تنتمي إليه الطرفين ، وبذلك يعتبر اختيار صراحة قانون محايد يخضع له العقد ، كنتيجة حتمية لاستحالة اتفاق الأطراف على تعيين قانون لأحد الأطراف ذلك لأن تعيين قانون دولة أحدهما يشكل صعوبة في التوصل إلى اتفاق بشأنها(1).

ويشترط في القانون المحايد كما ذكرت سابقا توفر صلة بين القانون المختار وعناصر العقد كاختيار قانون دولة محل التنفيذ صراحة أو قانون دولة محل إبرام العقد ...، كل هذه الاحتمالات ترتبط بصفة وثيقة بالعقد والهدف الذي يسعى له مثل هذا الاختيار هو تحقيق نوع من الاستمرارية والتناسق الأكيد في العلاقة العقدية ، كما أن من مميزاته بأنه يضع كلا من الطرفين على قدم المساواة بحيث يستفيد كل من المتعاقدين بنفس المزايا ، ويتعرضان لنفس المساوى ، ولا يكون لأحدهما أن يخشى الطرف الآخر الذي يعرف القانون بطريقة أفضل .

فيقع على الأطراف تفصيل في هذا القانون الذي اختاروه ، من أجل الابتعاد عن احتمال عدم معرفة القاضي، وحتى المتعاقدين بهذا القانون ، فيجب أن يتولى القاضي مباشرة الفصل في النزاع مع مراعاة الرجوع للتفاصيل التي يضعها الأطراف من أجل التطبيق الأسلم لهذا القانون . ويتحقق كذلك هذا الاختيار مثلا في عقود التوكيل التجاري عن طريق اختيار الأطراف لقانون دولة التي يقوم به الممثل بعمله (exerce son activité) بشرط أن يقوم الممثل بتنفيذ العقد خارج دولته ، لأنه نفذه داخل دولته يتحقق بذلك حالة اختيار قانون دولة الممثل التجاري أي قانونه الوطني وليس الأجنبي .

ثالثا- اختيار الأطراف صراحة الرجوع إلى عقود نموذجية :لقد شاع في التجارة الدولية اختيار

(1) أنظر محمود الكيلاني : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، منشأة المعارف الإسكندرية 1989، ص 527

المتعاقدين صراحة الرجوع إلى قانون دولة تشتهر بتنظيمها لنوع معين من العقود ، أو ما يعرف "بالعقود النموذجية" (1) ، ويرجع سبب هذا الاختيار إلى حسن تنظيم هذا القانون للعقد المراد إبرامه ، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي ينظم عقود النقل والتأمين البحري وتجارة الحبوب (2).

لكن وكما نعلم أن ترك الحرية مطلقة للمتعاقدین يفتح الباب على مصراعيه للتحايل ولتفادي هذا أقرت المحكمة الفيدرالية السويسرية وحتى الولايات المتحدة الأمريكية على ضرورة توفر صلة بين العقد النموذجي التابع لدولة معينة ، هذه الصلة ليست بالعادة بل يجب توفر في القانون صلة وثيقة بالعقد (3) ، ولقد ذهب التشريع البولوني إلى أبعد من ذلك من خلال إحصائه للقوانين التي يمكن للأطراف اختيارها.

وأبرز دليل يمكن ذكره بشأن هذا القانون متعلق بأحقية المشتري والبائع في عقد البيع الدولي من اختيار قانون أجنبي لا ينتمي إليه الطرفان ، ويكون هذا القانون ينظم العقود النموذجية وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية (4) حول قضية عرضت عليها بتاريخ 19/2/1930 متعلقة بعقد بيع أيرم بين فرنسيين ، وموضوعه تصدير قمح من دولة أجنبية إلى فرنسا على أن العقد دوليا لتعلقه بمصالح التجارة الدولية ، إضافة إلى إمكانية رجوع المتعاقدين إلى قانون أجنبي لتنظيم العقد كالقانون الإنجليزي.

وبذلك يمكن القول أن العقود النموذجية تلعب دورا هاما في حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية ، وبذلك نظرا لشمولها للعديد من الأحكام التي من شأنها إنهاء النزاع .
أخيرا وقبل الانتهاء من دراسة الاختيار الصريح يجب التعرض إلى فكرة رفض الاعتراف بأحقية إرادة الأطراف في الاختيار الصريح، من رواد هذه الفكرة الأستاذ باتيفول حيث أهدر حق

(1) وتعرف عقود النموذجية: على أساس أنها مجموعة من القواعد والأحكام العامة لنوع معين من العقود وتكون شائعة التعامل.

(2) نحن في هذا الصدد لا نتكلم على العقود النموذجية ولادة الأعراف والعادات في بيئة معينة والتي تعتبر قواعد موضوعية خاصة بالعقود ، بل العقود التي تتول تنظيمها بعض الدول وتكون لها الدول صلة بالعقد ، فضلا على تحقيق محضوع العقد الدولي لقانون دولة معينة.

(3) Georg adolf Lang , op.cit , p.193.

(4) Cass.Civ 19 Fev 1930 et 27 Janv 1931 : S. 1933 ,1,p.41 Note Niboyet (Affaire Mardelé et Dambricourt).

المتعاقدين في الاختيار الإرادي لقانون العقد واعتبر أن دور الإرادة لم يكن إلا مساهمة فعالة في تركيز العقد ، وارتباط القضاء بتلك الإرادة ليس أكثر من ارتباطه بعنصر أساسي وهو "التركيز" (1) ، ويقصد بذلك في أن إرادة الأطراف الصريحة تقتصر على تركيز الرابطة العقدية في مكان معين .

وحسب هذه الفكرة يظهر دور القاضي جليا وليس دور الأطراف، ذلك لأنه تعود له السلطة التقديرية وتساعد في ذلك الإرادة، لكن هذا ليس على عمومته بل يمكن عدم الرجوع في بعض الحالات للإرادة حيث للقاضي الحق باستنساخ ذلك المركز من خلال معطيات أخرى، وقد تكون مغايرة للقانون الذي عينته الإرادة العقدية .

لكن هذا الرأي لم يدم طويلا نظرا لتشدده ومنحه للقاضي القدرة على إهدار الاختيار الصريح للقانون المطبق ، مما دفع إلى تراجع هذا المنطلق وسمح للإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود والمعاملات الدولية (2)، وأصبحت بذلك إرادة الأطراف الصريحة تلعب دورا أساسيا، ولو لم يكن موافقا لفكرة التركيز إذا توفرت الشروط السابقة الذكر ، إلى جانب الإرادة الضمنية التي لم يتفق الآراء حول إمكانية الأخذ بها .

الفرع الثاني : الإختيار الضمني

جرى العمل على خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة ، ولا صعوبة في الأمر إذا اختار المتعاقدان صراحة وبصفة واضحة قانون الذي يحكم عقدهما ، حيث يتعين على المحكمة المختصة أن تحسم المنازعة المعينة وفقا لأحكام ، أما إذا لم يحدد المتعاقدان صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهما ، في هذه الحالة يتعين على القاضي المعني ، أن يتصدى للكشف عن إرادتهما الضمنية في هذا الصدد ، مسترشدا في ذلك إلى محتوى العقد في حد ذاته إضافة إلى ظروف وملابسات التعاقد ، وهذا ما أقرته المحكمة الفيدرالية في سويسرا في حكمها الصادر

(1) هشام صادق : مرجع سبق ذكره ، ص 384.

(2) Cass .Civ I , 25Mars 1980 , JDI 1980, p.560 Note Kahn .
Rev .Crit .dip 1980 , p.576 ,Note Batiffol.

في 31 أوت 1953 (1)، إضافة إلى ما أقرته محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 21 فيفري 1975 (2).

وبذلك ففكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة بل هي موجودة لكن غير معلن عنها، وتظهر مهمة القاضي جلية في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد إنصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة هذا القانون المطبق على العقد التجاري الدولي (3).

والأمثلة كثيرة في هذا المجال منها :

- اتفاق الأطراف على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول ، فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود إرادة صريحة تحدد القانون المختص ماهو لإقرينة على انصراف إرادة الأطراف الضمنية إلى تطبيق قانون الدولة التي أعطي الاختصاص لمحاكمها ، إضافة أن إمكانية الأطراف للجوء إلى محكمة تحكيمية كائنة في دولة معينة (4) دليل على وجود إرادة ضمنية لتطبيق قانون هذه الدولة .

- كما أنه إذا قام الأطراف بالإشارة لنصوص قانون معين أو استخدامهم للاصطلاحات المقررة في هذا القانون ، قد يستفاد منها اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى تطبيق هذا القانون على العقد .

ويقتضي أن لا يترك للقاضي حرية مطلقة في الرجوع إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد ، وإنما عليه تحديد اختيار هذا مع توفر شرط أساسي وهو صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف ضمنيا والعقد أو المتعاقدان ، حيث لا يمكن للقاضي أن يستنتج من

(1) Rev .Crit.DIP1954 ,p. 799 " le droit applicable a un contrat resiule de la volonté expresse . ou tacite des parties...".

(2) C. cass Belgique 27/11/1974 ,et 21/2/1975 en Rev .Crit.DIP1976 , p.660:" a défaut du stipulation exepresse constatant de la volonté des parties , le juge peut , en cas de conflit de lois ,rechercher dans les éléments de la cause a quelle loi elles ont entendu soumettre leur engagement contractuelle".

(3) Pierre Mayer " op.Cit , p.468.

(4) هشام حائد : عقود الدولية الخاصة ، مجلة الحاماة المصرية 1991 السنة 71 ، العددان 1 و2 ، ص 105.

إرادة الضمنية للأطراف قانون دولة لا يمت بأي صلة بالعقد أو المتعاقدين ، ويساعده في ذلك جملة من القرائن، وهذه القرائن قد تكون مرتبطة بشخص المتعاقد كالجسدية المشتركة للأطراف أو إقامة الأطراف إضافة إلى قرائن شكلية في العقد ككتابة العقد المعني بلغة معينة أو إدماج بعض المصطلحات القانونية التي تنتمي لنظام قانوني معين .

لكن هذه القرائن احتياطية يأخذ بها في حالة الإرادة الغير معلن عنها ، ويفترض للأخذ بها أن يجتمع قريبتين أو ثلاث منها ، وهنا كذلك حاول الفقيه "باتيفول" فرض نظريته بإدخال فكرة تركيز العقد بحيث أقر أن الأطراف المتعاقدة هي التي تركز العقد، والقاضي يتولى استنتاج تركيز العقد وليس استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف(1).

لكن ما يلاحظ أن الاختيار الضمني لم يعترف به مباشرة مثله مثل الاختيار الصريح في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، بل كان محل نقاش بين الفقهاء بحيث كانت آراؤهم متضاربة فمنهم من كان ضد فكرة الاختيار الضمني وأغليتهم أخذت بأحقية الأطراف في تحديد قانون العقد ضمنيا .

ففيما يخص الرأي الأول : هناك جانب من الفقهاء اشترط لتطبيق قانون الإرادة في شأن العقود الدولية أن يعلن المتعاقدان عن اختيارهما لهذا القانون صراحة كدليل حي لا يدع مجال لتدخل القاضي وهو ما أخذت به بعض التشريعات الحديثة والتي لم تعتد إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد، أما في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فلا يصح للقاضي أن يبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية بالرجوع إلى قرائن ، بل تحديد قانون العقد يقوم به القاضي وذلك بالبحث على القانون الأوثق صلة بالرابطه العقدية لأنها تعتبر كإرادة مفترضة للأطراف، والذي سنحاول التفصيل فيها في حينها .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن قيام القاضي بتحديد القانون الأوثق صلة يعطي أمانا قانونيا أفضل من تخويل القاضي حرية البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين بالرجوع إلى قرائن موجودة في العقد أو خارج العقد، ذلك لأنه يمكن للقاضي ادعاء وجود قرائن غير معبر على إرادة

(1) أنظر ما سبق ذكره ص: 52.

الأطراف، إضافة أن مسألة تحديد القاضي للقانون الأوثق صلة يخضع لرقابة محكمة النقض وذلك منعا لتعسف القاضي بوضع قانون لا صلة له بالعقد التجاري الدولي أو يتم تطبيق قانون لم يتوقع الأطراف تطبيقه لسبب بسيط هو أنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية وبذلك يكون اختيار القاضي لقانون العقد مخالفا للواقع ولا يعبر على الإرادة الضمنية.

لكن العكس إذا قام القاضي بتحديد قانون العقد باعتبارها إرادة ضمنية للمتعاقدين هذا لا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض لأنه يستند إلى قرائن معدة سابقا من قبل الأطراف وتعتبر كإرادة ضمنية لهذا الأخير، وبذلك يمكن للقاضي التهرب من احتمال اختيار قانون غير ملائم مستترا وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية، بل تتولى محكمة النقض الرقابة على موضوع في حالة تشويه عناصر النزاع (1).

أما الرأي الثاني: فهو رأي أخذ حلا وسطيا بين الرأيين، وذلك باعترافه بأحقية القاضي بتحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي بالرجوع إلى الإرادة الضمنية للأطراف، لكن هذا الحق لم يعترف به بصفة مطلقة بل قيده هذا الرأي بوجود عناصر كافية تسمح بالاعتداد بها ولم تعد هذه العناصر على سبيل الحصر بل هي على سبيل المثال منها: قوة القاهرة، والاتفاقيات المعدلة للمسؤولية.

أما الرأي الأخير فهو الأكثر أهمية: ذلك لأنه يميل فيه الفقهاء بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، وهو يؤدي بالقاضي في حالة سكوت المتعاقدين في تحديد الصريح لقانون العقد إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد إذا أمكنه ذلك.

ومن ضمن هؤلاء الفقهاء: الفقه فليكس (foelix) الذي أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية، ويعتبر دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي بمجرد تفسير لإرادة المتعاقدين (2)، وجعل هذا التحديد منحصر في قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ المدعي وأن يكون الأطراف على علم بها، لكن ما يعاب على هذا الرأي هو إهداره للإرادة الصريحة، بحيث اعتبرها كاستثناء للإرادة الضمنية.

(1) Rogea Dayant : J. Class . D. C . 1959, Fas : 552-B , App art 1134-1135,p.3.

(2) Veronique Ranouil: op.cit , p.24.

كذلك الفقيه البلجيكي لوران Laurent : في كتابه القانون المدني الدولي ، الذي أقر أن التعبير عن الإرادة في مجال العقود الدولية يتم بطريقتين سواء تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً .
ولقد أعطى مفهوماً دقيقاً للإرادة الضمنية في تنازع القوانين من خلال قرائن قد تكون عامة (ذاتية) تستمد من الرابطة التعاقدية ذاتها ، أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد ، وهذا الرأي أخذ به القضاء الفرنسي والقانون المصري والذي تأثر بهما المشرع الجزائري مما دفعه بالأخذ بالإرادة الضمنية .

فيما يخص القضاء الفرنسي هناك دليل حي على موقفها والذي يعترف فيه بالاختيار الضمني قد صدر في 6 جويلية 1959 أقر بصريح العبارة ما يلي : "الأطراف هم الذين يحددون القانون المطبق على العقد سواء في تكوينه أو آثاره أو شروطه وفي غياب الإرادة الصريحة يتولى القاضي (قاضي الموضوع) تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بالرجوع إلى محتوى العقد أو ظروف الدعوى" .(1)

أما عن المشرع الجزائري فنلاحظ من خلال نص المادة 18 السابقة الذكر التي تفر ضابط الإسناد المتعلق بالعقود الدولية ، لكن ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عاماً بحيث أقر حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق دون أن يتولى تحديد أنواع هذا الاختيار، على عكس المشرع المصري في المادة 19 من قانونه المدني (2) الذي أخذ بالإرادة الصريحة وحتى الضمنية التي يستخلصها من الظروف .

وبذلك يمكن أن تتم عقود التجارة الدولية وتحدد فيها صراحة القانون الواجب التطبيق، على أن ذلك لا يمنع من أنه قد تطرأ حالات يكون فيها العقد خالياً من مثل هذا البند فالسؤال يطرح هنا إذا كانت هذه الحالة تدفع القاضي للبحث عن القانون الذي حددته الإرادة الضمنية للمتعاقدين أو أنه يجب أن يلجأ في ذلك مباشرة إلى تطبيق قانون محل الإبرام؟ ولقد اختلفت الآراء في هذا الشأن :

(1) Henri Batiffol : contrats et conventions , Ency .Dalloz DIP , p.566

(2) تنص المادة 19 من القانون المدني المصري : " يسري على التزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتشدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يفق المتعاقدين أو يبين من ظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه " .

- فمن الفقهاء من رأى ضرورة الرجوع إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وخاصة العقد التجاري الدولي ودليلهم في ذلك أن المادة 60 من القانون المدني (1) التي نصت على الأخذ بالإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الصريحة في إطار النظرية العامة للعقد.

أما الرأي الثاني : فيرى أخذ فقط بالإرادة الصريحة دون الرجوع إلى الإرادة الضمنية ويرجعون سبب ذلك أن المبرر الذي اعتمد من قبل الرأي الأول ليس له أساس قانوني لأن المادة 60 السابقة الذكر تقتصر على العقود الداخلية فقط ولا تطبق بذلك على العقود الدولية وحتى عقود التجارة الدولية .

أما الفريق الثالث :ترك المسألة رهينة بموقف القضاء ، لأنه هو وحده في نظره الذي تكون له كافة الفصل في هذا الموضوع الشائك (2) ، لكن هذا الرأي منتقد ذلك لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية التي تكون موجودة نظرا للسلطة التي قد تمنح له وفقا لهذا الرأي ، لذلك فرأينا في ذلك أن وجود النص عام يقر بخضوع العقد لحرية الاختيار دون تحديد نوع هذا الاختيار يجب أن يفهم على عموميته بحيث يأخذ في هذا النص بالاختيار الصريح والضمني معا ، وفي حالة سكوت الأطراف كليا يرجع إلى قانون محل الإبرام في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.

وبعد أن يختار المتعاقدان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي تأتي مرحلة تطبيقه على هذه العلاقة من قبل المتعاقدين إذا لم يكن مستبعدا، ويكون مستبعدا إذا هذا القانون يتوفر فيه أحد الدفعين.

(1) تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري أن : "التعبير عن الإرادة يكون بالنظر ، والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون بإثبات موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

(2) جبار محمد : مرجع سبق ذكره ، ص 183.

الفصل الثاني

تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين

يعتبر قانون الإرادة من الموضوعات الهامة في القانون الدولي الخاص بوصفه القواعد القانونية التي يتم من خلاله معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة ، و بالتالي هذه المسألة تقر أن تطبيق هذا المبدأ لا يكون إلا إذا اتصف العقد بالطابع الدولي (1)، والتي تكون بالضرورة خاضعة لأكثر من نظام قانوني.

لكن مسألة تطبيق هذا المبدأ على العقد التجاري الدولي يفرض علينا تحديد هذا القانون بصفة دقيقة من أجل عدم الوقوع في لبس ، لأنه ليس كل اختيار من قبل الأطراف المتعاقدة تتطابق فيه صفة القانون ، فهناك حالات لا يأخذ فيها بهذا الاختيار لعدم توفر هذه الصفة ، مع إضافة إلى وجود حالات أخرى يستبعد فيها هذا الاختيار حتى ولو كان الاختيار الذي قام به المتعاقدان قد وقع على قانون داخلي لدولة معينة.

(1) Jean Dabin : Le contrat économique international -stabilité et évolution- , Travaux des journées d'études juridique, p.23

المبحث الأول

تحديد القانون المختار ونطاقه

إن مجال تطبيق المبدأ المعترف به في عقود التجارة الدولية الذي على أساسه يحدد القانون المطبق متوقف على محل الاختيار ، لذلك يجب على القاضي قبل النظر في القضية المعروضة عليه التأكد من وقوع الاختيار على قانون دولة معينة ، مما يدفعنا إلى التساؤل حول كيفية تعامل القاضي المحلي مع القانون الأجنبي المختار فهل يعامل كواقعة أو قانون بمعنى الكلمة ؟ .
كما أن دراسة القانون المختار في حد ذاته يؤدي بنا إلى تناول المسائل التي ينظمها هذا الأخير ذلك لأن المبدأ المعروف يقع تطبيقه على الشروط الموضوعية للعقد التجاري الدولي دون شروطه الشكلية سواء فيما يخص أركان هذا العقد وشروط صحته ، كما أنه يحكم آثاره ، وبذلك يتقرر أنه لا سلطان للقانون المختار على الجوانب الشكلية للعقد التجاري الدولي.

المطلب الأول : تحديد القانون المختار

تتطلب دراسة القانون المختار تحديد المكان الذي يتمركز فيها هذا القانون والذي يتجاوز في بعض الحالات حدود دولة معينة ليشمل قوانين عدة دول أو قانون دولة تبطل العقد ، إضافة إلى تحديد المرحلة الزمنية التي يمكن للمتعاقدين القيام بهذا الاختيار.

الفرع الأول : تحديد القانون المختار من حيث المكان

رغم أن حرية الاختيار لها مكانة كبيرة في عقود التجارة الدولية ، لكن ليس إلى درجة يمكن فيها للأطراف أن يتفقوا على أن يخضع عقدهم لقواعد غير صادرة عن سلطة تشريعية نظرا لألها تتعارض مع قانون دولة تنفيذ العقد أو دولة إبرامه ، فالنصوص المتعلقة بتنازع القوانين عندما تقتضي تطبيق قانون معين يقصد به القانون الداخلي لدولة معينة ، الصادر عن السلطة التشريعية لهذه الأخيرة ، ولكي تكون للدولة هذه الصفة يجب أن تتمتع بالسيادة

إضافة إلى شروط موحدة في القانون الدولي العام التي على أساسها يحدد صفة الدولة التي يكون القانون المختار تابعا لها.

وهذا المبدأ استقر عليه الاجتهاد القضائي من خلال محكمة النقض الفرنسية في القضية المشهورة السابقة الذكر (1) والتي تم الإقرار فيها : " أن كل عقد يخضع حتما إلى قانون دولة معينة " ، ولم يقف ذلك عند الاجتهاد القضائي بل نصت عليه بعد ذلك العديد من الأنظمة القانونية و من ضمنها القانون الجزائري في نص المادة 18 بقوله : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " ، فمن خلال هذا النص تبني المشرع ما أخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال تطبيق على الالتزامات التعاقدية القانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان أو قانون دولة إبرام العقد.

ولقد لقي هذا الموضوع عناية خاصة أثناء وضع مشاريع تقنين القانون الدولي الخاص في فرنسا من قبل الفقهاء ومن بينهم الفقيه "باتيفول" (2) ويظهر ذلك من خلال المادة 7 من المشروع التمهيدي الثاني والمادة 2313 من المشروع التمهيدي الثالث بقولهما أن : " العقد ذا الطابع الدولي و الإلتزامات المتولدة عنه ، يخضع للقانون الداخلي للدولة ما وهو القانون الذي يختاره أطراف التعاقد صراحة أو ضمنا " (3).

وهنا يجب التعرض إلى مسألة غاية في الأهمية متعلقة بمعاملة القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد التنازع ، فالحقيقة أن القانون المختار من قبل المتعاقدين ليحكم العقد التجاري الدولي يعامل معاملة الواقعة (4) ، رغم أنه في الدولة التي أصدرته يعامل معاملة القانون ، فبذلك ينكر القاضي الصفة القانونية له مع أنه يطبقه نظرا لأن هذا الأخير لا يعطي صفة قانون إلا إذا تم نشره في الجريدة الرسمية ، ويتمكن على إثر النشر أن يلزم بمحتوى هذا القانون .

(1) تعرف هذه القضية بالإرسالات البحرية (Messagerie Maritime) التي صدر الحكم فيها في تاريخ 21 جوان 1950 ، راجع في ذلك ص : 41.

(2) Henri Batiffol : Rev crit D.I.P 1970 , p.833.

(3) Les contrats presentant un caractère international et les obligations qui en resultent , sont soumis a la loi interne de l'Etat designé expressement par les parties contractantes

(4) H.Batiffol , P.Lagarde , op.cit, p.374.

و إضافة للقانون هناك اتفاقيات : اتفاقية فينا الصادرة في 11 أبريل 1980 و التي دخلت حيز التنفيذ في جانفي 1988 المتعلقة بعقود البيع الدولي (1) رغم وجود اتفاقيات أخرى دولية تنظم هذه العقود إلا أن هذه الاتفاقية تعتبر أحسن مثال ويرجع السبب إلى :

- أنها تتعلق بعقود البيع وتطبق مباشرة كحلول موضوعية على التبادل الدولي .

- تتمتع الاتفاقية بالطابع العالمي لإنشائها تحت رعاية هيئة الأمم المتحدة عكس اتفاقية لاهاي لسنة 1964 التي تنظم عقد بيع المنقولات المالية وتميز بالوطنية لأنها تتعلق بالمجموعة الأوروبية .

- تم استخراج قواعدها من تشريعات وطنية مختلفة .

- أعطت طريقة خاصة لتوحيد القانون المتعلق بعقد البيع الدولي ، بحيث تعطي قواعد موحدة كل مرة يعرض عليها مسألة بيع البضائع .

وبذلك فمن المتعاقدين من يفضل الرجوع إلى اتفاقية التي يمكن على أساسها تنظيم العقد التجاري، وفقا لنصوصها ولقد أدرج بعض الفقهاء هذا الاختيار ضمن اختيار قانون محايد (2)، وتظهر جلية هذه المسألة عندما يكون أحد المتعاقدين تابعاً لدولة صادقت على هذه الاتفاقية.

كما أن تقرير المبدأ السابق لا يدفعنا إلى القول أن يخضع العقد لقانون واحد ، بل مصطلح قانون قد يشمل اختيار المتعاقدين لأكثر من قانون واحد ، كما يشمل كذلك القانون الذي يكون في بعض الأحيان يبطل العقد.

أولاً - اختيار قوانين متعددة تابعة لدول مختلفة من أجل حكم العقد التجاري الدولي : قد يشمل القانون المختار عدة قوانين من خلالها يختار الأطراف قواعد قانونية تابعة لتشريعات داخلية مختلفة وهذه المسألة لم يتنبه لها المشرع في المادة 18 ولم يذكر فيها إمكانية الرجوع إلى قوانين مختلفة لتنظيم الشروط الموضوعية للعقد من قبل المتعاقدان رغم أنه ذكر في المادة 19 إمكانية تجزئة العقد من حيث شروطه الموضوعية وشروطه الشكلية ، فنصت على أنه : " يخضع العقود ما

(1) هذه الإتفاقية لم تنظم إليها الجزائر ، لكن هذا لا يمنع المعاهد الجزائري من أن يتفق مع المعاهد أحر على إجبارها لطبق على علاقتهم التعاقدية الدولية تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة .

(2) A . Bartier , J .Duboin , F .Duphil , N .Gevandan - Contal , L . Grataloup , G.Kahn , C.Levy , J.M.Sarhan ,op.cit ,p.311

بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين " .

ومقارنة المادة 18 بالمادة 19 : فإنه وفقا للمادة الأولى يمكن للمتعاقدين إخضاع شروط الموضوعية لقانون يختارانه وقد يكون هذا القانون غير تابع لدولة إبرام العقد ، أما الشروط الشكلية فتخضع لقانون بلد الإبرام كقاعدة عامة وفقا للمادة 19 وبذلك تتحقق في بعض حالات تجزئة العقد، وربما يرجع السبب لعدم التطرق لها من قبل المشرع الجزائري إلى أن هذا الاختيار كان محل نقاش وأدى إلى وجود رأيين مختلفين:

-الرأي الأول : يقتضي أنه لا يترك للإرادة حرية إخضاع العلاقة العقدية الواحدة لأكثر من قانون كإخضاع كل من تكوين العقد وآثاره، وزواله إلى قوانين مختلفة ولو توفرت الصلة بين كل من تلك العناصر والقوانين المختارة.

ذلك راجع لوحدة شروط العقد (1) ، فالعقد هو عملية قانونية واحدة لا يقبل تجزئتها ، فهو يتناول عمل قانوني متجانس فيما بين عناصره ، كما أنه يحقق الانسجام في النظرة إلى الإرادة ، ويجنب من مخاطر اعتبار أن العقد هو مجرد عمل إرادي تعود للإرادة انتقاء أي قانون يحقق مصالحها الذاتية ، ويمكن للأطراف على إثره التهرب من الأحكام الأمرة في القانون المختار.

-أما الرأي الثاني : فهو يرى أنه يمكن للأطراف اختيار أكثر من قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية، حيث يرفض هذا الرأي فكرة وجود قانون موحد يطبق على العقد، بل لا يخضع عناصر صحة العقد وكذلك آثاره إلى قانون واحد أي يجب إخضاع كل عنصر إلى القانون الذي يلائمه(2)، ويرى هذا الرأي أنه في حالة إذا كان القانون المختار يحتوي على نصوص مكملة فقط ، لا يوجد مانع من رجوع الأطراف إلى قانون آخر لأخذ بعض النصوص الأمرة التي تعد مهمة وهذا القانون يعتبر بمثابة شرط تعاقدية.

لكن هذا الرأي الأخير تعرض للنقد : لأن إعتبار النصوص الأمرة مجرد شروط تعاقدية

(1) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مرجع سبق ذكره ، ص:361

(2)-Royea Dayant :J.Class .D.C 1953 Fasicule 1 , p.11.

يتنافى مع المبدأ المعروف قضاءً والذي أكدته محكمة النقض كما سبق تبيانه : "أن العقد الدولي دائماً مرتبط بقانون دولة" (1).

و في رأينا أنه لا يجوز للمتعاقدين تجزئة العقد و إخضاع كل عنصر منه إلى قانون مختلف ، إلا أن هذا التعدد في القوانين يصبح ممكناً ومعقولاً عندما يكون له أساس موضوعي ، كأن تكون العلاقة العقدية موضوع النزاع هي بذاتها علاقة مركبة فتقبل التجزئة دون أن يؤثر ذلك على تجانس العقد ، والمثال الأكثر ملاءمة لهذه الفكرة هو العقد الذي يكون موضوعه في أن واحد بيع آلات معقدة مع الوعد بالمساعدة الفنية والتقنية للطرف الآخر ، فيمكن إخضاع عقد البيع إلى قانون دولة البائع مثلاً أما الوعد بالمساعدة إلى قانون آخر (2).

كما يمكن توفر إمكانية اختيار أكثر من قانون : في حالة إذا تم تسليم في دولة مختلفة مع توفر شروط القبول بالتجزئة والمتمثلة في :

1- أن لا يكون الهدف من التجزئة تجنب الأحكام الموجودة في القانون المختص من أجل منع التهرب من القواعد الأمرة .

2- وأن تكون عناصر تلك العلاقة بطبيعتها تتطلب التجزئة .

أما الاجتهاد القضائي ، فلقد أخذ بهذا المعيار وأقر بإمكانية الأطراف إخضاع علاقتهم التعاقدية لعدة قوانين ، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة قرارات من ضمنها قرار صدر في 03 مارس 1924 (3) المتعلق ببيع كمية من الأرز أقر فيها القاضي بعد تفسيره لإرادة الأطراف إخضاع عناصر العقد إلى عدة قوانين (4) ، وهناك عدة قرارات حديثة أكدت نفس الشيء من ضمن القرار الصادر في 11 ديسمبر 1984 (5).

ثانياً- اختيار قانون يظل العقد التجاري الدولي: هناك حالات لا يتنبه فيها

(1) أنظر ما ذكر في الاجتياز التجاري و الانتقادات التي وجهت لاعتبار القانون المختار مجرد شرط تعاقدي ص 43 وما بعدها .

(2) سامي بلديع منصور ، مرجع سبق ذكره ، ص: 497

(3) Cass.Req 3 Mars 1924 : S . 1924,1 , p. 252 ; Clunet 1926 p.349.

(4) Rogea-Dayant , J.C.L .P. D.C Fas :3 App .Art 1134-1135 p. 7.

(5) Cass .Civ . 1 , 11 Decembre 1984.JDI1985 ,p. 945 note PH.Kahn.

الأطراف عند اختيارهم لقانون يحكم العقد ويكون هذا الأخير يبطل العقد أو يبطل الشرط الذي يعتبر أساسيا للأطراف عند تعاقدهم أرادوا أن يكون العقد صحيحا؟.

أغلبية ما اتجه له القضاء وحتى الفقهاء هو أن الإبطال لا يمكن تصوره و لا قبوله (1) ، رغم إحترامهم لإرادة الأطراف الذي أخذت بالقانون الذي يبطل العقد، ومبررهم لذلك أن العقد وجد من أن يكون صحيحا ومنتجا لآثاره ، وهذا ما أكدته قرار صدر في 5 ديسمبر 1910 وتم على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ، والمتمثل في القانون الفرنسي، بدلا من قانون محل الإبرام الذي اختاره الأطراف، وهو القانون الأمريكي، ذلك لأن هذا الأخير أبطل شرطا أساسيا في العقد والذي لا يقوم العقد من دونه.

لكن هذا لم يمنع في بعض القضايا من إبطال العقد نتيجة لتطبيق القانون المختار من الناحية العملية حيث أقرت ذلك محكمة النقض في حكم صدر في 25 أكتوبر 1989 (2) وكانت الجزائر طرفا فيه ، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في عقد أبرم بين مؤسسة فرنسية والجزائر وكان موضوعه تصدير اللحم لهذه الأخيرة ،لكن بعد أيام أبرمت نفس المؤسسة عقد وساطة مع شركة سويسرية في شأن الاتفاق الأول بمقتضاه تحصل الشركة السويسرية على عمولة تقدر ب 4% من مقدار الصفقة كمقابل لهذه الوساطة.

فحدث نزاع نتيجة للعقد الثاني فأقرت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد هو خاضع للقانون الجزائري نظرا لأن الأداء المميز تم في الجزائر، وتطبيقا لهذا القانون فإن عقد وساطة يعتبر باطلا نظرا لاحتكار الدولة للتجارة الدولية، وبذلك أبطل عقد الوساطة نظرا لتطبيق القانون المختار ، لكن في هذه القضية لم يتم إبطال العقد الأصلي عند تطبيق القانون المختار بل بقي صحيحا ومنتجا لآثاره لذلك فالقضاء لا يزال متمسكا باستحالة إبطال العقد ، وهنا يظهر دور القاضي حليا في البحث عن القانون المناسب رجوعا إلى إرادة المتعاقدين في العقد من أجل عدم إبطال العقد ، حيث أكد على ذلك القانون المقارن من خلال إقراره على ضرورة البحث عن النية

(1) Pierre Mayer , op.cit p.463

(2) Patrick Courbe , Rev .Crit .DIP 1990 ,p732 .

الحقيقية للمتعاقدين .

لكن هناك حالات أخرى يتم فيها تعيين الأطراف لقانونين ليحكم العقد التجاري الدولي أحدهما ينظم هذه العلاقة التعاقدية ويعتبر فيها العقد صحيحا ، أما القانون الثاني فيعتبر فيها العقد باطلا، وهذه الحالة قد فضل فيها القضاء الفرنسي تطبيق القانون الذي يصحح العقد بحيث أقر أنه إذا اتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت، وكان قانون أحدهما يقتضي بطلانه خلافا للقانون الآخر ، فإن الأقرب إلى طبيعة الأمور هو تطبيق القانون الذي يصحح العقد (1) ، فقد يبدو من المنطقي تطبيق قانون الدولة الأولى باعتباره القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم علاقتهم التعاقدية، والملاحظ أن هذا الحكم لم يناوله القانون المدني الجزائري من خلال المادة 18 ولا يوجد اجتهاد قضائي في هذا الشأن.

الفرع الثاني : تحديد القانون المختار من حيث الزمان

إن الاعتراف بدولية العقد ما هو إلا إقرار لكفاءات غير موجودة في العقد الداخلي ، و من ضمن هذه الكفاءات حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، ويتم هذا الاختيار بالطريقة الصريحة بحيث يذكر في العقد صراحة من قبل المتعاقدين أو بطريقة ضمنية يستنتجها القاضي من ظروف وملابسات التعاقد ، ولكي يحدد في العقد التجاري الدولي يجب أن يختار قبل إبرام العقد ، لذلك تظهر أهمية التحديد الزماني لحق المتعاقدين في اختيار هذا القانون رغم أن نص المادة 18 من القانون المدني جاءت عامة ولم تذكر الوقت الذي يختار فيه المتعاقدان القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية .

والقاعدة العامة أن اختيار المتعاقدين يكون مسبقا على إبرام العقد التجاري الدولي وهذا ما يحدث أكثر في العقود التي تبرمها الدولة سواء باعتبارها شخصا من القانون الدولي الخاص أو العام ذلك لأن إبرام العقد يكون كمرحلة أخيرة بعد إجراء مفاوضات (2) على إثرها يتفاوض الأطراف

(1) هشام سادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، القاهرة 1974 م : 655

الذي أشار إلى حكم منشور في Rep. de Droit international الجزء الأول 1968 الصفحة 567 والصادر في 13 أبريل 1960 .

(2) راجع في ذلك ما سيذكر حول المفاوضات في عقود التجارة الدولية ص 77.

لتحديد القانون المطبق دون الرجوع إلى قانون آخر بعد المفاوضات ، فعملياً مسألة تغيير القانون لاحقاً ليست مطروحة عندما تكون الدولة طرفاً في العلاقة العقدية .

فإذا تعاملت كشخص من أشخاص القانون الخاص يمكنها أن تختار قانون الدولة المتعاقدة أو قانون الطرف الآخر، أو قانون دولة أخرى اتفق على تطبيق قانونها على العقد أو طبقاً لقواعد أرشدت عنها قواعد تنازع القوانين (1) على إثر مفاوضات لكن قد تضع الدولة تعليمة وزارية كما فعلت الجزائر تفرض فيها على المؤسسة الوطنية العمومية بأن تفرض تطبيق القانون الجزائري على كل عقد تبرمه، وأصبحت هذه قاعدة إجبارية يجب احترامها ليست فقط في العقود التي تكون تبرمها الدولة ، كشخص من أشخاص القانون العام كالعقود التي تكون محلها متعلقاً بثروات طبيعية من بينها البترول .

ومن مميزات الاختيار الذي يقع قبل إبرام العقد أنه يحقق للمتعاقدين شرط العلم من البداية بالقانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية لكي يحدد محتواه فيكفل لهم تسهيل التنفيذ ، مثلاً إذا كان القانون المختار قانون دولة التنفيذ، و يمكن للمتعاقدين العلم بهذا القانون من حيث وسائل التنفيذ المقترحة من هذا القانون منعا لمفجاعات التي تحدث بعد إبرام العقد وتضر بمصالح الطرفين.

لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات يتم فيها الاختيار المتأخر للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي ، وبعد هذا الاختيار عكس السابق الذي يتم قبل التعاقد ، لأنه يتم بعد الإبرام النهائي للعقد ، كما أنه يشترط لتحقيقه أن لا تكون الدولة طرفاً في العلاقة العقدية إضافة إلى أنه يتم ذلك كحالة استثنائية ، نظراً لأن المتعاقدين سواء كانت دولة أو أشخاص يبرمون العقد بعد مفاوضات و لا يمكنهم تغيير بعد ذلك القانون المختص إلا في حالة استثنائية عندما يكون المتعاقدان أشخاصاً وليس دولة .

ويعود التأخر من قبل المتعاقدين إلى عدة أسباب من ضمنها :

(1) أحمد عبد الفناح الشلماني ، الحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة العدد الرابع طبعه 1966 ، ص 82 .

- 1- عدم تفكير الأطراف على حسم مسألة تحديد القانون المطبق.
 - 2- عدم توصل المتعاقدين لاتفاق مشترك على القانون قبل إبرام العقد النهائي .
 - 3- أن المتعاقدين قد اختارا هذا القانون قبل إبرام العقد بطريقة ضمنية رغم أنه يتطلب نوعية العقد المبرم أن يتم الاختيار صراحة(1).
 - 4- تغيير القانون الذي اختاره المتعاقدان قبل إبرام العقد ليحل محله قانون آخر هو المختص لحكم العلاقة العقدية ، لتمتع الأطراف بحق تعديل في أي وقت .(2)
- وكلّ من السبب الأول والثاني المتعاقدان لا يكونا قد اختارا القانون قبل إبرام العقد أما السبب الثالث والرابع فالتعاقدان قد اختارا قانون قبل إبرام العقد لكن قاما بعد ذلك بتعديل هذا الاختيار وذلك بتحديد قانون آخر ليحكم العلاقة التعاقدية كما حدث في السبب الرابع أو لأنه لم يعترف لهم بالاختيار الذي تم قبل إبرام العقد لعدم القيام به صراحة ، لذلك تقسم هذه الأسباب إلى قسمين :

القسم الأول : يشمل حالات عدم وجود اختيار مسبق قبل إبرام العقد .
إن إدخال هذه الحالة ضمن الاختيار اللاحق للقانون يعود إلى تنبه بعد إبرام العقد لهذه المسألة، وحلها يحاول كلا الطرفين حسمها عن طريق اختيار قانون ملائم الذي يتم على إثره تقريب وجهات النظر لإيجاد اتفاق مشترك يخدم مصالح كلا المتعاقدين ، كما أن هذا لا يدفعنا إلى القول أن شرط العلم بالقانون المختار غير موجود لأنه نتيجة منطقية لشرط وجود الصلة الذي يجب توفره في القانون الذي يختاره المتعاقدان بعد إبرام العقد ، فكما ذكرنا سابقا أنه عند بحث المتعاقدين عن قانون له صلة بالعقد يحاولان إيجاد قانون يخدم مصالحهما ولكي يتمكننا من ذلك يفترض فيهم العلم.

وما يعاب على هذه الحالة أنها تؤدي إلى عدم الاهتمام بما يتوقعه المتعاقدان أنفسهم وحتى القاضي ، لأنهما لم يختارا القانون مسبقا و يؤدي هذا بالضرورة إلى تعديل القانون الذي كان من

(1) Patrick Courbe , J .Class .D .Com , Fas :335 , p.12 .

(2) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص (الأردني والفران) ، مكتبة دار الثقافة و النشر والتوزيع ، ط 1998 ، ص 167.

المحتمل أن يطبقه القاضي على حالة سكوت الأطراف التي يوجد فيها اختيار سابق قبل إبرام العقد .

القسم الثاني : يتعلق بالحالات التي يوجد اختيار سابق قبل إبرام العقد .

يشمل الاختيار اللاحق للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي إضافة إلى عدم وجود اختيار مسبق قبل إبرام العقد ، حالات يكون هناك اختيار سابق قبل إبرام العقد يتبعه اختيار آخر بعد إبرام العقد(1) يعدل من الاختيار السابق أو يبطله بحيث يعتبر القانون المختار لاحقا هو المختص لحكم العلاقة العقدية .

وهذه المسألة لاقت مناقشات عديدة من قبل الفقه والقضاء ، ولقد ترددت القوانين الأجنبية حول الأخذ بالاختيار اللاحق ، مما دفع إلى انقسام الآراء حول مسألة تغيير القانون المختار بعد إبرام العقد بين مؤيد و معارض .

-الآراء المؤيدة : من ضمن هذه الآراء المؤيدة رأي القضاء الفرنسي من خلال أحكامه القضائية التي على إثرها حول للمتعاقدين اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة ويظهر ذلك جليا من خلال حكم صدر بتاريخ 1975/1/29(2) .

فإضافة إلى القضاء الفرنسي كان الاجتهاد القضائي لعدة دول أكثر وضوحا في حسم هذه المسألة، حيث يظهر من خلال أحكام المحكمة الفيدرالية السويسرية على تأكيد حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق الذي يتم إما نتيجة لتناسي الأطراف عن هذا الاختيار أو تغيير القانون المختار الذي كان مختصا مسبقا، ولقد سار في هذا الدرب القضاء الألماني(3) .

أما فيما يخص رأي الفقه في مجمله يميل إلى هذا الرأي ويعتبره كتمديد مهم لمبدأ سلطان الإرادة إلى ما بعد إبرام العقد لكن دون المساس بالحقوق التي اكتسبها الغير وفقا للقانون السابق ، وتبريرهم في ذلك أن الدور المنشأ الذي يتمتع به إرادة الأطراف يشمل بطبيعة الحال سلطة تعديل ما تم بإرادة الأطراف اختياره ، وهذا يتضمن بالضرورة تغيير للقانون الذي كان مختصا عند

(1)-Pierre Mayer ,op.cit p.467

(2)- Cass .Civ , 1,29 Janvier 1975 , voir Henri Batiffol , Rev .Crit .DIP 1976, p.338.

(3)Tomas -Zezski , La désignation , postérieure a la conclusion du contrat , De la loi qui le régi , Rev .Crit .DIP 1972 ,p. 567.

التعاقد، لكن دون أن يكون للقانون المعدل أثر رجعي على حقوق الغير، بل هذا الأثر يكون فقط على المتعاقدين .

ولقد جعل الفقه من التعديلات الناتجة عن الاختيار الصريح أو الضمني خاضعا لنفس القواعد التي كانت تحكم الاختيار الذي تم قبل إبرام العقد (1) ، كتحقيدها بالنظام العام واشتراط عدم وجود تحايل على القانون .

-أما الرأي المعارض: فأخذت به محاكم النقض الإيطالية صراحة ويظهر ذلك من خلال رفضها لهذا الاختيار في قرار صدر في تاريخ 1966/6/28 (2) ، وأكدت فيه على ضرورة أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي أو قبل ذلك في مرحلة المفاوضات، ولا يمكن منح المتعاقدين سلطة اختيار بعد إبرام العقد.

وبذلك وحسب هذا الرأي فإنه لا يجوز اختيار قانون العقد بعد إبرام العقد ، و في حالة القيام بهذا الاختيار رغم منعهم من ذلك فإنه لا يأخذ به و يعد باطلا ، بل يبقى القانون الأول هو المختص نتيجة لسكوت الأطراف عن ذلك ، كما يمكن إدخال في هذا الرأي دول الكومنولث لأنها لم تحسم هذه المسألة نظرا لتردها في هذا الشأن .

لكن نحن نرى غير ذلك بحيث لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من اختيار القانون المطبق على العقد بعد إبرامه ذلك لأن العقد هو نتاج إرادة حرة ومن ضمن نتائج هذه الإرادة حرية اختيار القانون المطبق دون أن يفرض عليها أن يتم اختياره متزامناً مع العقد الأصلي .

- هناك مسألة يجب التعرض إليها في هذا الشأن حول إمكانية التحديد الزمني لحق المتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون أو بمعنى آخر هل اعتراف للمتعاقدين بحقهم في الاختيار بعد إبرام العقد يشمل كذلك المرحلة التي يكون النزاع مطروحاً أمام القضاء ؟

- وهل يأخذ القضاء بمثل هذا الاختيار اللاحق لهذا القانون ؟.

(1)-Marie Niboyer -Hoegy , J. Class .D .Int 1993 , Fas 552-2 ,op.cit , p. 13 .

(2)-Ibid p.13 ; Arrêt 28 Juin 1966 , J.D.I 1968 , p.377 .

و الإجابة تكون بنعم حيث يمكن للمتعاقدين اختيار قانون في مرحلة متأخرة قد تصل في بعض الأحيان حتى بعد طرح النزاع الذي نشأ بين المتعاقدين حول العقد إلى المحكمة سواء كانت المحكمة تحكيمية أو محكمة وطنية ، و لقد أيدت هذا الرأي محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صدر في تاريخ 18/11/1959(1) .

ولقد اشترط القضاء، وخاصة القضاء السويسري من خلال أحكام المحكمة الفيدرالية أثناء تأكيده لحق المتعاقدين الاختيار اللاحق حتى بعد طرح النزاع توفر شرطين :

الشرط الأول - أن يكون كل من المتعاقدين مدركا لحقيقة الاتفاق وآثاره .

الشرط الثاني - أن تكون هذه المحكمة من محاكم الموضوع و يقصد بهذا الشرط أن لا يتم الاختيار اللاحق لقانون في مرحلة تالية على الفصل في النزاع ، ولقد برر كلا من القضاءين ذلك على أنه إذا كان قضاة الموضوع قد استخلصوا من ظروف التعاقد الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون معين وفصلوا على أساسها أو قاموا بالفصل وفقا للقانون الأول قبل تغييره ، فلا يعاب عليهما عدم تطبيق قانون الإرادة لأحدهما لم يأخذا بالاختيار اللاحق الذي تم متأخرا بعد الفصل في النزاع .

ووفقا لهذا الشرط فإن التعديل يكون ساري المفعول إذا تم في مرحلة لا تتعدى الفصل في النزاع، ولقد أخذت كذلك محكمة النقض الفرنسية بهذا الشرط من خلال الحكم السابق الذكر الصادر بتاريخ 29/1/1975.

وبذلك يكون من حق المتعاقدين اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي ، سواء تم هذا الاختيار عند التعاقد، أو في مرحلة لاحقة عن التعاقد، كما أن من حقهم تعديل القانون الذي إختاراه قبل إبرام العقد مع تحفظ على عدم المساس بالحقوق التي اكتسبها الغير وفقا للنطاق المحدد له.

(1)-Henri Batiffol :Rev .Crit .DIP 1960 , p. 83 .

المطلب الثاني : نطاق قانون المختار

من ضمن الجوانب الموضوعية التي يتولى القانون الذي اختاره المتعاقدان تنظيمها في العقد التجاري الدولي تكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية من تراضي و محل وسبب، إضافة إلى ما يرتبه هذا العقد من آثار .

الفرع الأول : تكوين العقد

العقد التجاري الدولي هو في أساس عقد يتم بتراضي ، بمجرد التقاء إرادتين وتطابقهم حول محل معين من أجل تحقيق هدف معين وهو السبب .
و كما نعلم أن التراضي هو ركن أساسي في العقد بصفة عامة لا يوجد هناك عقد بدون اتفاق ذوي الشأن ، والعقد يعتمد في وجوده على إرادتين متقابلتين بحيث يصدر الإيجاب الأول ثم يقابله و يتبعه قبول مطابق فيعقد عقد التجارة الدولية .
لكن نجد حالات مرتبطة بالرضا جديرة بالذكر و المتمثلة في المفاوضات في عقود التجارة الدولية، بحيث يسبق في غالب الأحيان إبرام هذه العقود مباحثات ، و يكون إبرام هذا العقد كخاتمة لمفاوضات قد تكون طويلة تقرب طرفا العقد أحدهما للآخر شيئاً فشيئاً لتنتهي بتراضهما عليه ، و تتم على إثرها مناقشات حول شروط العقد المراد إبرامه من ضمنها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية .

و بذلك تجري المفاوضات و تختلف مضمونها باختلاف نوع العقد المراد إبرامه و السبب يرجع إلى إفراز العمل الدولي لمجموعة من العقود، و الإتفاقات قد يتجاوز عدد أطرافها العشرة أطراف ، بحيث لا توجد إرادتان متقابلتان ، بل توجد عدة إرادات مستقلة متقابلة تتجه جميعها نحو إحداث ذات الأثر القانوني ألا وهو إبرام العقد المتفاوض في شأنه (1) ، وتظهر

(1) - هانسي صلاح سرى الدين ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة في القانون المصري والإنجليزي ، مجلة إشهاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الرابع ، ط 1996 ، ص 04.

أهمية هذه المفاوضات من خلال ما تنشأه هذه المرحلة من اتفاقات تعاقدية ملزمة رغم أنها سابقة على تكوين العقد النهائي لكنها تهدف إلى تنظيم عملية التفاوض ذاتها وضبط مسؤولية أطراف المفاوضات الذي تكون مسؤولية تعاقدية وليست تقصيرية، عكس الأنواع الأخرى من الاتفاقات الموجودة في هذه المرحلة كالاتفاقات التمهيدية⁽¹⁾ التي تعد أن يكون عملاً مادياً لا يترتب عليه أية آثار تعاقدية بحيث تكون المسؤولية الناشئة عن الاتفاقات هذه مسؤولية تقصيرية .

وتخضع أحكام التفاوض كقاعدة عامة للقواعد التقليدية التي تحكم الإيجاب والقبول أي قواعد انعقاد العقد، حتى أنه هناك جهود كبيرة يبذلها الاجتهاد القضائي لحماية المتفاوضين عن طريق استعارة القواعد العامة في القانون المدني ونفس الشيء بالنسبة للتفاوض في القانون الجزائري يخضع للأحكام العامة الموجودة في القانون المدني.

بعد إجراء المفاوضات واتفاق الأطراف على شروط العقد تأتي مرحلة إبرام العقد النهائي، و يعدّ الرضا ركناً في تكوين العقد التجاري الدولي إضافة إلى اعتباره عنصراً موضوعياً في العلاقة العقدية لذلك اتفق الفقه والقضاء على إخضاعه للقانون الذي اختاره المتعاقدان ، لكن المسألة تتعقد مع وجود بعض الحالات تستبعد من اختصاص قانون الإرادة وفقاً لرأي بعض الفقهاء من ضمنها :

أولاً وجود التراضي : بما أن وجود الرضا كركن في العقد يؤدي في حالة تخلفه إلى انهيار العقد التجاري الدولي ، فيشترط لصحته أن يكون المتعاقدان مؤهلين للقيام بهذا التصرف ، إضافة إلى أن يكون رضاؤهما خالياً من عيوب الإرادة .

و لقد اختلف الفقهاء في تحديد مدى خضوع هذه المسائل لقانون الإرادة باستثناء الأهلية ، حيث رغم اعتبارها شرطاً لصحة التعاقد من حيث الموضوع ، إلا أنها تستقل بفكرة خاصة (2) تم على أساسها إخضاع الأهلية للقانون الشخصي سواء كان هذا القانون هو قانون

(1)-Pipeline , Droit international privé et questions spécials , S. D. I. 2000, p5.

(http://www.pipeline .da.tu).

(2)- هشام صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ص664 .

الجنسية أو قانون موطن إذا كان المتعاقدان أشخاصاً طبيعيين أما إذا كان شخصا معنويا فالقانون الشخصي يتجسد في المقر الاجتماعي لهذا الأخير، لأن هذا القانون يهدف لحماية المتعاقدين قبل أن يحمي العقد في حد ذاته .

و رغم ذلك هناك من الفقهاء من رأى ضرورة إخضاعها للقانون الذي يختاره المتعاقدان لاعتباره ركنا موضوعيا واجب توفره في العقد ، لكن هذه المحاولة باءت بالفشل ولم يأخذ بها القضاء وحتى معظم التشريعات وسار في درهم التشريع الجزائري.

فلقد نصت المادة 10 من القانون المديني على أنه: "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية".

فالمادة 10 الفقرة 1 أخضعت الأهلية للقانون الشخصي وفقا للرأي الغالب و يتمثل هذا القانون في قانون الجنسية وليس الموطن، لأن المسألة لصيقة بذات الشخص فمن المفروض أن تخضع إلى القانون المرتبط بالشخص (1) وهذا بالنسبة للشخص الطبيعي، لكن في ميدان التجارة فالأطراف هم عادة شركات يفرض عليها التمتع بأهلية الشخص المعنوي ذلك لأن في بعض الحالات تقوم شركة بتفاوض من أجل إبرام عقد وهي غير مؤهلة لذلك كأن تكون في حالة تصفية قضائية ، ففي هذه الحالة المصنفي القضائي هو الذي يمثل المؤسسة ، كما أنه هناك حالات أخرى تكون المؤسسة عند القيام بالتعاقد ملزمة بأن تحصل على ترخيص بذلك وفي حالة عدم توفر هذا الشرط تكون غير مؤهلة بالتعاقد .

- أما عيوب الرضا : فالأمر يختلف عما هو عليه فيما يخص الأهلية ، فقد انقسمت الآراء حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية ، فالاختلاف تمحور في عدة فرضيات :

فالفريق الغالب : أجمع فيه غالبية الفقهاء على ضرورة خضوع عيوب الرضا لقانون الإرادة لأنها تدخل ضمن الشروط الموضوعية للقيام بالعقد ، و الشروط الموضوعية هذه تخضع كما درسناها للقانون الذي اختاره المتعاقدان ، و تبررهم في ذلك إلى أن القانون

(1) Henri Batiffol , Paul Lagarde: op.cit P274 ;
Jean Derrupé: op.cit P112 ; Ency.Dalloz ,op.cit570.

الشخصي يطبق في حالة حماية المتعاقدين بينما قانون الإرادة هو الذي يتولى حماية العقد، لكن هذا الفريق لقي معارضة من بعض الفقهاء واعتبر أن قانون الإرادة غير مختص لحكم عيوب الرضا بل يجب أن يتولى ذلك القانون الشخصي بحيث يخضع الغلط، التبدليس، الإكراه إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن لأنها كهيئة لحماية المتعاقدين، فوفقا لهذا الرأي فإن القواعد المطبقة على عيوب الرضا هي نفسها المطبقة على عديمي الأهلية لأن القانون هو وحده الكفيل بتنظيم هذه المسائل وليس المتعاقدين (1).

أما الفريق الثالث: رأى فيه بعض الفقهاء ومن ضمنهم الفقيه بروشي (Brocher) اعتبار صحة التراضي خاضعة لقانون محل الإبرام (2) وليس قانون الإرادة، و أساسها في ذلك أن قانون الإرادة لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان العقد صحيحا غير مشوب بعيب، فإذا افترضنا وفقا لهذا الرأي أن الإرادة تبطل العقد فإنه بذلك يبطل الاتفاق على القانون المطبق، فمن المفروض للأخذ بقانون الإرادة، وجود إرادة غير مشوبة بعيب وفقا لقانون محل الإبرام، لكن كلا الرأيين السابقين لقيًا فشلاً، ولم يعد يأخذ بهما بل اعتبر عيوب في العقد لا في أهلية المتعاقدين بحيث يكون المتعاقد أهلا للتعاقد، لكن أحد المتعاقدين يدعي وجود غلط أو إكراه...، وبذلك فعيوب الرضا هي حالة خاصة في العقد وليس في الشخص (3) لذلك يخضع لقانون الإرادة وهذا الرأي أيدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1957/6/25 من خلال حكم صدر عن محكمة سان أقرت فيه تطبيق قانون إنجليزي الذي هو قانون الذي يحكم العقد كذلك من حيث تكوينه (4)، وتكوين العقد يشمل الرضا وبذلك فقانون الإرادة يطبق كذلك على عيوب الإرادة وهذا ما حدث كذلك في قرار 3 جانفي 1963 (5).

(1) - Annie Toubiana , Le Domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique) ,Librerie Dalloz 1972 , p.19

(2) - Rogea Dayant , J.Class .D.C.1959 , Fas 4 , p.4

(3) - سامي بديع منصور ، عكاشة عبد العال ، مرجع سبق ذكره ، ص 408

(4) - H .Batiffol : Rev Crit DIP 1957 , p. 680 .

(5) - Cass 3 Janv 1963 : JDI 1963 , P 1043 note Level ; D .1963 p.241 note Holleaux.

ملاحظة مهمة يجب ذكرها هي تباين الواقع بين الفقه حول مسألة الغبن الراجح إلى الخلاف الذي كان موجوداً في القانون الداخلي حول تحديد طبيعة الغبن، مما دفع بعض الفقهاء إلى إدراج هذه المسألة ضمن القانون الشخصي باعتبار أن الغبن هو عجز في إرادة الأطراف الذي يكون هو المتضرر (1)، لكن لا يمكن اعتبار هذه الرؤية صحيحة بحيث لا يمكن تصور الغبن مثله مثل انعدام الأهلية، بالإضافة أن الغبن هو عيب من عيوب الرضا يراد بها حماية إرادة المتعاقدين، فالقانون الذي يحكمه هو قانون تكوين العقد أي قانون الإرادة ولقد أخضعت بهذا الرأي محكمة استئناف تولوس Toulouse في تاريخ 29 سبتمبر 1982 (2) -طبيعة السكوت : لوجود التراضي لا بد أن تتطابق إرادتين ويتحقق ذلك من خلال وجود إيجاب محدد وقبول مطابق للإيجاب ، لكن هناك مسألة تطرح إشكالاً حول مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول يتم على أساسها تطابق إرادتين وبذلك وجود التراضي، ووقع اختلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة :

فمنهم من رأى ضرورة خضوع السكوت لقانون الإرادة باعتباره من ضمن عناصر التعبير عن الإرادة و بذلك يأخذ هذا الرأي بفكرة أن السكوت لا يعد تعبيراً عن الإرادة لأنه حالة سلبية بينما التعبير عن الإرادة حالة إيجابية تحقيقاً لقاعدة "لا ينسب لساكت قول"، وبذلك من غير الممكن إخضاع السكوت للقانون الذي اختاره المتعاقدان لأن هذا القانون يطبق على حالات التعبير عن الإرادة بالطريقة الإيجابية وليس السلبية .

فيخضع السكوت للقانون الذي يرتب على السكوت النتيجة القانونية ، و يتحقق ذلك من خلال قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب إذا كان شخصاً طبيعياً أو قانون مركز أعماله إذا كان شخصاً معنوياً ، إذ أنه لا يمكن تصور إلزام من وجه إليه العرض بقانون لا يعرفه ، وليحكم العملية التعاقدية التي أبرمها و عادة ما يكون هذا القانون أجنبياً ، لأنه يضر بالطرف الذي وجه إليه العرض ، كما أن تطبيق قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب يتماشى مع

(4)-Rogea Dayant : J . Class.D .C 1959 , Fas 4 ,P8 .

(5)-Legier et Mestre , Rev .Crit .DIP 1983 P 480 , et 1986 P 322 .

مع متطلبات التجارة الدولية (1).

أما عن المشرع الجزائري فنص المادة 18 جاء عاما لم يحدد مسألة حكم سكوت لذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة للعقد التي تنص على أن السكوت يعتبر رضا إذا أحيط بظروف ملائمة وتظهر من خلال المادة 68 الفقرة 2 من القانون المدني (2)، لذلك فمن المفروض على الموجب له إذا كان مقيما في الجزائر لحظة إرسال الإيجاب أن يخضع لنص هذه المادة 2/68 بحيث لا يكون سكوته منتجا لأثاره، إلا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب لمصلحة الموجب إليه تطبيقا لقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب، نظرا لأن الطرف الذي يوجه إليه الإيجاب يعرف من خلال قانونه الحالات التي يرتب فيه السكوت آثاراً قانونية إذا رافقته ظروف ملائمة، وبالتالي يرجع عدم تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان على حالات السكوت الذي يعتبر قبولا إلى أن السكوت هو حالة نفسية داخلية لا يعد قبولا، وإنما الظروف الخارجية عن العقد هي التي تجعل السكوت يتج آثاراً قانونية باعتباره قبولا.

ثانياً - شكل العقد

إضافة إلى الأهلية هناك حالة أخرى لا يأخذ فيها بقانون الإرادة وهي شكل العقد، بحيث لا يخضع كل من شكل العقد وموضوعه إلى قانون واحد، و يعود خضوع شكل العقد و موضوعه إلى قوانين مختلفة كان نتيجة لقاعدة عرفية تعرف بقاعدة Locus regit actum والمتمثلة في خضوع شكل التصرفات إلى قانون محل الإبرام (3)، وبما أن شكل التصرفات يشمل شكل العقد بالتالي يطبق عليه قانون محل إبرام العقد. وتعد هذه القاعدة اختيارية بحيث يمكن تطبيق قانون محل الإبرام على شكل العقد التجاري الدولي نظر السهولة التعرف عليه، لكن في حالات أخرى مقتضيات التجارة الدولية تدفع إلى تطبيق القانون

(1) Annie Toubiana , op.cit p. 16 .

(2) - السكوت الملائم نصت عليه المادة الفقرة من القانون المدني بقوله : " يعتبر السكوت في الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ."

(3) Francois Rigaux ,F. Larcier :La Théorie de qualification en droit international privé , édition S.A 1956 , p. 347.

الذي يختاره المتعاقدان وفقا لمبدأ حرية الاختيار المعترف بها دوليا (1) و هذا راجع إلى أن رغبة المتعاقدان في إبرام العقد يجب أن لا تعرفل باشتراط أشكال التي تنص عليها أحد القوانين المطبقة كقانون محل إبرام العقد.

و بذلك يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على شكل العقد التجاري الدولي هو قانون بلد الإبرام مع منح المتعاقدين حرية استبعاد هذا القانون و إتباع الأشكال التي يحددها القانون الذي اختاره المتعاقدان ليحكم موضوع النزاع إضافة إلى إمكانية تطبيق على شكل التصرفات قانون الجنسية المشتركة (2) ، وبذلك يتحقق وحدة القانون المطبق على العقد بكامله سواء من حيث موضوعه أو شكله من أجل اعتبارات التجارة الدولية.

ولقد تعرض القانون الجزائري لمسألة القانون المطبق على شكل التصرفات من خلال المادة 19 مبدئي تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه و يجوز أيضا أن يخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين، ومن خلال هذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل من قاعدة محل الإبرام الوحيدة التي تحدد القانون المطبق على شكل العقد، رغم ذلك لم يعط الاختصاص للقانون الذي اختاره المتعاقدان بل لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

و أخيرا بما أن محل الإبرام هام في تحديد القانون الذي يحكم الشكل حتى و لو لم يكن له طابع إلزامي بل اختياري ، لكن يصعب تحديده في حالة التعاقد بين غائبين ، و تظهر بذلك أهمية تحديد مكان وزمان إبرام التصرفات القانونية وخاصة التعاقدية منها.

و لقد اتفق الفقه على عدم خضوع مسألة تحديد المكان و اللحظة الزمنية التي يعتبر فيه العقد التجاري الدولي منعقدا للقانون الذي اتفق المتعاقدان على حكم موضوع العقد بل لقانون القاضي (3) وقد اختلفت مبررات الأخذ بهذا القانون، وأهمها يقر أن أمر تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين يتعلق بتكييف المسألة المعروضة تمهيدا لإسنادها لقانون دولة

(1) Patrick Courbe , J .Class .D .Com , Fas 336 , op.cit ,p.6.

(2) Cass .Civ .l.10 Decembre 1974 : JDI 1975 p. 542 note Kahn , D .1975 p.685 note Malaurie et Morin .

(3) Patrick Courbe , J .Class.D .Com .1991 , Fas 335 p.18 ; Fas 336 p. 6.

معينة .

وبسبب أن التكييف يخضع لقانون القاضي، و بذلك فإن هذه المسألة تخضع لنفس القانون ، و بعبارة أخرى فإن معرفة ما إذا كان عقد التجارة الدولية قد تم انعقاده بين المتعاقدين الغائبين هي مسألة تتوقف على معرفتها تحديدا ما إذا كنا بصدد علاقة عقدية ومن خلال كل ما تقدم نلاحظ أنه رغم وجود قاعدة عامة تقر بخضوع تكوين العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة إلا أنه هناك حالات في تكوينه تحول دون تطبيق هذه القاعدة .

الفرع الثاني : الآثار القانونية للعقد

إن خضوع الآثار القانونية للعقد إلى القانون الذي اختاره المتعاقدان ماهو إلا نتيجة للحل المقدم في هذا الميدان من قبل القرار الشهير الصادر في 5/12/1910(1)، وهذه القاعدة تسمح للحفاظ على وحدة النظام القانوني الذي يحكم العقد التجاري الدولي تسهيلا لتنفيذ العقد و حتى تسوية النزاعات المحتمل وقوعها .

ويقتضي هنا أن نفرق بين نوعين من الآثار يرتبها هذا العقد بالنسبة للأشخاص وحتى بالنسبة للموضوع :

أولا - آثار تتعلق بالأشخاص الخاضعين للعقد : القاعدة العامة أن يتولى القانون المختار تحديد آثار العقد بين المتعاقدين، وأثر هذين الآخرين على الغير ، فهذا القانون يحدد الأشخاص الملمزمين بالعقد ، و بيان المستفيدين منه سواء كانوا أطراف في العقد أو من الغير، وتصدر الإشارة أن هناك حالات تقوم فيها عقود التجارة الدولية عن طريق النيابة بحيث تحمل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعاقد مع الغير وبذلك يكون هناك ثلاث أطراف في العلاقة الأصيل و النائب الغير، فهل يعتد بإرادة النائب أو الأصيل في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا اعتبرنا أن القانون الذي يطبق على العقد المبرم هو قانون الإرادة ؟.

(1) Cass .Civ 5 Dec 1910 :S 1911 ,1 , p. 129 , note Lyon -Caen"La loi applicable aux contrats soit en ce qui concerne leur formation soit quant a leurs effets et conditions .est celle les "parties ont adoptée".

ولقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة بحسب الاهتمام بطرف معين دون الطرف الآخر ، لكن الرأي الغالب من الفقه يهتم بإرادة الأصيل بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على النيابة الاتفاقية مادامت آثار العقد تنصرف إلى الأصيل مباشرة ، فالقانون الذي تحدده إرادة الأصيل هو الذي يحكم النيابة بكاملها دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة النائب أو الغير المتعامل مع النائب، رغم أن بعض الفقهاء حاولوا الأخذ بإرادة النائب وتبررهم في ذلك أن النيابة تؤثر على صحة العقد وآثاره مما يؤدي إلى وحدة في القانون المختار.

ثانياً - آثار العقد بالنسبة للموضوع: هذا النوع من الآثار يخضع بدوره إلى القاعدة التي تحكم عقود التجارة الدولية ، و يقصد بها أن يتم الرجوع إلى القانون الذي يختاره المتعاقدان لتحديد مضمون الالتزامات التي تنشأ على العقد، و يقتضي ذلك تفسير العقد ، وتحديد إمكانية تعديل محتوى الالتزامات ، إضافة إلى تحديد أهمية الالتزام المتولد على العقد والمتمثل في تنفيذ العقد التجاري الدولي.

- تفسير العقد : إن مسألة تفسير العقد الداخلي في حالة وجود غموض نص عليه القانون الجزائري في المادة 111 من القانون المدني فأقرت أنه يتم في هذه الحالة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والحل هذا صالح لكل العقود سواء كانت داخلية أو دولية .

فبمأن القانون المطبق على تفسير العقد هو القانون الذي يختاره المتعاقدان ، فإنه إذا كان القانون الجزائري هو المختار فإنه يستعمل لتفسير العقد ، وهذا الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري ينطبق مع ما هو معمول به دولياً ، مع الملاحظ أنه في معظم الحالات يقوم المتعاقدان مباشرة بوضع مبدأ تفسير العقد على أساس القانون المختار كشرط من شروط العقد.

لكن هذا الحل لم يتقبله بعض الفقهاء بحيث اعتبروا أن تفسير العقد هو مسألة واقع (1) قد تخضع لقانون محل إبرام أو محل التنفيذ، لأن المتعاقدين قد يستعملوا بعض المصطلحات تكون تابعة لقانون محل الإبرام أو التنفيذ، لذلك فالأسهل أن يرجع المتعاقدان لتفسير هذه المصطلحات إلى أحد القانونيين، مع أن هذا الرأي رد عليه بعض الفقهاء مؤيدي فكرة

(1) Annie Toubiana , op.cit p. 81 .

خضوع تفسير العقد لقانون الإرادة على أنه يجب التفريق بين قواعد التفسير التي يجب على القاضي أن يخضعها لقانون الإرادة، وبين المصطلحات التي تم استعارتها من بلد الإبرام. ونفس الإشكال يطرح بالنسبة للوثائق التعاقدية التي لا تكون محررة بلغة الدولة التي يخضع العقد لقانونها، وهو ما يشير مع ذلك إلى وجوب الرجوع أيضا إلى قانون الدولة التي حرر المتعاقدان العقد بلغتها لتحديد مفهوم الإصطلاحات المستخدمة، ويبدو أن هذا هو ما دفع البعض للأخر إلى إخضاع تفسير العقد لغير القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، لكن الحقيقة غير ذلك لأن الرجوع إلى هذا القانون إنما يتم بقصد التعرف على مضمون هذه المصطلحات فقط (1).

وفي دراسة حديثة قام بها الفقيه "كانت" من أجل عدم الوقوع في إشكالية هذه المصطلحات، أقر فيها أنه يجب على المتعاملين في التجارة الدولية أن يحرروا عقدهم بلغة الدولة الذي يخضع العقد لقانونها (2)، وبذلك يقوم المتعاقدان بإعطاء مفهوم أوضح لهذه المصطلحات وفقا لقانون العقد.

كما أن هناك اتجاه جديد في تفسير العقد التجاري الدولي، يقر أن دور القاضي لم يعد يشمل فقط تحديد معنى الألفاظ المستعملة من قبل المتعاقدين، والبحث على ما أتجهت إرادة المتعاقدين إليه من خلال هذه الألفاظ، بل دوره أصبح أكثر أهمية من حيث العقد في حالة وجود فراغ في بعض النقاط (3).

و نرى غير ذلك حيث لا يمكن الاعتراف بالسلطة الواسعة للقاضي في تفسير العقد إلى درجة قيامه بتكملة العقد في حالة وجود فراغ أو ثغرة في بعض نقاط هذا العقد لأن ذلك من اختصاص المتعاقدين، بل يجب أن يفسر وفقا لمحتوى الذي أراده الأطراف منعا لاحتمال تعسف القاضي من جهة ومن جهة أخرى قد يحاول الأطراف تجنب هذه المسألة من خلال تفسير

(1) - جبار محمد، رسالة سبق ذكرها، ص 230.

(2) Philippe Kahn : L'interprétation des contrats internationaux ,JDI 1981 .p.5;

Patrick Courbe , J .Class .D .Com .1991 ,Fas 336 , op.cit , p. 10

(3) Muriel Santa -Croce , J .Class .D .Int .1993 , Fas 552-7 .op.cit .p. 3.

المصطلحات المذكورة في العقد داخل هذا الأخير بحيث يضعون نوعاً من القاموس لهذه المصطلحات ويدرجون في العقد التجاري الدولي .

-تعديل محتوى الالتزام في العقد : قد يطرأ بعد إبرام العقد بعض التعديلات نتيجة لظروف لاحقة يدفع إلى تغيير محتوى الالتزامات ، و هذه المسألة المفروض أن لا توكل للقاضي في معظم التشريعات بل هي من اختصاص قانون الإرادة في تنظيم مسألة تعديل محتوى الالتزامات (1) .

-تنفيذ العقد : تشمل مسألة التنفيذ عدة مواضيع من ضمنها محل التنفيذ ووقت التنفيذ و الأشخاص الذين يشملهم التنفيذ... ، فكل هذه المواضيع انقسم الفقه والقضاء وحتى القانون حول تحديد القانون المطبق عليها.

فمنهم من يفرق بين الالتزامات المترتبة على العقد التجاري الدولي وبين تنفيذها ، فيخضع هذه الالتزامات لقانون الذي يحكم العقد ذاته ، أما تنفيذ كل التزم فأخضعه لقانون محل تنفيذه ، وهذا الرأي أخذ به القانون الإنجليزي وبعض الفقهاء الفرنسيين وتبريرهم على ذلك أن المحكمة تتدخل في حالة عدم تنفيذ الالتزامات كما أنهم يرون أن الأخذ بهذا الرأي يمنع المتعاقدين من التهرب من القواعد الموجودة في قانون محل التنفيذ.

أما أغلبية الفقه يخضع تنفيذ العقد لقانون العقد ، فهذا القانون هو الذي يحدد التزامات الأطراف المتعاقدة ، فيوضح حالات التنفيذ العيني، والتنفيذ بالمقابل والتعويض ، بل ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك باعتراف لقانون العقد على أحقيته في تحديد طبيعة الالتزام الواقع على الطرفين حيث يحدد القانون الذي اختاره المتعاقدان إذا كان التزماً متعلقاً ببذل عناية أو تحقيق نتيجة ، أما المسؤولية كأثر لعدم تنفيذ العقد فتأخذ نفس الحكم ، والوقت الذي ينفذ الالتزام فيه وحتى تحمل المخاطر (attribution des risque) (2) .

فمثلاً في عقد البيع الدولي لبضاعة فإن القانون الذي اختاره المتعاقدان هو المختص في حالة

(1) Annie Toubiana , op.cit,p.84

(2) P.Lagarde : Le nouveau droit international privé des contrats , Rev. Crit.DIP1991,p332.

طلب تخفيض الثمن الذي يكون سببه وجود عيوب خفية في البضاعة ظهرت أثناء تنفيذ العقد، تطبيقا لقاعدة ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع .

وفي اعتقادنا أنه لا يمكن إخضاع العقد لقانون الإرادة وتنفيذه لقانون محل التنفيذ، ذلك لأن العقد وجد لكي ينفذ ، فلا يتصور التفريق بينهما بل يجب إخضاعهما لقانون واحد وهو القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي إلا في حالة واحدة و المتمثلة في ضرورة التسليم باستحالة تنفيذ العقد فيما لو كان قانون دولة التنفيذ لا يقر الوسائل التي ينص عليها قانون العقد، وتعد استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في محل التنفيذ على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة ، والقوة القاهرة تخضع للقانون الذي يحكم العقد(1).

و الملاحظ أن مشكلة تطبيق قانون الإرادة، أو قانون محل التنفيذ لا تطرح بالنسبة لعقود الاستثمار (عقود التنمية) التي تتعلق بالتجهيزات أو استغلال النفط والغاز ، لأن في كل هذه العقود القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري لأن الجزائر تكون محل إبرام العقد ومحل التنفيذ في نفس الوقت إضافة إلى أن الدولة تفرض تطبيقا للقانون الجزائري باعتباره القانون المختار من قبل المتعاقدين فبذلك يتحدد قانون الإرادة وقانون محل التنفيذ في دولة واحدة .

- طرق انقضاء الالتزام : تخضع طرق الانقضاء بصفة عامة لقانون العقد ، تستثنى منها المقاصة القضائية ، فهي تخضع لقانون القاضي ، أما التقادم المسقط فاختلقت الآراء في شأنه ، فمنهم من أخضعه لقانون القاضي بينما البعض الآخر أخضعه لقانون العقد.

يلاحظ أخيرا أن نتائج العقد المتمثلة في آثاره من تفسير العقد التجاري الدولي وتنفيذه و تعديله وحتى طرق انقضائه تخضع وفقا للفقهاء الغالب إلى قانون العقد مثله مثل تكوينه رغم وجود بعض الاستثناءات في تكوين العقد تطبق على إثرها قوانين أخرى غير القانون الذي يختاره المتعاقدان لأنه يتولى التنظيم الأدق لتلك المسائل.

(1) هشام صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص 678

المبحث الثاني

موانع تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين

إن كان المبدأ هو حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية فإنه يرد على هذا المبدأ استثناءات يستبعد فيها القانون المختص لحكم العقد التجاري الدولي ليحل محله قانون آخر، وبالفعل لا يأخذ بهذا القانون إذا كان يخالف المثل العليا والمبادئ الأساسية، والجمهورية في دولة القاضي، الذي ينظر في النزاع، إضافة إلى حالة الغش نحو القانون الذي يقوم فيها الأطراف بالتحايل على أحكام قانون معين.

مما يفرض علينا دراسة النظام العام كمرحلة أولية باعتباره مانعاً من موانع تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان، إضافة إلى مانع الغش نحو القانون.

المطلب الأول : النظام العام

إن كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجوب تنازل القانون الوطني عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولي وإخضاع العقد التجاري الدولي إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه اتفاقاً مع مقتضيات دولية غير أن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع (I)، فإذا ما توفرت شروط تحقق على إثرها المساس بهذه المصالح ووجب استبعاد هذا القانون، مما يؤدي بنا إلى تحديد هذه الشروط وآثار الدفع بالنظام العام.

لمزيد من التفاصيل أنظر :

André -chappelle :Les fonctions de l'ordre public en droit internatinal privé ,Thèse 1979 ,Paris p.305.

Jacks -Maury : L'éviction de la loi normalement compétente : "L'ordre public et la fraude de la loi", édition 1952, p.306.

الفرع الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

يعتبر النظام العام أداة لعدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع في دولة القاضي ، نظرا لأن هذا الدفع له دور الرقابة على القانون الواجب التطبيق (1) ، بالتالي يستبعد القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم العقد التجاري الدولي ، إذا كان من شأن تطبيق هذا القانون أن يتعارض مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع دولة القاضي لكن قبل التعرض لشروط الأخذ بهذا الدفع يجب أن تبين أن مسألة تقييد إرادة الأطراف بفكرة النظام العام لم تلق ترحيباً من بعض الفقهاء بحيث اعتبروا أن للأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون المناسب لعلاقتهم التعاقدية ، لكن هذا للرأي كان متقدماً بدليل أن كثير من التشريعات نصت على هذا القيد، وأضافت له قيوداً آخر سيكون محل دراستنا في المطلب الثاني .

ففيما يخص الرأي الأول : هذا الرأي كما ذكرت سابقا متمثل في تدعيم بعض المؤلفين لفكرة أن حرية الأطراف في اختيار ليس لها حدود ، وإن كان يجب تقييدها فيكون إلا في الحالة الواحدة، والمتمثلة في حالة إذا كان العقد لا يحمل "عنصر الدولية" (2) ، لأنه يشترط في العقد توفر معايير العقد الدولي والمعترف بها دوليا سواء المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي أو كلاهما معا السابقين الذكر .

وهناك من مؤيد الحرية المطلقة من سلم أن الاختيار يجب أن يكون بحسن النية وبطريقة منطقية، وذلك بأن يتم اختيار القانون الذي كان له صلة بالمصالح الشرعية للعقد بطريقة غير مباشرة للعملية العقدية .

أما الرأي الثاني : فهو ما أخذت به التشريعات وذلك بتضييق من نطاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، لأن أحد سليات هذه الحرية هو الاستعمال التعسفي لها(3) ،

(1) Etienne Patout : Principe de souveraineté et conflits de juridiction , (Etude de droit international privé) , L .G .D .J .1999 , p.434

(2) H .Batiffol , P.Lagarde , op.cit p.242.

(3) Geogadolflang , op.cit p.219 .

والفهم الخاطئ للحرية من قبل المتعاقدين.

بحيث يمكن للأطراف اختيار قانون يصطدم مع القواعد الملزمة المتعلقة ببعض المسائل الموجودة في القانون الداخلي للدولة ، لذلك هذا الرأي يعتبر أن الحرية غير موجودة إذا كان العقد مخالفا للنظام العام ونظرية الغش نحو القانون ، لذا وجد هذان القيودان لتخفيض من احتمال تعسف المتعاقدين ، لأن عامة الحرية التعاقدية لا تحد إلا بواسطة العدالة.

ونحن نرى أن الفقه الدولي أظهر انتقادات لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية لكن اعترف به بعد ذلك نظرا لعدم إمكانية إعطاء بديل مقنع مغاير للتنظيم هذا، مما دفع للأخذ به، وكرهه راجع إلى أن سلطان الإرادة تجرد نفسها في الاحتياج الموضوعي لحل مواضيع شائكة بطريقة عرضية و تراعى فيها مصالح التجارة الدولية .

ولتحاشي إفراط المحاكم في استعمال مبدأ سلطان الإرادة استعمل العلاج المتمثل في القيدين المذكورين سالفًا، ذلك لأن صفة الدولية لا تعد قيد في نظري بل شرط واجب توفره لاستعمال هذا المبدأ في تحديد القانون الواجب التطبيق ، لأن التخلي على أي رقابة شرعية على العقود الدولية، وخاصة منها عقود التجارة الدولية يستحيل تصورهما.

لكن هذا المبدأ غير مطلق يمكن للقاضي إثارتها كلما أراد ذلك ، بل يجب توفر شروط في تعارض القانون الذي اختاره المتعاقدان مع المبادئ العامة التي تعتبر لازمة لبقاء توازن المجتمع (1) و المتمثلة في أن يكون هذا القانون واجب التطبيق قانوننا يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي حاليا .

فرغم الصعوبة التي عاقت الفقهاء عند وضع تعريف للنظام العام بسبب الطبيعة الغير ثابتة لهذا الأخير مما يبرر خلو نصوص القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع ومانع يحدد فكرة النظام العام ، لم يمنع الفقهاء من وضع شروط يمكن على أساسها الدفع بالنظام العام ، فالعلاقات التعاقدية الدولية مثلها مثل الداخلية فإن تطبيق القانون الأجنبي أو

(1) A .Pillet: Principes de droit international privé ,Imprimerie Allier frères1903 ,p.368.

الوطني لأحد الأطراف، والذي اختاره المتعاقدان يكون جائزا إذا كان غير مستبعد، ويكون مستبعداً إذا توفرت فيه الشروط السابقة الذكر الذي يعطل على إثرها تطبيق هذا القانون بنص مانع (1).

وبذلك فإن شروط الدفع بالنظام العام هي:

الشرط الأول: أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا: النظام العام يأتي كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف بطريقة صريحة أو ضمنا فمن غير المعقول هنا التمسك بهذا الدفع إذا القانون الأجنبي غير مختص، ولكي يكون هذا الأخير مختصا، يجب أن يكون منصوصا عليه كضابط إسناد في القانون القاضي، بحيث يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي.

و القاعدة أنه يسري على التصرفات التعاقدية الدولية التي يبرمها أفراد القانون الذي يختاره إرادتهم، وعليه فالقانون المختص طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي وحتى الدول الأخرى، هو قانون الإرادة وليس قانون آخر، بشرط أن تتوافر صلة مابين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، و المشرع الجزائري كما تم توضحه ذكر هذه القاعدة في المادة 18 الفقرة 1 من القانون المدني، و لقد جعل هذا الشرط بحيث اللجوء إلى الدفع بالنظام العام مقرا إذا كان قانون الأجنبي المختص وفقا لنص هذه المادة، فلا داعي إلى إثارة هذا الدفع إذا لم يتوفر هذا الشرط.

وتأسيسا على ذلك فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون المختص الذي يحكم العقد إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب آخر (2)، بحيث إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون أجنبي الذي تم تعيينه صراحة أو ضمنا ليحكم علاقتهما التعاقدية ذات الطابع الدولي، ولكن تبين بعد ذلك للقاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المختار لا صلة له بالعقد أو المتعاقدين، و أنه إضافة إلى ذلك مخالفة للنظام العام في دولته، فهنا يستبعد قانون الإرادة بقانون آخر يكون مناسباً لعدم توفر شرط الصلة وليس

(1) أبو العلا علي أبو النمر: دراسات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1997، ص66

(2) Niboyer: Cours de droit international privé, édition 1949, Paris, p. 1949.

لمخالفته للنظام العام ، لأنه لا يشار هذا الدفع بوجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي .

الشرط الثاني : أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي : يرجع امتناع على تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد إلى انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص ويعرف هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني (1) "insuffisance d'équivalence juridique".

فأساس أخذ الدفع بالنظام العام لدى سافيني : أن التمسك بالنظام العام من قبل القاضي يكون في حالة انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع ، ذلك لأن فكرة الاشتراك تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المترجمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية (2).

و بما أن القاضي عندما يقبل تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لحكم علاقتهم التعاقدية يقدر وجود الحد الأدنى من الاشتراك بين قانونه وقانون الإرادة الذي يكون مختصا ، أي أنه قد افترض أن هناك وحدة للأصول العامة بين القانونين، لكن متى انتهى هذا الافتراض بمرور اختلاف أساسي بينهما يعتبر ذلك خرقا للحد الأدنى للإشراك القانوني ، ووجب الامتناع عن الأخذ بقانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام، بالتالي يتحقق عدم الاشتراك بمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانونين الأجنبي (قانون الإرادة) والوطني (قانون دولة القاضي) (3) .

الواقع ، ان هذا الاشتراك القانوني كثيرا ما يفقد بين التشريعات حيث يصل إلى حد القول أن الاختلاف يكاد يكون حتميا في بعض الأحوال بين قوانين دول مختلفة فيما بينها حضاريا سواء كان هذا الاختلاف اقتصاديا ، اجتماعيا ، سياسيا ، أو خلقيا .(4)

(1) Niboyer : op.cit , p.491

(2) هشام صادق : تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص304

(3) حسن الهداوي : القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي) وتنفيذ الأحكام القضائية ، ص178 .

(4) لمزيد من التفاصيل حول الاشتراك القانوني أنظر :- فؤاد عبد المنعم رياض : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، طبعة 1974 ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني. و- عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، طبعة 1977 إسكندرية ص65 وما بعدها.

وعادة يظهر التباين بين قوانين الدول المتقدمة والدول المتخلفة أو ما يعرف بدول في طور النمو لأنه فيما يعتبر قابل للتعاقد عليه في دولة متقدمة قد لا يعتبر مقبولا و لا مخالفا للنظام العام في الدول المتخلفة .

و الأمثلة عديدة يمكن على إثرها استبعاد قانون الإرادة لمخالفتها لمقتضيات النظام العام لا يمكن حصرها من بينها :

- إدراج بند الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية في العقد التجاري الدولي : قد يقوم الأطراف باختيار قانون ليحكم عقدهم التجاري الدولي ويكون هذا القانون يعتبر أن الشرط المذكور في العقد بخصوص الدفع بعملة الذهب أو بعملة أجنبية شرطا صحيحا ، بينما قانون دولة القاضي لا يأخذ بهذا الشرط سواء في العقود الدولية أو الداخلية و يعتبر أن العملة الوطنية هي العملة التي يجب أن يتم الدفع الفعلي ، ذلك لأن هناك من التشريعات من تفرض الوفاء في العقد بعملة وطنية ، وتعتبرها مسألة تتصل بالمصلحة الاقتصادية العليا للبلاد وتكون أساسية بحيث يجب عدم الإخلال بها ، و يعتبرون أن القانون الذي اختاره المتعاقدان ينظم العقد الدولي مخالفا للنظام العام إذا توفر على هذا الشرط لأنه مضر باقتصاد دولة القاضي. لكن هناك اتجاه حديث للقضاء الفرنسي الذي أقر صحة شرط الدفع بالذهب وصحة شروط ضمان عدم تغيير العملة بوجه عام في المدفوعات الدولية، واعتبارها من قبيل النظام العام الدولي المشترك (1) رغم مخالفته للنظام العام في القانون الداخلي، فإن توفر ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين أبناء الدول المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، ولهذا فليس هناك ما يدعو إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يميز شرط الدفع بالذهب (2) .

(1) ثروت حبيب :دراسة في قانون التجارة الدولية (مع الاهتمام بالبيع الدولية) ،الدار المعارف القاهرة 1985 ،ص 428.
 (2) أحسن مثال أقر من قبل القضاء الفرنسي في مجال العقود الدولية تم فيه إجازة محكمة النقض في حكمها المؤرخ في 1950/6/21 في قضية الإرساليات البحرية (Messagerie Maritime) صحة شرط الذهب La Clause or ، و للحصول على أكثر التفاصيل حول وقع هذه القضية راجع تعليق الأستاذ "جون ميشال جاكوي " Jean Michel Jacquet في كتابه مبدأ سلطان الإرادة والعقود الدولية " Principe d'autonomie et "contrats internationaux" ص 54 .

بحيث يرى كل من الأساتذة لاغارد ، نوابيه جافلدا (Gevalda , Niboyet, P.Lagarde) أن النظرة الحالية للنظام العام، يجب أن يكون أساسها القضاء و يؤكدون على ضرورة التقدير الشخصي للقاضي عند الفصل في النزاع، فالقاضي هو الشخص الوحيد الذي يعلم من غيره فيما يخص حكمه على النظام العام، و مدى مطابقته أو ملاءمته للنظام العام السائد في دولته، فالقاضي هنا يستعمل ذكائه وشعوره في مصلحة وطنية (1) وهذا ما فعله القضاء الفرنسي .

لكن يبقى الرأي الغالب يقر أن النظام العام دائما وطني و الاختلاف يكمن فقط في أن هناك نظام عام نطاقه القانون الداخلي و الثاني نطاقه تنازع القوانين، وهذا راجع لاختلاف في وظيفة النظام العام في القانون الدولي الخاص (2) ، وبالتالي النظام العام الدولي غير موجود نتيجة لصفة الوطنية للقانون الدولي الخاص عكسه في التحكيم التجاري الدولي (3) .

- كما يمكن للقاضي كذلك الامتناع على العمل بقانون الإرادة إذا كان يتنافى مع مبادئ العدالة ، كما لو كان هذا القانون يحجز تنفيذ العقد و لو تم عن طريق الإكراه المعيب للإرادة ، أو أن يكون العقد التجاري الدولي متعلقا بتجارة ممنوعة التعاقد فيها كالنجارة بالأسلحة وقت الحرب ...، فكل هذه الحالات مخلة بالعدالة التي يجب أن يحترمها أي عقد وحتى و لو كان عقداً تجارياً دولياً.

- هناك حالة يجب ذكرها كذلك و إن أصبحت تتلاشى مع تلاشي النظام الاشتراكي ، فتكون في الدول التي تتبع الاقتصاد الموجه، فالقاضي في هذه الدول و من ضمنها القاضي الجزائري في وقت مضى يمكنه عدم تطبيق القانون الذي اختارته إرادة الأطراف مدعيا وجود قواعد اقتصادية ما وضعت إلا لحماية مصالح المجتمع الاقتصادي .
فمثلا : القانون الصادر في 1978 و الذي كان معمول به في فترة معينة و الذي يقر باحتكاك

(1)-Miguel De Anguelo Rodriguez : Rev .Crit .DIP 1972 , P 372.

(2) لمزيد من التفاصيل حول رفض التفرقة بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي أنظر عز الدين عبد الله ، نفس المرجع السابق ص535.

(3) - راجع ما سوف يذكر في ص206.

الدولة للتجارة الدولية ويعتبر أن هذه القاعدة من النظام العام ولا يمكن مخالفتها ومسألة النظام العام طبقت عمليا في قضية كانت الجزائر طرفا فيها (1) طبق القانون الجزائري الذي على أساسه ألغى عقد الوساطة باعتباره مخالفا للنظام العام في الجزائر .

و ما يلاحظ في السنوات الأخيرة أن أغلبية الحالات التي قد تتعرض فيها العقود الدولية مع النظام العام في أي دولة تكون متعلقة بانتهاك المثل الأعلى المشترك الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب، و المتمثلة في حقوق الإنسان لأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يقر بحقوق عالمية لا ينبغي تجاوزها فيعد مخالفا للنظام العام في أي دولة كل عقد يقر بمناجزة وبيع الأطفال .

و مهمة تحديد مخالفة قانون الإرادة للنظام العام : متروكة لتقدير القاضي مما يدفعنا للاعتراف له بالسلطة الواسعة لفحص كل حالة على حدة ، نظرا لفشل المحاولات التي أقيمت لتحديد مقتضيات النظام العام لدولة القاضي مسبقا عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام، وقوانين غير متعلقة بالنظام العام بسبب ثبات واستقرار هذه المقتضيات مما يؤدي إلى صعوبة ضبطها ، فهنا يحتاج إلى قاضٍ يستعمل ذكائه واعيا بحاجات و أهداف العقود التجارية الدولية ومقتضيات التجارة الدولية من أجل تحقيق الانسجام بين الدول المختلفة .

لذلك ، فلا مفر من إخضاع تقدير القاضي حول مدى مخالفة القانون الذي اختاره المتعاقدان للنظام العام إلى رقابة تفرض من قبل المحكمة العليا ، لأن المهمة الموكلة له تعد مسألة قانونية (2) ، لا يترك فيها الأمر للتقدير الشخصي للقاضي، وللمعتقدات الخاصة، بل يجب أن يكون هذا التقدير له أساس موضوعي ويتم وقت النظر في المنازعة (3) .

(1)- وقد أكدت محكمة النقص الفرنسية في أحكامه أن تحديد النظام العام " مسألة قانونية " وتقابلها بلغة الفرنسية : L'ordre public c'est un question de droit

(2)- راجع ما سبق ذكره حول هذه القضية .

(3)- Mohand Issad : Droit international privé , Les règles conflits , 2 édition 1983 ,Tome I, office des publications universitaires , p. 195

شرط الثالث : أن يكون المخالفة لنظام العام الحالية (actuel)

بمأن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة ، يسود فيها الغموض ، فيصعب تحديد تعريف لها على الوجه الدقيق ، لأن لها مفهوماً متغيراً باختلاف الزمان والمكان ، فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في فترة معينة في دولة معينة قد لا يعد كذلك في وقت آخر في نفس الدولة، لذلك وضع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد .

ولهذا السبب يقرر الفقه والقضاء أن العبرة في تقدير القاضي لمدى مخالفة القانون الذي اختاره المتعاقدان ليحكم العقد الدولي للنظام العام من عدمها إلى وقت النظر في الدعوى و الفصل في النزاع ، و ليس وقت نشوء العلاقة العقدية موضوع النزاع و المتمثلة في وقت إبرام العقد الدولي لأن كل هذا يتفق مع طبيعة النظام العام الذي يتغير حسب الزمان والمكان.

فمثلاً : هناك بعض الدول والتي يكون القاضي ينتمي إليها من تعتبر أن العقود الدولية المتعلقة بالتجارة بالسلاح مشروعة، و غير مخالفة للنظام العام ، لكنها تعتبرها غير ذلك في أثناء الحرب، حيث إذا تم العقد الدولي حول التجارة بالسلاح، وكان الوقت الذي ينظر فيه الدعوى فترة حرب في تلك الدولة التي ينفذ فيها العقد، و التي ينتمي إليها القاضي فيعد ذلك مخالفاً للنظام العام حتى وإن كان القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد يعتبر الصفة صحيحة و غير مخالفة للنظام العام ، حيث يستبعد هنا قانون الإرادة لأنه مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ليحل محله قانون آخر .

مما سبق يتضح لنا أن نظرية الحالية للنظام العام أصبحت شرطاً أساسياً لاستبعاد قانون الإرادة باسم النظام العام ، وإن القاضي هو الأدرى من غيره فيما يخص كل ما يتعارض مع النظام العام في دولة و موجود في قانون الإرادة.

و قد ذهب الدكتور موحد إسعاد إلى أبعد من ذلك بقوله : " أنه يتحتم على القاضي عند إعماله للدفع بالنظام العام في مواجهة قانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يضع في اعتباره مسألة حالة مفهوم النظام العام السائد وقت إصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة" (1) .

(1) Mohand Issad: Le jugement étrange devant le juge de l' exéquetur de la révision au contrôle édition 1968 , p.129.

و على ذلك فإذا كان الحق الناشئ عن العقد مخالفا للنظام العام في قانونه ، فإنه إذا تم تغيير قانون القاضي حتى أصبح هذا العقد عند رفع الدعوى غير مخالف للنظام العام في قانونه ، فإنه لا يستبعد قانون الإرادة باسم النظام العام ، أحسن دليل على ذلك هو شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية ، حيث لأسباب اقتصادية كان لا يعمل بقانون الذي اختاره الأطراف إذا أجاز شرط الدفع بالذهب مخالفا للنظام العام يسودها العجز ، و النقص لعدم مسايرتها أو مواكبتها لتطور الملحوظ الذي حدث في مجموعة من الدول من بينها فرنسا مما دفعنا إلى الإقرار بصحة الشرط واعتباره غير مخالف للنظام العام.

الفرع الثاني : آثار الدفع بالنظام العام

بعد أن يتفحص القاضي القانون الذي اتفق الأطراف عليه ليحكم العقد التجاري الدولي ، و تبين أنه يتنافى مع المبادئ الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمعه . يظهر الحاجة الملحة إلى فكرة النظام العام و أعمالها لتعطيل هذا القانون و يتم ذلك باستعمال القاضي لهذه الفكرة في صورة دفع هو الدفع بالنظام العام L'exception d'ordre public ، لأنه في هذه الحالة لا يأخذ بعين الاعتبار محاملة قانون الإرادة . لكن اللجوء لهذا الدفع يجب أن يتم بقدر الحاجة له بحيث لا يمكن للقاضي إثارته كلما أراد ومتى أراد له لكونه يشكل خطورة على المبادلات التجارية الدولية ويشل مفعول العقد التجاري الدولي لذلك و حد نوعين من آثار احدهما آثار عامة وأخرى آثار مخففة تحقق نوع من التجانس بين المبادئ التي يقرها قانون القاضي و التي لا يمكن تجاوزها ، و حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكمهم.

أولا - الآثار العامة : والمتمثلة في استبعاد قانون الإرادة الذي يتعارض في أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي ، وهذا الأثر اعتمقه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 مدني جزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الجزائر" ، من خلال هذا النص الاختلاف في الوظيفة

بين الدفع بالنظام العام في العقود الداخلي عنه، في العقود الدولية، رغم أن له مفهوماً واحداً وهو وطنياً بحتاً (1)، فالأولى يعتبر فيها العقد باطلاً إذا كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام وفقاً للمادة 96 و 97 من القانون المدني، أما العقود الدولية فلا يطبق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع المنصوص عليه في المادة 18 إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب في الجزائر .

وبذلك فهذا الدفع له طابع استثنائي خروجاً على الأصل العام الذي يقتضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه وطنياً كان أم أجنبياً، بينما في القانون الداخلي (عقود الداخلية) ليس هناك طابع استثنائي لأن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع.

كما يجب ذكره في محتوى نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري :

- أنها أضافت مصطلح " الآداب " في هذا النص لكن استعماله كان محل انتقاد بعض الفقهاء لإعتبارهم أن النظام العام يشمل الآداب كذلك، وفي رأينا لو أن المشرع الجزائري اعتبره كذلك لما تجرأ و وضع هذا المصطلح الذي لا فائدة منه، فرغم أن الدفع بالنظام العام و الآداب العامة له وظيفة واحدة والمتمثلة في تقييد حرية اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية وأثرهما متشابهة، وهو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إلا أن الآداب هي كل القواعد المنبثقة عن الأخلاق الاجتماعية والتي هي أساسية بالنسبة للنظام العام نفسه في المجتمع، وإضافته قد يعني معنى قد لا يتصل بالنظام العام .

- كما أن المشرع من خلال المادة لم يحدد القانون المطبق في حالة مخالفة القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية للنظام العام و الآداب في الجزائر، فلا يمكن ترك العلاقة بدون قانون يحكمها، إضافة أنها لم تحدد إذا كان استبعاد هذا القانون يكون كلياً أو جزئياً، لذلك يجب الرجوع في ذلك إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء حول مدى استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً :

(1) أنظر ما سبق ذكره، ص 94.

حيث أن الفقه الغالب يرفض فكرة أن تعارض أحكام القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولة القاضي يؤدي إلى استبعاد أحكام هذا القانون كلياً وحلول قانون آخر محله ولا يمكن اعتبار أن القانون في جسمته هو الذي يصطدم بفكرة النظام العام، ومن بين هؤلاء الفقهاء باتيفول (1) الذي يرى أن القانون الأجنبي يستبعد في حدود الضرورة التي يتطلبها هذا الحل أو هذا الاستبدال أي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، وأخذ بنفس الموقف الأستاذ لاغارد (2)، وبذلك فهذه الآراء تفر على بقاء في دائرة القانون الأجنبي المختص و الذي حددته إرادة المتعاقدين والعمل على عدم الخروج عنه كلياً، وإنما تطبيق أحكام هذا القانون في حالات معينة هو الذي يتعارض مع هذه الفكرة .

كما أن الاختصاص في الأصل للقانون الأجنبي لأنه الأكثر ملاءمة في نظر الشارع لحكم العلاقة العقدية محل النزاع ، وإبعاد هذا القانون لم يكن إلا بسبب معارضته مع قواعد النظام العام للبلد الذي يراد تطبيقه فيه، وهذا التعارض لا يبرر الإبتعاد كلياً عن نطاق القانون المختص ، بل يكفي نزع القاعدة التي تتعارض مع النظام العام و تطبيق قاعدة تقاربها من قواعد القانون المستبعد نفسها بدلاً عنها إن وجدت ، ذلك لأن في بعض الحالات لا يوجد نصوص مشابهة في دولة القاضي تمكن هذا الأخير من إحلالها محل القانون الأجنبي المختص الذي يكون مستبعداً باسم النظام العام (3) .

و في حالة خلو القانون المستبعد من قاعدة تقارب رأى البعض أن يتولى القاضي تعديل القواعد المستبعدة بشكل يجعلها ملائمة للنظام العام للبلد الذي يراد تطبيق القانون الأجنبي فيه (4) لكن هذا الرأي لا يمكن قبوله كونه يجعل سلطة القاضي واسعة إلى درجة تشبيهه بالمشرع لأن مهمة تعديل القواعد القانونية هي موكلة للمشرع ، و ينحصر أثر الاستبعاد في الجزء الذي يكون القانون المختار معارضاً مع النظام العام في دولة القاضي فقط ، دون أن يتولى

(1) Henri Batiffol : Droit international privé , édition 1981 , p.421 .

(2) Paul Lagarde: Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris , édition 1959 , p.205.

(3) Ibid : P 201.

(4) حسن السهداوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 189 .

القاضي مهمة تشريعية فمثلا في العقد يتضمن شرط الدفع بالذهب ، وكان القانون الذي يحكم العقد يجيز هذا الشرط ، فإنه يتعين استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته النظام العام وتبقى الشروط الأخرى خاضعة لقانون الإرادة مادامت لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي .

و قد اعترض البعض على هذا الرأي بالقول أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ، تطبيق أحكامه الأخرى فيما لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي ، يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد ، لما يؤدي إليه من جعل تطبيق القانون في خارج الحدود التي رسمها مشرعه .

و في اعتقادنا أن القانون المختص و الذي أشارت له قواعد التنازع هو الواجب التطبيق، و لا يمكن استبعاده كليا لأنه يعد خرقاً لهذه القاعدة التي هي في الأساس قاعدة تشريعية وضعها المشرع لحكم العلاقات الدولية وبذلك فإن القانون الذي اختاره المتعاقدان لا يستبعد كليا إلا فيما يخص ما يتعارض مع أحكام النظام العام في دولة القاضي كونه أكثر القوانين ملاءمة لوجود صلة بينه و بين العقد أو المتعاقدين ، لكن هناك حالة يستبعد فيها كليا إذا كانت نصوص هذا القانون مرتبطة ببعضها البعض بحيث لا يمكن تجزئة هذا القانون ولا يمكن بذلك للقاضي الاستبعاد الجزئي .

وهناك حالتان يتم فيها استبعاد قانون الإرادة المختص ، الأولى متمثلة في استبعاد هذا القانون دون حلول قانون آخر محله ، فالفقه يفرق بين قاعدة النظام العام إذا كان من قواعد الناهية أو من القواعد الآمرة (1) ، فإذا كانت ناهية يستبعد هذا القانون دون أن يحل محله قانون آخر لأن أثرها في هذه الحالة يقتصر على الأثر السلبي ، كونه يؤدي إلى استبعاد قانون الإرادة لا أكثر ولا أقل دون أن يحل محله قانون آخر سواء كان هذا القانون هو لدولة القاضي أو دولة أخرى .

غير أنه يلاحظ من الناحية العملية نادرا ما يكفي بهذا الأثر والوقوف عند هذا الحد ، بل يجب عند استبعاد القانون المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي تعويضه بقانون آخر ، و ذلك لسد الفراغ الذي يحدث عن الأثر السلبي ، لأنه من غير المعقول ترك العقد بدون

لمزيد من التفاصيل أنظر :

سلي علي سلمان مرجع سبق ذكره ص 154 .

قانون يحكمه ، ذلك يعتبر إنكاراً للعدالة لا يمكن قبوله .

ولتحاشي هذه النتيجة يتعين وضع قانون آخر يحكم العلاقة العقدية يحل محل القانون المستبعد سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي، أو قانون آخر ، لكن الفقه يشترط في هذه الحالة أن تكون قاعدة النظام العام من القواعد الآمرة ، إذا كان قانون القاضي هو المطبق تسير الأمور في هذه الحالة كما لو لم يوجد تنازع وتكون العبرة بقانون واحد فقط هو القانون الذي يوجد به النظام العام .

و مسألة إبدال القانون المختص بقواعد أخرى تحكم النزاع لتصبح مختصة بدلا عنه تعرف بالأثر الإيجابي للنظام العام ، و رغم أن معظم التشريعات قد أبرزت الأثر السلبي للنظام العام إلا أن معظم الفقه يسلم في بعض الحالات بضرورة تطبيق قانون القاضي بدلا من قانون أجنبي مختص الذي استبعدت أحكامه لتعارضها مع النظام العام من أجل التخفيف من حدة هذا الدفع.

غير أن الأثر الإيجابي للنظام العام في حالة تعويض القانون المختص المستبعد يشير جملة من المشاكل القانونية لا يمكن للقاضي أن يتجاهلها ، من ضمن هذه المشاكل التي تثار كيفية العثور على حكم ملائم يحل محل الحكم المستبعد باسم النظام العام ، إضافة أنه عليه إيجاد حل في حالة التعارض الجزئي.

الأثر المخفف : هناك طريقة لتخفيف من شدة هذا الدفع إذا تعلق الأمر بحق مكتسب في الخارج، و يكون مخالفا للنظام العام أو لا يعرفه قانون دولة القاضي ، ومع ذلك يمكن أن يتمسك بهذا الحق في هذه الدولة وهذا ما يسمى بالأثر المخفف (Effet ettenue) فالقاضي يستطيع أن يتقبل حقا نشأ في الخارج ويقر بآثاره رغم ملاحظته للاختلاف الموجود بين قانونه والقانون المختص أصلا بغض النظر عنه احتراماً للحق المكتسب أو تسليماً بالأمر الواقع ، أو لأن الرأي العام في دولته لا يتأثر إزاء هذا الحق إذا نشأ في الخارج عكسه إذا تم في دولة القاضي، لكن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني في دولة القاضي يتنافى مع

مقتضيات النظام العام لأنه في هذه الحالة يتعين على القاضي إبطال مفعول هذا الحق (1) ، إضافة إلى هذا الأثر هناك أثر آخر يعرف بالأثر الانعكاسي (2) و قد انقسم الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا الأثر، وحسب رأي الدكتور علي علي سليمان : يتوقف الأخذ بهذا الأثر حول مدى الارتباط الحضاري بين الدول ، فإذا كانت مجموعة من الدول تنتمي إلى حضارة واحدة أو ديانة مشتركة كمثلا الدول الإسلامية فإن مسألة الاشتراك القانوني موجودة وبذلك يمكن إثارة الأثر الانعكاسي.

و أخيرا ، يعتبر النظام العام الوسيلة لعدم تطبيق القانون المختص لحكم عقود التجارة الدولية يتمتع بنفس الأهمية التي توكل له على المستوى الداخلي ، لأن أي عقد سواء كان داخليا أو دوليا يجب تنفيذه، فالعقد التجاري الدولي عند تنفيذه يجب على القاضي التأكد من عدم معارضته القانون الذي يحكم هذا الأخير النظام العام في دولته .

كما أن اللجوء إلى هذا الدفع يجب أن يتم بقدر الحاجة له بحيث تكون هذه الحاجة ملحة لإثارة الدفع بالنظام العام إضافة إلى الشروط التي سبق ذكرها جميعا ، لأنه يشكل خطورة على العلاقة العقدية ، و نظرا للتطورات التي حدثت في السنوات الأخيرة و دخول معظم الدول في الاقتصاد الحر رأى بعض الفقهاء (3) كما تم توضيحه أن يتمتع النظام العام بالمرونة و قابلية التكيف مع المعطيات الدولية الحديثة ، لوجود عقود حديثة ناتجة عن التطبيق الدولي، ولا ينظمها التشريع الداخلي من حيث طبيعتها ومميزاتها والتزاماتها ، ولا يمكن إلغاؤها نظرا للحرية التعاقدية الواسعة التي يتمتع بها الطرفان في عقود التجارة الدولية . ولا يعد هذا الدفع الوحيد الذي يمكن عن طريقه للقاضي فرض رقابة على مشروعية العقود الدولية و ذلك من أجل وضع حدود للحرية التعاقدية، وبالتالي حدود لحرية اختيار القانون المطبق، ويتمثل الدفع الثاني في الغش نحو القانون .

(1) Niboyer :op.cit, p. 496 .

(2) والمعروف أن هذا الاصطلاح (l'effet reflex) وضع من قبل الفقيه بليه (Pillet) ، ويقتصد به: "تطبيق النظام العام الوطني لدولة القاضي" أو بصفته مبسطة أو عملية ، على القاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة آخر .
(3) من بين الفقهاء كذلك : الفقيه ميركادال في كتابه خصائص القانونية للعقود الصناعية والفقيه جولدمان في كتابه التجارة الدولية في التحكم والعقود.

المطلب الثاني : الغش نحو القانون

إذا اتضح للقاضي أن القانون المختص الذي عينته قاعدة التنازع المتعلقة بعقود التجارة الدولية يصطدم في حكمها مع مفهوم النظام العام السائد في دولته تعين عليه استبعاده من ميدان تطبيق و إحلال قانون آخر مكانه ، نفس الحالة قد تحدث إذا تبين للقاضي وجود غش نحو القانون الواجب التطبيق ويتحقق ذلك بتوفر شروط في هذا الغش.

الفرع الأول : شروط الغش نحو القانون

لقد عرّف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بما يلي: "هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية ، عمدا أو غير عمد ، لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه" ، لكن ما يعاب على هذا التعريف أنه لا يعطي لنية التحايل أهمية كبيرة بذكره لفظ غير عمد ، ومن المعروف أنه من شروط إقامة الدفع بالغش وجود قصد التحايل على القانون لذلك حاول آخرون إعطاء تعريف آخر على أنه : "ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية ، الآمرة والناهية التي يخضع لها ، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها من معناه الحقيقي ، وبذلك يكون تغيير ضابط الإسناد هدفه التحايل (1) .

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن تطبيق القانون المختص قد يصطدم في غالب الأحيان ببعض المبادئ التي يعتبرها القانون القاضي غير قابلة للمساس بما فوق إقليم دولته ، من ضمن هذه المبادئ عدم التحايل على القانون القاضي بطريقة شرعية والتي يتم الرجوع إلى قواعد التنازع ، لكن هذا المبدأ لم تأخذ به كل التشريعات كما فعلت مع النظام العام ، كون أن السبب يعود إلى أن الأمر متوقف على أساس اختيار القانون المختص لحكم العقود الدولية ، فهناك

(1) Raymond Mertens :Synthèse de droit international privé , S. D. I, 5 Octobre 1999, p.2.
<http://www.chez.co./jurisfac/prime/>.

من التشريعات من تأخذ بنظرية الشخصية و أخرى بالنظرية الموضوعية ، فبالنسبة للدول التي تأخذ بالنظرية الموضوعية، تكون لا ضرورة لإثارة هذا الدفع مادام اختيار القانون يتم بصورة موضوعية ، ويفرض وجود صلة بينه وبين العقد أو المتعاقدين و تكون هذه الصلة الخاصة موجودة حتى في حالة عدم وجود اختيار صريح (1) .

والغش نحو القانون أكثر حدوثا في العقود الدولية ، لأن هذا الدفع لا يتصور إلا إذا كانت قاعدة الإسناد تتوقف على إرادة الأشخاص (2) والعقود التجارية الدولية هي بطبيعتها عقود إرادية يترك فيها اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة (3).

ومما تقدم فإن النظام العام يتشابه مع الغش نحو القانون في أنه يمنع تطبيق القانون المختار عن طريق فرض رقابة على القانون المطبق (4) ، لكن الاختلاف يكمن في أن الدفع الأول يراد به تجنب مضمون هذا القانون ، بينما يكون الدفع بالغش نحو القانون مثار عند وجود الباعث الذي دفع إلى اختيار، وهو التحايل على القانون المختص أصلاً ذلك لأن الدفع بالنظام العام يكون موجه إلى مضمون القانون المختص ، لأن قواعده تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها النظام العام الوطني في حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس موجهاً إلى مضمون هذا القانون، وإنما هو دفع موجه للوسيلة المستعملة من أجل التهرب من القانون الذي يكون الأصلح (5) ، كما أن أغلبية الفقهاء يسمحون بإثارة هذا الدفع حتى عند التحايل على القانون الأجنبي وليس فقط على قانون القاضي وهذا ما لا يمكن توفره بالنسبة للنظام العام.

وهنا يجب أن لا نخلط بين نوعين من المصطلحات والمتمثلة في الغش على العقد والغش عن

(1) Jean -Michel Jacquet : op.cit , p. 262.

(2) Raymond Mertens : op.cit , p. 2.

(3) مبدأ سلطان الإرادة في مجال تنازع القوانين في العقود الدولية خاصة أكدته كذلك أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص لسنة 1986-1987 والذي نشر في :

Droit international privé , édition du centre national de la recherche scientifique, 1988, p.29.

(4) Etienne Patant : op.cit , p. 435.

(5) ممدوح عبد الكريم حافظ : القانون الدولي الخاص العراقي ، طبعة 2 ، 1997 ، بغداد ص 65.

طريق العقد الذي يعد في جميع الأحوال غشا نحو القانون، رغم أن الفقه في سويسرا إعتبر أنهما متشابهان، لأنهما في الأساس يتعلقان بتصرف تعاقدي (عقد) أكسب المتعاقدين حقوقا لا يمكن التنازل عنها إلا من قبل الأطراف (1).

بينما الغش عن طريق العقد هو في الحقيقة تحايل على القانون عن طريق العقد فيمكن للمتعاقدين تغيير ضابط الإسناد من أجل جعل العقد الداخلي عقدا دوليا كما سنلاحظه فيما بعد، أما الغش على العقد على العكس من ذلك، فهو محاولة لتجنب القيام بتصرف تعاقدي بحيث يقوم الأطراف بتعديل العناصر المكونة (éléments constitutif) للعقد، بإيجاد عناصر أخرى أكثر فائدة إلى المتحايل لكي لا يظهر التصرف الذي يقوم به المتحايل في شكل عقد، بالتالي الغش على العقد فهو عبارة عن تحايل على العقد ذاته.

و من خلال التعريف نلاحظ أن هناك شروطا متفقا عليها يجب توافرها في القانون الذي اختاره المتعاقدان لاستبعاده باستعمال الغش نحو القانون، إضافة إلى شروط غير متفق عليها، فيما يخص:

أولا - الشروط المتفق عليها:

I- تغيير ضابط الإسناد بطريقة مشروعة: اتفق الفقهاء على ضرورة توفر شرطين لتمسك بالدفع بالغش نحو القانون، ومن بينهما تغيير ضابط الإسناد بطريقة مشروعة، بحيث يشترط القضاء وخاصة القضاء الفرنسي لإمكانية استبعاد قانون الإرادة عن طريق هذا الدفع أن يتوفر العنصر المادي في الغش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد.

وما يلاحظ على هذا الشرط أنه دفع إلى عدم الترحيب من الفقهاء لهذا الدفع، والسبب راجع في شأنه إلى الوسيلة المشروعة المستعملة، بحيث أنكر هذا الرأي أن للغش أثره في مجال النزاع، لأنه يعد استعمالا مشروعا لحق أو رخصة، فمن حق المتعاقدين مثلا: تغيير بلد إبرام العقد التجاري الدولي، ولا يعقل بعد ذلك أن ينسب إلى شخص ارتكابه للغش مادام أنه قد استعمل الوسيلة التي تمكنه أن لا يوضع محل التهام.

(5)-Georgadolf lang : op.cit , p. 87.

لكن الفقه الغالب لا يتفق مع هذا الرأي على الرغم من أنه يعترف باستعمال المتعاقدين لوسيلة مشروعة، إلا أن القصد بها التوصل إلى هدف غير مشروع، وهو التهرب من أحكام القانون المختص أصلا ، باستبعاد هذا الأخير والذي من المفترض أن يكون هو الواجب التطبيق. و بذلك فالغش لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل إرادة الأفراد في تغييرها كتحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي(1) ، فيتم الغش عن طريق خلق ظروف معينة من قبل الأفراد لأجل الوصول إلى تطبيق قانون هو في الحقيقة غير مختص ، فيجب بذلك تطبيق القانون المختص بتغيير بعض العناصر في العلاقة العقدية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق ويحل محله قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا لمصلحة المتعاقدين.

فإن تغيير عنصر واحد يكفي لتكوين الدفع بالغش ، كما يمكن تغيير جملة من العناصر فالذي يهم هنا النتيجة التي تحققت والمتمثلة في التحايل على القواعد القانونية في دولة القاضي أو دولة أجنبية، وفقا لرأي الفقه الغالب ، ولقد اشترط الفقه لتوافر الركن المادي في الغش أن يكون ضابط الإسناد فعليا (effectif) ، إذا كان التغيير صوريا لا يكون هناك مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون إذ يمكن في هذا الفرض التمسك بالأحكام الصورية وهذا ما هو إلا تأكيداً للطابع الاحتياطي الذي يوصف به هذا الدفع ، بحيث لا يمكن إعماله إلا إذا تعذر الحصول على الجزاء الآخر ، وهو شبهه بذلك إلى دعوى الإثراء بلا سبب في القانون الداخلي ، إذ لا يجوز رفعها مادامت هناك دعوى أخرى يمكن أن تقوم مقامها .

فالأمثلة عديدة في مجال الغش نحو القانون على العقد التجاري الدولي من ضمنها :

- أن يقوم الأطراف بالتحايل على شرط الصلة الواجب توافرها في القانون المختار بتغيير ضابط الإسناد من أجل إيجاد صلة مصطنعة تكون في الحقيقة خيالية (2) للتهرب من الصلة

(1) Jean Derrupé : Droit international privé , 8 éme édition , D .E.L.T.A 1988 ,p.108.

(2) هناك من الفقهاء من أخذ بالدفع بالغش في حالة وحيدة والمتمثلة في دولبة العقد و مغشوش فيها من بينهم الفقيه جون ميشال جاكوي Jean Michel Jacquet في كتابه السابق الذكر ، ص 262.

الحقيقية كمثلا :يقوم المتعاقدان بتغيير بلد الإبرام فيعد ذلك استعمالا لحق مشروع معترف به وهو حق تغيير ضابط الإسناد لكن الهدف هو إيجاد مخالفة للمصلحة الحقيقية قهرا من القانون المختص أصلا.

كذلك قد يتم الغش نحو القانون بتطبيق قواعد النزاع دون أن تكون مختصة أصلا لحكم العلاقة العقدية إذا كان العقد في طبيعته عقدا داخليا بحيث يقوم المتعاقدان بتغيير ضابط الإسناد كتغيير جنسية أحد المتعاقدين من أجل توفير العنصر الأجنبي في العقد ويكتسب العقد صفة الدولية، و يكتسب معها بذلك الحق للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم ويكون إضافة إلى ذلك يخدم مصالحهم ،بدلا من القانون الداخلي المختص أساسا لحكم هذا العقد و الذي يقيد تصرفاتهم إلى درجة اعتبار العقد باطلا في بعض الأحيان، و يكثّر استعمال الغش بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على جنسية الشركات ، إذ يعمد الشركاء إلى تعيين مقر إدارة رئيسي في الخارج يكون وهمي ، بعيد عن مقر الإدارة الحقيقي ، حتى تخضع الشركة إلى قانون المقر الوهمي بدلا من الحقيقي ،مع أنها تمارس نشاطها في دولة أخرى .

بالتالي اعتراف القانون للأفراد بحق تغيير جنسيتهم أو مكان إبرام العقد...، يقصد به تحقيق مصلحة مشروعة و هو الانضمام بصورة صادقة إلى مجتمع آخر ، لكن إذا تبين بعد ذلك وجود غش نحو القانون فإن المصلحة المشروعة لا تتحقق ، لذلك يضطر بعض الدول في مثل هذه الحالات إلى مقاومة التحايل على قواعد القانونية عن طريق رفض تطبيق قانون الإرادة الذي أعطى له الاختصاص بصورة اصطناعية لا تمت للحقيقة بشيء وتطبيق القانون المختص أصلا .

2- وجود سوء نية : يشترط في الغش نحو القانون إضافة إلى العنصر المادي توفر العنصر المعنوي ، ويتم تحديد ذلك عن طريق البحث عن المسائل الباطنية للتصرف(1) ، لأنه تنحصر نية الغش في إخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون ما وإخضاعها بعد ذلك لقانون آخر ،وتعتبر الغش من المسائل الهامة التي تجعل هذا الموضوع حيوي، وهو عنصر للتفريق

(1) Jean Derrupé: op.cit , p.109.

بين الغش نحو القانون والنظام العام. (1)

فلا يمكن التسليم أنه مجرد تغيير ضابط الإسناد قرينة على وجود الغش نحو القانون ، لذلك فأبي تغيير غير كاف لإثارة الدفع بالغش نحو القانون الواجب التطبيق بل يجب أن تكون إرادة المتعاقدين عند تحديدها لهذا القانون قصد منها التحايل على اختصاص قانون ما ، بحيث بعض الفقهاء أقروا أن :

"قمع الغش نحو القانون لا يكون له محل في حالة عدم وجود قصد للغش" (2) ، كما أنهم يرون في شرط القصد وسيلة للتفريق بين الغش، وأوضاع أخرى مخالفة للقانون مثل النظام العام .

إذن القول بوجود الغش نحو القانون، متوقف على البحث عن نية المتعاقدين في تغيير قاعدة الإسناد و تواجه هذا البحث عقبات صعبة لأن النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحري على ما في وجدان المتعاقدين ، ولا مجال للشك أن التحقق من القصد في الغش صعبا جدا لكنه ليس بالمستحيل ، لأن إقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم أمر ميسورا للقضاء بعد التجارب التي تمت في ميدان التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليسية في القانون المدني....

ويجب على القاضي في المهمة الموكلة له أن يكون شديد الحذر في تقديره لأن هناك أحوال تكون فيها نية الغش واضحة حلية تظهر من خلال قرائن يستند لها :

كالتلازم الرمي بين الإجراءين : كما لو تجنس شخص بجنسية جديدة وقام بعد ذلك بتحديد قانون هذه الجنسية ليحكم عقده الباطل في قانون الجنسية القديمة ، فإذا استخلص قاضي الموضوع من ظروف الدعوى أن أحد المتعاقدين غير جنسيته من أجل التهرب من القواعد القانونية في دولة القاضي، و التي من السمفترض أن تكون أكثر القوانين ملاءمة لطبيعة العلاقة المطروحة ، و وضع بدلا عنها قواعد تابعة لدولة أخرى ، كان عليه استبعاد هذه الأخيرة عن طريق الدفع بالغش نحو القانون .

(1) راجع سبق ذكره ، ص 104.

(2) Georgadolf lang : op.cit , p. 46 .

و إن أمر تقدير نية الغش لا يخلو من خطر إساءة القاضي لاستعمال سلطته أو قد يخطئ في استخلاص هذه النية ، مما دفع لوجود آراء متضاربة حول مسألة فرض رقابة من قبل محكمة النقض من أجل عدم تعسف القاضي .

فمن الفقهاء من رأى أن القصد هو من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق تقدير قاضي الموضوع، و تفلت بذلك من رقابة، أما أغلبية فيرون عكس ذلك بحيث يجب ضمان عدم التعسف بفرض رقابة محكمة النقض، لكن إذا كان سوء النية قد وقع في اختيار فيجب أن تكون مشتركة بين المتعاقدين .

وإضافة إلى هذين الشرطين: حاول بعض الفقهاء إدخال شروط أخرى لإثارة الدفع بالغش نحو القانون لكن ما يلاحظ عليها أنها محل خلاف بينهم :

ثانيا-الشروط الغير متفق عليها :

1- أن يتم الغش نحو القانون على نصوص أمرة : قد سار في بادئ أعمال هذا الدفع اتجاه إلى حصر نطاق الغش نحو القانون على الحالات التي يكون التحايل فيها على القواعد الأمرة و قد أخذ بهذا الاتجاه الفقيه فيدال، لأنه وحسب رأيهم القواعد المكملة لا يمكن أن تصور التهرب من أحكامها، ذلك لأن المشرع قد حوّل للأفراد حرية الخروج عليها .

لكن بعد ذلك بدأ هذا الشرط يفقد فعليته بحيث جرت الأحكام القضائية الحديثة على الأخذ بالقواعد المكملة لأن العبرة هي بالعرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم فقد يتم على قواعد أمرة أو مكملة ، وبذلك أصبح الدفع بالغش نحو القانون يشار لاستبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد الدولي لارتكاب المتعاقدين غشا على القواعد الأمرة والمكملة للقانون المختص أصلا .

2- أن يتم الغش على القانون القاضي : لقد استقر الفقه و القضاء خلال فترة طويلة على حصر تطبيق الدفع بالغش على الأوضاع التي يكون فيها الغش واقع على القانون القاضي، أما بالنسبة لنصوص القانون الأجنبي فلا يرى أنصار هذا الرأي أي مجال لإعمال فكرة الغش فيها وأساسهم في ذلك هو وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني وليس الأجنبي ، لكن

اختلف الأمر حديثا بحيث أن الفقه والقضاء الحديث يؤكد سلامة الدفع بالغش نحو القانون المختص وطنيا كان أو أجنبيا، و لقد تأسست أحكام القضاء الفرنسي (1) على إفلات من أحكام القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، فالغش في عقود التجارة الدولية يمكن للقاضي وفقا للاتجاه الحديث إثارتة على القانون المختار سواء كان الغش على قانون وطني للقاضي أو أجنبي عليه وسواء كانت قواعده أمرة أو مكملة .

3- أن يحدث الغش ضررا : إضافة إلى الشرطين السابقين أضف بعض الفقهاء ومن بينهم نبوايه شرطا يتمثل في أن يحدث التحايل على القواعد القانونية سواء وطنية كانت أو أجنبية نتيجة غير مشروعة، لكن نقد هذا الشرط على أن جزاء الضرر هو جبره أما في القانون الدولي الخاص ليس الغرض منه جبرا للضرر، وإنما استبعاد القانون المشوب بالغش .

ونحن نرى أن كلا من الشرطين، أي تغيير ضابط الإسناد و نية الغش كافيين للقاضي لإثارة الدفع بالغش نحو القانون، و استبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان، ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة وجود هذين الشرطين مجتمعين (2)، دون إضافة أي شرط من شروط الغير متفق عليها والسابقة الذكر .

(1) أبرز دليل على ذلك أنه أبطل كل العقود التي تشمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذلك في 7 مارس 1961 وفي قرار مانزر Munzer في تاريخ 1961/1/7 أخص إعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون والسبب ذكرها بانيفول في كتابه القانون الدولي الخاص، السابق ذكره، ص 432 .

(2) Mizjer : Rev. Cri. DIP 1972, p.124 dans l'arrêt de la cour de cassation du 18/5/1971.

الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون

إن الدفع بالغش نحو القانون له مكانة كبيرة وتظهر هذه المكانة من خلال الجزء الذي يفرض على القانون المختار إذا ثبت وجود تحايل من قبل المتعاقدين على القانون المختص أصلاً، لكن هل يترتب على الغش بطلان الجزء الذي وقع فيه الغش أو بطلان كلي للقانون المختار وفي حالة إذا كان بطلان كلي ما هو القانون الذي يحل محله؟.

لقد اختلف الفقهاء حول مسألة الجزء المترتب على الغش نحو القانون، وهذا الاختلاف يعود في جذوره إلى استبعاد القانون المختار لسبب الغش نحو القانون في سابق قد يتم بطريقتين :

الطريقة الأولى : هو استبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من أي أثر قانوني .

أما الطريقة الثانية : فهي استبعاد القانون المختار بعدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش .

لكن في الوقت الحالي، ونظراً لخطورة هذا الدفع كونه يقيد حرية المتعاقدين متى تتوفر الشرطين السابقين ، حاول الفقه الجمع بين الطريقتين السابقتين الذكر كأثر عام لاستبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان، والذي يكون مشوباً بغيب الغش نحو القانون وهو ما يعرف بالبطلان الكلي(1) .

أولاً - الأثر الجزئي والتمثل في البطلان الجزئي : يتم هذا الأثر بطريقتين هما

الطريقة الأولى : استبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من أي أثر قانوني ، فلقد حاول جانب من الفقهاء الفرنسيين، ومن ضمنهم الفقيه فيدال(2) في كتابه النظرية العامة للغش نحو القانون الفرنسي، على التأكيد أن أثر الغش يقتصر على الجزء الذي وقع فيه الغش، وهذا الرأي حصر الجزء في الوسيلة التي يلجأ إليها المتعاقدان للتوصل إلى النتيجة الغير مشروعة، بحيث لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف الشخص من ورائها تغيير ضابط الإسناد (3) ذلك لأن هذا الجانب يرى أن جزء الغش نحو القانون هو حرمان التصرف المشوب بهذا العيب

(1) من الفقهاء الذين يأخذوا بالجمع بين الطريقتين الأستاذ بانفول .

(2) Pierre Mayer : Droit international privé , 6eme édition , Montchrestien , p.175.

(3) - هشام صادق : تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص364.

من أي أثر قانوني و اعتباره باطلا كليا.

فالغش محتمل وقوعه إذا كان العقد مبرما في فرنسا بين فرنسي وبلجيكي لكي ينفذ كليا في فرنسا أو بلجيكا، لكن قانون هاتين الدولتين يعتبر العقد باطلا، ويحاول الأطراف منعا لهذا الإبطال تغيير جنسيتهم ليخضع العقد لقانون الجنسية الجديدة، والمتمثلة في الجنسية الهولندية، التي تعتبر العقد صحيحا، وأخذا بهذا الأثر فإن تغيير الجنسية من أجل إبدال القانون الواجب التطبيق لا يعتد بها، ويعد في حكم الباطل وعلى ذلك فإن أي نزاع يقتضي تطبيق قانون الجنسية السابقة قبل التغيير .

أما الطريقة الثانية : فهي استبعاد القانون المختار بعدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش ، فجانبا آخر من الفقه الفرنسي رأى غير ذلك ومن بينهم الفقيه نبوييه، و الذي يرى أن يقتصر الجراء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذوي الشأن من تحقيقه (1)، فالأثر هنا ينحصر في عدم الأخذ بالنتيجة التي يهدف الشخص من وراء الغش، والتي تعتبر غير مشروعة، فبالنسبة للمثال السابق : فإن النتيجة التي أرادها المتعاقدان من تغيير ضابط، هو اعتبار العقد صحيحا، و وفقا لرأي الفريق الثاني فإن أثر الدفع بالغش هو اعتبار العقد باطلا وفقا للقانون الذي حاول المتعاقدان التهرب منه.

لكن نقد هذا الرأي كون أن المتعاقد الذي تجنس بجنسية جديدة سيظل وفقا لهذا الرأي محتفظا بجنسية جديدة، و ستترتب على ذلك آثار قانونية عديدة، و في الوقت ذاته سيظل المتعاقد خاضعا لأحكام قانون الجنسية الأولى بالنسبة إلى النتائج التي أراد تحقيقها بتغيير الجنسية، و هذا لا يحقق استقرار المراكز القانونية إضافة أنه لم يعد للجنسية الجديدة مصلحة في استمرارها لسبب إبطال السبب ، لذلك فكلا الطريقتين غير كافية لمنع الغش واستبعاد القانون المختار فوجد نوع آخر من الأثر .

ثانيا - البطالان الكلي : يترتب على الغش نحو القانون آثار تتعلق بالوسيلة التي استعملت للتهرب من القانون أصح (2) وهي ضابط الإسناد التي تم بموجبها الغش كتغيير الجنسية

(1) Niboyer :op.cit ,p.510.

(2) محمود عبد الكريم : مرجع سبق ذكره ، ص65.

أو بلد إبرام العقد ، إضافة إلى آثار تتعلق بالنتيجة و الوسيلة ، حيث رأى الفقيه باتيفول أن الغش نحو القانون يقع على التصرفات القانونية ، و هنا تندمج الغاية في الوسيلة و يجب عدم الاعتراف بأي أثر، لا للغاية وللوسيلة إذ لا يمكن فصلهما بالتالي فأثر الغش نحو القانون في كل من الأثرين السابقين واحد، وهو استبعاد قانون الإرادة الذي ثبت له الاختصاص وفقا لضابط الإسناد المصطنع ، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتعاقدان التهرب من أحكامه ، و عادة تكون هذه الأحكام في مجملها تابعة لقانون القاضي ذاته (1) .

لكن هذا لا يدفعنا إلى القول أن كل الحالات التي يستبعد فيها القانون المختار لغش نحو القانون يحل محله القانون القاضي ، ذلك لأنه قد يكون غير ذلك لأنه في بعض الحالات يكون القانون المتهرب منه أجنبي مما يفرض الرجوع إلى القانون الأجنبي هذا (2) . و في اعتقادنا أن الدفع بالتحايل يهدف إلى توقيف أثر الغش في استعمال ضابط الإسناد و يقتضي بالضرورة إلى استبعاد أحكام القانون الذي توفرت فيه شروط الغش ، و تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة التنازع باختصاصه أصلا ، و الذي حاول المتعاقدان التهرب من أحكامه عن طريق التجنس ، أو تغيير بلد الإبرام... سواء كان هذا القانون أجنبي أو وطني ، فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلولي واستبدالي ، أي أن القانون المختص أجنبيا كان أو وطنيا يحل محل القانون الذي حاول المتعاقدان أن يتوصل إلى تطبيقه، حينما حاول تغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول .

لكن هذا الجزاء هل يسري فقط على الغاش أو على أشخاص آخرين ؟ ، و الملاحظ أن الجزاء في العلاقة العقدية بين الأطراف يجب التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى - عنصر النية غير ضروري في الغش : في الحالة التي يطبق الجزاء حتى ولو كان أحد الطرفين حسن النية .

الحالة الثانية - عنصر النية ضروري لإثارة الغش : أما في هذه الحالة التي يكون فيها القصد ضروري لتطبيق الجزاء فإن الطرف حسن النية لا يسري عليه جزاء الغش.

(1) جابر جاد عبد الرحمن : مرجع سبق ذكره ، ص 528.

(2) أنظر ما سبق ذكره ص 110.

و نحن نرى أن عنصر النية يجب توفره في الدفع بالغش نحو القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد التجاري الدولي ، لأن إثارته لا تكون إلا بتوفر العنصرين معا وهما العنصر المادي والعنصر المعنوي، و في أغلب الأحيان يكون المتعاقدان سيئا النية ويعلمان كلاهما بالغش ، ولا مجال لافتراض حسن النية .

أما بالنسبة للغير : فيجوز تطبيق الجزاء على الغير الذي ساهم في ارتكاب التصرف المشوب بالغش بإرادته ، أما إذا كان قد ارتكب غش نحو القانون بحسن النية ، فيتعذر تطبيق الجزاء عليه .

و يتضح لنا مما سبق أن الدفع بالغش نحو القانون يأخذ به عند الضرورة فقط ، و يقصد بها أن استبعاد القانون المختار الذي لا يوجد بينه و بين المتعاقدين أو العقد أي صلة، أو توجد له صلة مصطنعة ، بحيث ينحرف المتعاقدان عن الحق المشروع الذي منح لهما في تغيير أحد ضوابط الإسناد ، و يبالغا في استعماله خاصة في تحديد القانون المطبق على عقود التجارة الدولية متحايلين على القانون المختص أصلا .

كما أن استبعاد قانون الإرادة عن طريق هذا الدفع ليس بالأمر السهل ، فهو يحتاج إلى قاض يستعمل ذكاءه و واعيا للطرق الالتوائية التي قد يستعملها المتعاقدان للحصول على أغراضهم و المتمثلة في تطبيق القانون الذي يستخدم مصالحهما فقط، و يضر بالقانون الذي هو مختص ، لذلك وجد هذا الدفع من أجل قيام القاضي بالبحث عن خبايا النفوس لإثبات سوء النية التي تكون لها مظاهر خارجية يسهل إيجادها من قبل القاضي الواعي لأهمية معالجة القضايا من هذا النوع ، والتي تطرح على المحاكم لتحقيق على ضوءها الموازنة المنشودة بين حقوق المتعاقدين من جهة واحترام القانون من جهة أخرى .

كما أنه لا يجب إثارة هذا الدفع في كل حالة يتم فيها تغيير ضابط الإسناد، بل يجب أن يتم في الحالات التي يثبت فيها نية الغش، إضافة إلى البحث على النتائج التي يريد الأطراف تحقيقها ، فإذا كانت النتائج مشروعة فلا محل لإثارة الدفع تشجيعا للتجارة الدولية بين

الأطراف، أما إذا كانت النتائج غير مشروعة فيمكن استبعاد القانون المختار المشوب بعيب الغش نحو القانون.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يول لهذا الدفع أهميته، ولم ينص عليه كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يختاره المتعاقدان، كما أنه لم يذكره كدفع عام لكل تصرفات سواء العقدية أو غير عقدية، مثلما فعل مع النظام العام يجعله دفعا يستبعد فيه كل التصرفات المخالفة له، رغم أنه يؤدي الدور نفسه، فكان يجب على المشرع إثارة هذا الدفع في نصوص القانون المدني ولاسيما في تنازع القوانين، وإعطائه الأهمية التي يستحقها، تطبيقا للمثل الروماني القائل: أن الغش يفسد كل شيء. (1)

هذا إذن بالنسبة للحالة التي يختار المتعاقدان القانون المطبق لكن هناك حالات أخرى لا يختار فيها المتعاقدان هذا الأخير، مما يفترض أن لا تترك العلاقة العقدية بدون قانون يحكمها، بالتالي سيكون محل دراسة الباب الثاني .

(1) نقابلها بالرومانية:

Fraus omnia corrumpit

الباب الثاني

غياب القانون المطبق ومصير الإرادة في المجال الدولي

رغم أن الرأى السائد فى الفقه و القضاء المعاصر يقرب بخصوع العقود التجارية الدولية للقانون المختار وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ يتعذر تطبيقه فى بعض الحالات التى لا يعبر فيها المتعاقدان على إرادتهم فى تحديد هذا القانون، و تعرف هذه المسألة بسكوت المتعاقدين عن الإختيار الإرادى لهذا القانون .

بالتالى يؤدى بنا إلى تحديد الحل الذى يكون بديل على إرادة الأطراف فى حالة سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن هناك إعادة النظر لمبدأ سلطان الإرادة على المستوى الدولى سواء من قبل القضاء الدولى (التحكيم التجارى الدولى) أو القضاء العادى وحتى من اتفاقيات دولية لجعله متماشياً مع التطورات الحديثة .

الفصل الأول

البديل في حالة عدم إختيار قانون يحكم العقد التجاري الدولي

إن مسألة تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي في حالة سكوت المتعاقدين تم حسمها من قبل الفقه الدولي، وحتى القضاء، من خلال عدة أحكام قضائية صدرت حديثاً أقر فيها خضوع هذا العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، ويتولى تحديد هذا القانون القاضي المعروض عليه المسألة (1) ، يبحث من ضمن عدة قوانين القانون الذي له صلة بالعقد التجاري الدولي.

و يجد تشريعات أعطت موقفاً محدداً وحاسماً لحالة سكوت المتعاقدين، ومن ضمنها التشريع الجزائري ، من أجل تسهيل للقاضي تحديد القانون المطبق ، وتم ذلك بوضع قاعدة احتياطية يتم الرجوع إليها كل مرة تكون فيها الإرادة غير موجودة ، وتتصف هذه القاعدة بأنها تحدد القانون المطبق من ضمن القوانين التي تكون لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية، وهذا ما يؤدي بنا إلى دراسة هذا الضابط الاحتياطي بتسليط الضوء على ضوابط عامة وأخرى خاصة تساهم في بحث القاضي على الضابط الاحتياطي.

(1) Jean -Marie Leloup : Les agents commerciaux - Statut juridiques - Stratégies professionnelles , 1er édition , J.Delma et cie , p. 292.

المبحث الأول

الحل المعمول به دوليا

إن عدم وجود اختيار صريح أو ضمني يفترض على المحكمة المختصة أن تحكم في المنازعة المعروضة عليها، وفقا للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، واشتراط أن تكون صلة وثيقة يرجع إلى وجود عدة قوانين لها صلة بالعقد، لكن قد يكون قانون واحد فقط يستجيب إلى هذا الشرط ويتطلب تطبيقه على العقد التجاري الدولي.

و يتولى القاضي البحث عن هذا القانون مسترشدا في ذلك إلى عدة قرائن تختلف مكانتها من عقد إلى آخر، ويختلف كذلك من حيث وجودها مسبقا في العقد، أو تم استنتاجها من ملاسبات و ظروف التعاقد، مما يدفعنا إلى دراسة كل هذه الضوابط بعد تحديد سلطة القاضي في البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد القانون بعد عدم اختياره من المتعاقدين

يصبح تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي من اختصاص القاضي بعدما كان للمتعاقدين، فعند سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار هذا القانون يظهر فراغ قانوني يسده القاضي باختياره للقانون الأوثق صلة، هذا ما يدفعنا إلى دراسة الأساس الذي يستند إليه القاضي في تحديد القانون المطبق، ومدى سلطته في تجزئة الرابطة العقدية و تطبيق نظرية الإحالة.

الفرع الأول : أساس استناد القاضي للقانون الأوثق صلة

إن سكوت الأطراف المتعاقدة عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي وتعذر على القاضي أن يكشف بطريقة مؤكدة عن إرادتهم الضمنية في هذا الاختيار ، فإن ثمة مشكلة على درجة من الأهمية ، بل والصعوبة تثور على القاضي وهي التصدي لتبيان القانون الواجب التطبيق في حالة السكوت ، و لقد جرى القضاء الفرنسي في البداية على إسناد

العقد في مثل هذا الفرض للقانون يتصل بالرابطة العقدية تحت ستار فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين (HYPOTHETIQUE).

بحيث كانت المحاكم في السابق تستند عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وحتى التجاري منها إلى الإرادة الصريحة للمتعاقدين أو الضمنية إضافة إلى الإرادة المفترضة في حالة سكوت الأطراف عن تحديده و الذي يكون نتيجة إما لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة في كلا الطرفين سواء لعدم تنبه الأطراف لذلك أو لأنهم لم يتوقعوا وجود نزاع أثناء إبرام العقد.(1)

و بذلك يتولى القاضي وفقا لما جرى عليه القضاء، التخمين عن الإرادة التي كان من المفروض أن تكون مشتركة بين المتعاقدين لو فكرا في هذه المسألة، وما الدليل على ذلك إلا القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية و من ضمنها القرار الصادر عن الغرفة المدنية في تاريخ 1 مارس 1926(2) الذي تقرر فيها سلطة قاضي الموضوع في البحث عن النية المفترضة للمتعاقدين، إضافة إلى قرار آخر صدر عن الغرفة المدنية الأولى في 6 جويلية 1959(3)، وبذلك يبقى مبدأ " سلطان الإرادة " هو المسيطر في حل تنازع في عقود التجارة الدولية رغم عدم اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون المطبق.

وتتفق الإرادة المفترضة مع الضمنية في أن القاضي هو الذي يتولى تحديد القانون المطبق و ذلك عن طريق السلطة التقديرية التي يملكها القاضي في تقدير إذا كان الأطراف قد اختاروا ضمنا هذا القانون ليحكم العقد أو يفترض هذا الاختيار.(3)

لكن الاختلاف يبقى ظاهراً في هذه المسألة ويعود مرجعه إلى أن الإرادة الضمنية تكون فيها الإرادة موجودة لكن غير معبر عنها من قبل المتعاقدين، فيحاول القاضي البحث عليها من

(1) Vincent Henzé : op.cit , p. 251 .

(2) وهذا الحكم نشر في مجلة الإستفادة للقانون الدولي الخامس لسنة 1926 ص 403 .

(3) Cass .civ 1 , 6 Juillet 1959 . Bull .Civ .1 , n 334 ; Rev .Crit .DIP .1959 , P 708 note Batiffol ' ... a défaut de déclaration expresse de leur part , il appartient aux juges de fond de rechercher , d'après l'économie de la cause , quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ' .

(4) Rogea Dayant : J .Class .D .C , Fas 3 ,Art 1134-1135 , op.cit p.3.

أجل تطبيقها على العلاقة العقدية، بينما الإرادة المفترضة تكون إرادة الأطراف في الاختيار غير غير موجودة، وبذلك غير معلن عنها فيحاول القاضي أن يضع نفسه مكانهم ليقول لو فكر المتعاقدان في هذه المسألة لاختار هذا القانون أو ذاك. (1)

لذلك و خلاصة لهذا الرأي فإن الأطراف مهما بلغوا من الحيلة والحذر أثناء إبرامهم للعقد التجاري الدولي، فإنهم لا يمكنهم أن يضعوا كل الحلول لكل المشاكل التي تطرأ مستقبلا بصدد العقد المبرم، من ضمنها القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، ولتحديد هذا القانون كان يرجع إلى الإرادة المفترضة للمتعاقدين التي يتولى تحديدها القاضي المختص، لكن هذه الفكرة لاقت مهاجمة من قبل بعض الفقهاء (2)، والأسباب تعددت في هذا الشأن من بينها:

1 - أن إعطاء مهمة تحديد القانون المطبق للقاضي مدعيا استناده إلى الإرادة المفترضة يشكل عبئا ثقيلا، قد يكون له نتائج سلبية على المتعاقدين، من بينها انحراف القاضي عن إرادة الأطراف مدعيا وجود إرادة مفترضة، وبذلك إحلال إرادة القاضي محل إرادة الأطراف المتعاقدة.

2 - يرجع البعض الآخر من الفقهاء معارضة الإرادة المفترضة إلى أن الإرادة إما أن تكون موجودة ويتم التعبير عليها صراحة أو ضمنا في اختيار القانون أولا توجد، و لا يأخذ بهذا الشأن بالإرادة المفترضة لأنهم يعتبرون أن الإرادة المفترضة هي مجرد وهم وتصور يتناقض مع فكرة الإرادة في حد ذاتها، وبذلك فالإرادة المفترضة في حقيقة الأمر إرادة المشرع أو القاضي الذي طرح أمامه النزاع أكثر منها إرادة المتعاقدين.

فلو حللنا هذه الأسباب لوجدناها تجعل وظيفة القاضي تنحصر في البحث على وجود إرادة للمتعاقدين في العقد من عدم وجودها، إذ أن القاضي يكون ملزما في هذا الفرض بتطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين إذا وجدت فقط دون أن يلعب هذا الأخير دورا حاسما يتولى على إثره الفصل في المنازعة في حالة عدم وجود قانون يحكم الرابطة العقدية.

والواقع غير ذلك بحيث لا يقتصر دور القاضي على حد تطبيق قانون الدولة التي اختارها المتعاقدان بإرادة صريحة أو ضمنية تستنتج من ظروف التعاقد بل يصل إلى حد وضع قانون يحكم

(1) جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سبق ذكره، ص 535.

(2) هشام خالد، مرجع سبق ذكره، ص 105.

العقد التجاري الدولي منعا لوجود عقد بدون قانون يحكمه (la théorie du contrat sans loi)

وتحقيقا لمنطلق قانوني يقتضي إخضاع العقد الدولي لنظام قانوني معين. (1)

لذلك ومنعا للمساس بالمبدأ القاضي بضرورة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون دولة ما، أقر اتجاه حديث أنه في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن رغبتها في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، يقع على القاضي عبء البحث على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية و الذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في هذه الرابطة .

و لقد أكدت هذا الاتجاه الحديث من خلال قرارات صدرت عن محكمة النقض البلجيكية من بينها الحكم الصادر في 1974/11/27 والآخر الصادر في 1975/2/215 (2) ، كما تقر خضوع العقد للقانون الأوثق صلة كذلك من خلال المادة 2313 من المشروع التمهيدي الثالث من سنة 1965 إلى سنة 1967 الذي وضع من أجل إضافة هذه المادة إلى القانون المدني الفرنسي : " أن العقد ذا الطابع الدولي و الالتزامات المتولدة عنه ، تخضع للقانون الذي قرر أطراف العقد الخضوع لأحكامه ، و في حالة عدم التعبير عن القانون المختار صراحة ، فإن العقد يخضع للقانون الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا ، و هو قانون يتم تحديده بمراعاة المصالح الاقتصادية التي ينظمها هذا العقد ، وخاصة بمراعاة قانون المحل الرئيسي للتنفيذ". (3)

و يثور التساؤل في هذا الصدد عن المقصود بالصلة الوثيقة التي يتعين أن تتوافر بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، و بين العقد الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار ، لكن هذه المسألة لا يمكن تحديدها بدقة لذلك يتقيد القاضي في تحديده للقانون الواجب التطبيق على

(1) تقرر ذلك في قضية الإرسالات البحرية السابقة ذكرها والتي قضت على نظرية العقد بدون قانون بقولها :

"Tout contrat international est nécessairement rattacher a la loi d'un Etat . voir Rev . Cri .

DIP 1950 .P 609 ; Rev Crit 1964 p.655-656.

(2) Cass de Belgique 27/11/1974 et 21/2/1975 en Rev. Crit DIP 1976. P.660 : "a défaut de stipulation expresse constant de la volonté des parties ,le juge ,en cas de conflit de lois , rechercher dans les éléments de la cause a quelle loi elles ont entendu soumettre leur engagement contractuelles "

(3) "Le contrat de caractère international et les obligations qui en résultent ,sont soumis a la loi sous l'empire de laquelle les parties on entendu se placer a défaut de volonté manifestée , le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente par son économie , et notamment par le lieu principal de son exécution ,le lieu le plus étroit "

العقد التجاري الدولي أن يكون هذا القانون له صلة جدية مستمدة من العناصر الموضوعية للرابطة العقدية، كأن ينصب الاختيار على قانون موقع المال أو قانون محل الإبرام أو قانون بلد تنفيذ العقد التجاري الدولي... (1).

و لكي يتمتع القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية المطروحة يجب قبل ذلك التأكد من جملة من المسائل من ضمنها :

1 - وجود عقد دولي : حيث يقع على القاضي عبء التأكد أن العقد الذي لم يحدد فيه القانون المطبق من ضمن عقود التجارة الدولية ، ويتحقق ذلك وفقا للمعيارين السابقين المتمثلين في المعيار القانوني، والذي يقصد به اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد ، أو المعيار الاقتصادي بتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية ، فمجرد التأكد من وجود عقد تجاري دولي يعطي الحق للقاضي في اختيار القانون المطبق على المتعاقدين في حالة سكوت الأطراف عن اختياره.

2 - أن القاضي قبل اختياره للقانون الذي له صلة بالرابطة العقدية ، يضع في عين اعتباره أنه من المفترض في المتعاقدين العلم بمحتوى هذا القانون ، حيث و كما ذكرنا سابقا أن هناك جملة من القوانين يجب على من له مصلحة العلم بها من بينها قانون محل الإبرام ومحل التنفيذ (2) ، و يرجع القاضي لهذه القوانين للاختيار، منها القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

فحرية القاضي في شأن تعيين القانون المطبق على العقد التجاري الدولي متوقفة على اختيار قانون يكون المتعاقدان على علم به، و يكون له صلة وثيقة بالرابطة العقدية ، وبذلك فالمهمة الموكلة للقاضي تكون فيها الحرية : " حرية وظيفية " أي أن يستخدمها القاضي في حالة سكوت الأطراف فقط كما يستخدمها للبحث عن القانون الأنسب، والأكثر ارتباطا بالعلاقة العقدية ،منعا لاحتمال قيام القاضي باختيار قانون عشوائي، ودون أساس قانوني يستند إليه.

3- على القاضي كذلك أن يتأكد من أن القوانين المتراخمة لحكم العلاقة التعاقدية والتي يكون من ضمنها القانون الأوثق صلة لم يرتكب فيها المتعاقدان غشا نحو القانون لكن مسألة النظام العام لا تطرح في شأن القانون الأوثق صلة الذي يتولى تحديده القاضي .

(1) Jean -Marie Leloup : opcit , P 292.

(2) راجع ما ذكر في شرط العلم بالقانون المخار من قبل المتعاقدين من ص 52.

ذلك لأن مناط القانون الأوثق صلة الذي يختاره القاضي، وامتداده للخارج، متوقف على عدم التحايل من قبل المتعاقدين على القانون بإيجاد صلة مصطنعة مثلا يستند لها القاضي في تحديد هذا القانون، لكن تطبيقه ليس متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام، إضافة أن القاضي يلعب دورين :

الأول: هو تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي .

أما الثاني: فهو النظر في النزاع وتطبيق القانون الذي اختاره.

إذن لا يتصور أن يختار القاضي قانونا مخالفا للنظام العام في دولته، وبعدها يستبعده باسم الدفع بالنظام العام.

4 - إضافة إلى ما ذكر سابقا تظهر حالة غاية من الأهمية يجب على القاضي فيها التأكد من عدم حدوثها، والتمثلة في اختيار المتعاقدين بعد إبرام العقد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، ذلك لأنه إذا توفرت هذه الحالة يمتنع القاضي عن القيام بالبحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، ذلك لأن المتعاقدين تنبها أنهما لم يختارا القانون المطبق قبل إبرام العقد فقاما باختياره بعد ذلك، إضافة أن تطبيق قانون الأوثق صلة يعبر عن نية الأطراف بصفة غير مباشرة عن طريق القاضي، فإذا اختار المتعاقدان القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي فإن النية تظهر جلية وبصفة مباشرة من قبل الأطراف دون الحاجة إلى الرجوع إلى الرجوع إلى القاضي لتحديدتها.

و أخيرا يعتبر الأصل التاريخي لفكرة الأخذ بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إلى فكرة تركيز العقد التي جاء بها الفقيه باتيفول (1)، بحيث تأثر القضاء الفرنسي الحديث بما في حالة سكوت الإرادة عن اختيار القانون المطبق على العلاقة العقدية واعتبر أن القانون الأوثق صلة المختار من قبل القاضي ما هو إلا تكريسا لنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية. (2)

و مما تقدم يلاحظ أن هناك مبدئين متنافسين في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي أولهما قانون الإرادة و هو قاعدة تقوم كما رأينا على مبدأ حرية الاختيار تمكن المتعاقدين

(1) Henri Batiffol et Lagarde , op.cit p.236.

(2) Vincent Henzé ,op.cit p. 251.

من تحديد القانون المطبق صراحة أو ضمنيا ، أما ثانيها فهو مبدأ الصلة الوثيقة بالعقد التي يأخذ بها في حالة سكوت المتعاقدين، والمستمد من نظرية التركيز الموضوعي ، ويسعد المبدأ الثاني كحالة احتياطية تجدد تطبيقها عند عدم وجود الضابط الأصلي ، حيث إذا قام المتعاقدان باختيار قانون العقد لا يعود بذلك لفكرة التركيز الموضوعي مجال تطبيقه .

لكن هذا لا يدفعنا إلى الاعتقاد أن القانون الذي يختاره المتعاقدان، قد لا تكون له صلة بالرابطة العقدية بل و كما ذكرت سابقا أن وجود صلة معقولة شرطا أساسيا للأخذ بالقانون الذي يختاره المتعاقدان، ولا يكون اعتبار هذا الشرط إهدارا لحق المتعاقدين في الاختيار أصلا. أما عن اختيار القاضي في حالة سكوت الأطراف فقد تم الاتفاق على إخضاعه لرقابة محكمة النقض(1) من أجل تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين، نتيجة تحويل القاضي حق البحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، مما دفع بعض الفقهاء إلى تفضيل هذه المسألة عن الأخذ بالإرادة الضمنية بحيث اعتبروا هذه الأخيرة مجرد وهم و خيال، نظرا لعدم فرض على القاضي أثناء بحثه عن الإرادة رقابة لاعتبارها مسألة موضوعية.

(1) Vincent Henzé : op.cit p. 251.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في تجزئة الرابطة العقدية وتطبيق نظرية

الإحالة

إن منح القاضي سلطات في البحث عن القانون الأوثق صلة دفع إلى التساؤل إذا كان القاضي ملزماً بالبحث عن القانون الواجب التطبيق، و الحقيقة هو مجبر على ذلك نظراً لأنه ملزم بالفصل في القضية و إلا اعتبر ممتنعاً عن الحكم، وهو من أجل ذلك يبذل المستحيل فهل الحقوق التي يتمتع بها المتعاقدان تنتقل بصفة مباشرة إلى القاضي عن سكوتهم من حيث قابلية تجزئة العقد والأخذ بالإحالة؟ .

أولاً - مدى سلطة القاضي في تجزئة الرابطة العقدية : إن القاعدة العامة تجعل من تجزئة الرابطة العقدية حكراً على المشرع (1)، إلا أن هذا لا يمنع المتعاقدان من إخضاع العقد من حيث موضوعه إلى أكثر من نظام قانوني، و كما سبق الإشارة إليه أنه رغم الانتقادات التي وجهت إلى هذه الحالة إلا أن أغلبية الفقهاء اعترفوا للمتعاقدين بحقهم في تطبيق عدة قوانين تنتمي كل منها إلى دولة مختلفة على العناصر المتنوعة للعلاقة العقدية التي أنير بشأها النزاع، و من خلالها يمكن للمتعاقدين تجزئة العقد التجاري الدولي، و إخضاع كل عنصر منه لقانون معين بشرط أن تكون لهذه القوانين صلة بالمتعاقدين أو بالعقد في حد ذاته، ولا يمس ذلك بانسجام الرابطة العقدية. (2)

لكن هل يجوز للقاضي أثناء بحثه عن القانون الأوثق صلة التي تم نتيجة لسكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الذي يحكم العقد تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقوانين مختلفة يكون وثيق الصلة بها؟.

لقد اختلفت الاتجاهات حول حسم هذه المسألة بحيث هناك اتجاه يعترف بهذا الحق للقاضي بينما اتجاه آخر لا يسمح بذلك وهو ما يجسد رأي الغالبية:

(1) إن القانون الدولي المعاصر يتجه أكثر إلى تجزئة الرابطة العقدية تطبيقاً للقانون الأنسب بحيث يخضع شكل العقد لقانون محل الإبرام وموضوعه لقانون الإرادة والأهلية للقانون الشخصي ... مما يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم العقد التجاري الدولي رغم تعبيره على اتفاق واحد.

(2) Pierre Mayer : op.cit p.555.

فعن الاتجاه الأول: إن هذا الاتجاه اعتبر أنه إذا كان من غير المعقول أن يحتج على المتعاقدين بضرورة المحافظة على وحدة العقد عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق في شأنه، فنفس الشيء بالنسبة للقاضي حيث لا يمكن التمسك بهذا المبدأ في مواجهة القاضي عند قيامه بالبحث عن القانون الأوثق صلة، و بذلك لا يمكن تقييد سلطة القاضي بإجباره على اختيار قانون واحد بل له السلطة التقديرية الواسعة في هذا الشأن.

و هذا الاتجاه التقليدي أخذ به القضاء الألماني في عدة أحكام صدرت على المحكمة الفيدرالية الألمانية و من بينها القرار الصادر في تاريخ 1971/9/22 الذي اتجه في حالة سكوت المتعاقدين إلى القانون الأوثق صلة مع إخضاع كل من الالتزامات المتبادلة التي يفرضها العقد لقانون دولة تنفيذ هذه الالتزامات، وهو ما يترتب عليه تجزئة العقد وجعله يخضع لأكثر من قانون واحد. (1)

أما الاتجاه الثاني: فهو اتجاه حديث يميل إليه الفقه الأوروبي ويرى عكس الاتجاه الأول من حيث ضرورة احترام مبدأ وحدة العقد أثناء بحث القاضي عن القانون الواجب التطبيق، ووفقا لهذا الرأي العقد يشكل وحدة لا يقبل تجزئتها إلا إذا أَرادها المتعاقدان، و لا يمكن للقاضي التدخل في هذه المسألة (2)، بحيث لا يجوز للقاضي إخضاع العلاقة العقدية لأكثر من نظام قانوني يكون أوثق صلة بالرابطة العقدية.

- وبذلك يمكن للمتعاقدين إخضاع الرابطة العقدية لقوانين مختلفة في الحالات المعقولة، بحيث لا يتمتع المتعاقدان بحرية مطلقة في تجزئة، لأن هناك حالات يمنع فيها المتعاقدان من التجزئة و نفس الشيء بالنسبة للقاضي يمنع عليه التجزئة إذا كانت عناصر العقد لا يمكن فصلها و إخضاعها لقوانين مختلفة.

وأحسن مثال هو طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ الذي لا يمكن فيه إخضاع العقد لقانون معين وفسخه لقانون مختلف على الأول، بحيث لا يستطيع القاضي على إثر ذلك الفصل في النزاع وفقا للقانونين معا بل يجب أن يخضع فسخ العقد لعدم تنفيذه لقانون واحد، و قد تأثر

(1) Mezger : Rev. Crit. DIP 1972, p.621

(2) Patrick Courbe : J.Class. D. Com ,Fas 335 , p. 21.

القضاء الأوروبي بصفة عامة بهذا النظر حيث يميل عند غياب اختيار المتعاقدين إلى تطبيق القانون المناسب، وفقاً للضابط الاحتياطي في مجمله سواء كانت قواعد مكملة أو أمره حفاظاً على وحدة العقد، وبذلك ووفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء، ماعدا القضاء الألماني لا يجوز تجزئة العقد التجاري الدولي من قبل القاضي بل هو حكر على المشرع و المتعاقدين .

ثانياً-سلطة القاضي في تطبيق الإحالة : إن لكل دولة قواعد قانونية تحكمها وتنقسم إلى نوعين القواعد القانونية الموضوعية إلى جانب قواعد أخرى تسمى بقواعد التنازع التي تدخل ضمن قواعد القانون الدولي الخاص والذي تثار في الحالة وجود عنصر أجنبي.

وتطبيق الإحالة يتحقق إذا يتقرر أن قانوناً معيناً هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق من هذا القانون المختص إلا أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين التي تحيلنا إلى قانون آخر دون الرجوع إلى قواعد الموضوعية فيه، ومما تقدم يظهر أن قيام القاضي باستشارة قواعد الإسناد المعينة في القانون المختص يعني قبول الإحالة ، أما اتجاه هذا القاضي إلى أعمال الأحكام الموضوعية في هذا القانون فيعني رفضه للإحالة ، و بذلك تعرف نظرية الإحالة على أنها: *نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق*.(1)

و لقد استقر الفقه على رفض مسألة إثارة نظرية الإحالة بالنسبة لاختيار القانون المطبق على العقد من قبل المتعاقدين ، فرفض الإحالة في مادة العقود يرجع سببه لمسألة غاية في الأهمية وهي توقعات الأفراد(2) ، لكن يذهب الفقيه أرمنجون إلى عكس ذلك بحيث يرى ضرورة الأخذ بالإحالة، واعتبار أن اختيار الأطراف لقانون معين، إنما يعني في ذات الوقت موافقتهم على القانون الذي يحيل إليه هذا الأخير(3).

فالإشارة إذن من قبل المتعاقدين لقانون معين يفهم منه رجوع للمضمون المادي للقانون الذي عينته إرادتهما ، لأن الهدف من وراء اختيارهما بدهاءة إلى إسناد العقد للقواعد الموضوعية

(1) لمزيد من التفاصيل حول نظرية الإحالة أنظر :

Francescakis : La théorie de renvoi et les conflit de systemes ,PARIS 1956

(2) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ،مرجع سبق ذكره ، ص372.

(3) هشام خالد : الإجماعات الحديثة في نظرية الإحالة ، مجلة المحاماة المصرية سنة 72 العدد 2، 1 يناير وفبراير 1992.

الموجودة في القانون المختار دون قواعد التنازع (1)، بالتالي تطبيق قانون معين على العقد الذي حدده المتعاقدان تظهر الرغبة الأكيدة منهما على حل نزاعهما احتملة مباشرة على ضوء محتوى القانون الذي جرى تعيينه ذلك لأن تطبيق قواعد التنازع في ذلك القانون معناه إخضاع العلاقة إلى قانون مختلف، لا يعبر على القصد الذي أراده المتعاقدان مما يؤدي كما ذكرنا سابقا إلى المساس بمصالح الأفراد و توقعاتهم .

وهذا الرأي هو ما استقرت عليه كذلك الأنظمة القانونية التي تأخذ بفكرة الإحالة (2) ، بحيث رفضت الأخذ بهذه النظرية إذا تعلق الأمر بقانون اختارته إرادة المتعاقدين، وعلى هذا النحو تبدو ضرورة رفض القاضي قبول الإحالة إلى قانون آخر بوصفها فكرة مناهضة لأهداف قواعد التنازع (3)، فالقاضي في عقود التجارة الدولية يتولى تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا من حيث قواعده الموضوعية دون قواعد التنازع.

ولقد أرجع بعض الفقهاء السبب إلى أن نظرية الإحالة لا يتصور إعمالها إلا لو اختلفت قواعد الإسناد في قانون القاضي عن القواعد المتبعة في القانون الذي اختاره المتعاقدان، وهو ما يصعب وإن لم نقل يستحيل اعتبار في عقود التجارة الدولية اختلاف بين القوانين نظرا لأن معظم النظم القانونية تطبق على هذا العقد القانون الذي اختاره المتعاقدان (4)، فمجرد وجود الإرادة في اختيار القانون يمنع إثارة الدفع بالإحالة .

لكن هل يختلف الأمر لو تم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل قاضي الموضوع؟ أو بطريقة أخرى هل يملك القاضي سلطة واسعة إلى درجة تطبيق قواعد التنازع الموجودة في القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، والذي تم اختياره نظرا لسكوت المتعاقدين عن ذلك؟ هذه المسألة لم تحسم بعد بصفة قطعية، ووجدت آراء متضاربة في هذا الشأن .

(1) Patrick Courbe : J. Class. D Com 1991 , Fass 335 , op. cit , p. 12.

(2) المشرع الجزائري لم يعرض إطلاقا لنظرية الإحالة ، وبذلك لم يحدد موقفه من حيث إذا كان يأخذ بها أو يرفضها ، لذلك فلا يمكن حسم هذه المسألة وفقا للقانون الجزائري .

(3) Pierre Mayer : D IP , 5 eme édition 1994 , op. cit , p. 691.

(4) أنظر ما سبق ذكره في الباب الأول من المذكرة .

فيما يخص الرأي الأول : جعل لمسألة القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية تأخذ بنفس الحكم المأخوذ به في القانون الذي اختاره المتعاقدان بالنسبة لرفض الأخذ بنظرية الإحالة وهذا الرأي قد كرس قبلا من طرف الفقيه " باتيفول " حيث أثناء إقراره لفكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية أستثنى العقد من نطاق نظرية الإحالة. (1)

بالتالي فإن تحديد القاضي للقانون الذي يحكم العقد نتيجة لسكوت الأطراف المتعاقدة عن ذلك يؤدي إلى تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون دون قواعد التنازع التابعة للقانون الدولي الخاص، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي (2) ذلك لأن تطبيق قواعد التنازع يفرض في غالب الأحيان إلى تحديد قانون آخر ليحكم العلاقة العقدية ، ولم يتوقف هذا الرأي عند الاجتهاد القضائي الفرنسي بل أبعد من ذلك حيث أن اتفاقية روما المنظمة للقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت بهذا الرأي(3).

أما الرأي الثاني : فقد أعطى أهمية كبيرة لنظرية الإحالة في العلاقة العقدية ، وجعل إمكانية الأخذ بها بعد تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، فالقاضي عندما يقوم بتحديد هذا القانون ، يرجع إلى قواعد التنازع فيه دون النظر في القواعد الموضوعية ، و يرجعوا سبب الأخذ بالإحالة إلى :

- أن الأخذ بالإحالة يسمح للاستجابة للاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تحمل قواعد الإسناد مسؤولية تحقيق أهداف ومصالح الأفراد في الوقت الراهن.(4)
- أن الاختيار القانون المناسب في هذه الحالة لا يكون نتيجة لإرادة المتعاقدين بل يتم تحديده من طرف القاضي الذي ليس طرف في العلاقة العقدية ، وهذا يجد مبرر وجوب استشارة قواعد التنازع في القانون المناسب التي تحيل إلى قانون آخر تكون له صلة بالرابطة العقدية .
- العكس إذا كان الاختيار ناتج على إرادة المتعاقدين حيث يمنع منعاً باتاً إثارة نظرية الإحالة فيها

(1) Henri Batiffol et Paul Lagarde , op.cit ,p.236 .

أنظر سامي بديع منصور ، مرجع سبق ذكره ، ص 516

(2) Pierre Mayer : D IP , 6 eme édition 1998 , op.cit , p. 461.

(3) راجع ما سوف يذكر في ص 170 .

(4) هشام خالد ، مرجع سبق ذكره ، ص 109.

و إلا اعتبر ذلك مساساً لما توقعه المتعاقدان.
وأخيراً إن نظرية الإحالة وحسب ما تم توضيحه لها مكانة كبيرة في تطبيق قواعد التنازع لكنها لا تلعب نفس الدور في عقود التجارة الدولية ، حيث على القاضي رفض الأخذ بها و عدم قبول إثارتها في هذا النوع من العقود ، وهذا راجع حسب رأينا إلى أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى خضوع العقد التجاري الدولي لقانون غير القانون الذي اعتبره المتعاقدان، و حتى القاضي لأنه مرتبط سوءا بالعقد أو بالمتعاقدين، لذلك لم تمنح للقاضي سلطات واسعة تمكنه من الأخذ بالإحالة، سواء ا في الاختيار الصريح أو الضمني للمتعاقدين ، أو عند حالة إعطاء مهمة اختيار القانون المطبق للقاضي.

المطلب الثاني: الضوابط المتبعة في تحديد القانون الأنسب

إن سكوت المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق يفرض على القاضي البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة العقدية، وهو في سبيل تحقيق ذلك قد يستند إلى ضوابط تعتبر كقرائن تساعد في بحثه عن هذا القانون، و قد تكون هذه الضوابط عامة تذكر مسبقا في العقد التجاري الدولي إضافة إلى ضوابط أخرى يمكن استنتاجها من ظروف وملابسات التعاقد. لذلك يفترض علينا دراسة كل ضابط على حدى، وتحديد الفرق بينهما.

الفرع الأول: الضوابط العامة في تحديد القانون الأنسب

قد يتعذر تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فتذهب بعض التشريعات لحسم هذه الصعوبة إلى وضع ضوابط محددة يستهدي بها القاضي أثناء تحديده للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي، و النوع الأول من هذه الضوابط تعتبر عامة نظرا لأنها من المفروض أن تتوفر في كثير من عقود التجارة الدولية إن لم نقل جميعها. ولقد حاول الفقهاء إيجاد تسمية أخرى لهذه الضوابط ومن بينهم "باتيفول" نظرا للخصوصية الأساسية التي يتمتع بها والمتمثلة في أنها إسناد جامد (rigide) لأن القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية وفقا لهذا النوع من الضوابط يكون محدد وغير قابل لتغييره بعد إبرام العقد التجاري الدولي ويتولى القاضي البحث عنه مباشرة من أجل جعل العقد خاضعا إليه. ولقد تقرر حصر هذه الضوابط في ضابطين يتمثلان في قانون مكان إبرام العقد و قانون مكان تنفيذه (1)، بينما قانون الجنسية المشتركة لم يحصل الإتفاق عليه، ويرجع السبب إلى أن أولا لا يعبر على صلة وثيقة مع العقد بل مع المتعاقدين، كما أن البعض يعتبر أن الجنسية المشتركة للطرفين لا تكسب العقد صفة الدولية ولا نكون هنا أمام تنازع القوانين، لكن هذا المانع المحاكم من اعتبار العقد دوليا رغم أنه أبرم بين أطراف من نفس الجنسية (2)، كما أن بعض

(1) Henri Batiffol et Paul Lagarde, opcit P253.

(2) Ibid :P 259.

التشريعات ومنها التشريع المصري (1) قد اعتبره كضابط احتياطي يرجع إليه في حالة صمت الأطراف ، على العكس بالنسبة للضابطين السابقين فقد حصل الاتفاق عليها و بذلك يمكن للقاضي اللجوء إليها في حالة سكوت المتعاقدين، ويتميزان في أحدهما بتحقق شرط العلم للمتعاقدين بهذا القانون ، مما يحقق لهما الأمان القانوني الذي ينشدانه ، و يصون على هذا النحو توقعتهما المشروعة من ناحية ، والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى .(2)

أولاً - قانون محل الإبرام : وفقا لهذا الضابط فإنه في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يتولى القاضي البحث عن القانون المناسب بالرجوع إلى قانون محل الإبرام المحدد في العقد، و يعد قانون مكان إبرام العقد قرينة كانت تأخذ به المدرسة الإيطالية القديمة في تحديد النظام القانوني للعقود الدولية (3)، ولقد تبعتها في ذلك قضاء مجموعة من الدول، و من ضمنها القضاء الإنجليزي والبلجيكي والإسباني، وحتى قضاء الولايات المتحدة الأمريكية ، إضافة إلى القانون الجزائري.(المادة 18)

لكن الفرق بينهما يكمن في أن المدرسة الإيطالية كانت تطبق قانون محل الإبرام فقط و لا تأخذ بقانون آخر بحيث هذا القانون يطبق في كل الأحوال، لأنه يعبر على مكان ميلاد العقد، بينما قضاء الدول المذكورة أنفا فتأخذ بقانون بلد الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين عن التعبير عن الإرادة ، كما أن القضاء وخاصة الفرنسي في بادئ الأمر كان متردداً في حسم الأخذ بهذا القانون و يظهر ذلك من خلال حكمها الشهير السابق الذكر والصادر بتاريخ 1910/12/05 (4) حيث أقرت فيه محكمة النقض الفرنسية على جعل قانون محل الإبرام يأخذ المرتبة الثانية في حالة سكوت المتعاقدين بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، فوفقا لهذا الحكم القانون المطبق على العقد في حالة سكوت المتعاقدين هو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهم أما في الحالة العكسية فيطبق قانون محل الإبرام.

(1) في المادة 19 من القانون المدني المصري.

(2) هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سبق ذكره ، ص 614.

(3) علي علي سليمان : مرجع سبق ذكره ، ص 84.

(4) راجع الفضية في المقدمة ص 6.

لكن بعد ذلك الحكم، أتت سلسلة من القرارات أقرت هذا الضابط بصفة واضحة (1)، ومن ضمنها قرار صدر عن الغرفة المدنية في 1932/05/03 و آخر في 1937/11/10، ومما تقدم يلاحظ أهمية هذا الضابط مما دفع الفقهاء إلى اعتباره القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه على العقد في حالة سكوت الأطراف وأرجعوا ذلك إلى عدة أسباب ومن ضمنها:

1- أن المكان الذي يبرم فيه العقد إنما يعبر على مكان نشأته، و يسهل بذلك للمتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من صحة التعاقد، والسلامة القانونية للشروط التي يضعها المتعاقدان في عقود التجارة الدولية.

2 - أن من الناحية العملية لا يمكن لمحل الإبرام أن يكون متعدداً بل في أي عقد محل الإبرام يكون واحداً ويمكن تحديده من دون أي صعوبة تثار، وبذلك يكون من السهل للمتعاقدين معرفته.

3 - أنه من الناحية القانونية: يشكل الأخذ بمحل الإبرام توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية (2) من حيث شكل العقد وموضوعه، بحيث وكما سبق بيانه سابقاً أن شكل التصرفات يخضع لقاعدة عرفية والمتمثلة في *locus regit actum* أي قانون محل إبرام، وبذلك فإن شكل العقد وموضوعه يخضعان إلى قانون واحد ومتمثل في قانون محل الإبرام.

ومما تقدم فإن العقد الدولي مرتبط بقانون محل الإبرام، ولقد آيد هذا الرأي وأخذت به في قوانينها بعض التشريعات من ضمنها القانون الجزائري لكن هذا الضابط قد لا يشكل واقعا لصلة وثيقة بالرابطة العقدية، مما قد يطرح إشكاليتين سنتعرض إليهما في المطلب الثاني من خلال الضابط الاحتياطي الذي أخذ به القانون الجزائري كما أنه قد تكون هناك عناصر أكثر أهمية من قانون محل الإبرام تعبر موضوعيا على مركز العلاقة والمتمثلة في قانون بلد التنفيذ.

ثانياً- قانون محل التنفيذ: يعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يمكن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون المطبق على العقد إذا سكت المتعاقدان عن اختياره، و يرجع سبب الأخذ بهذا القانون إلى أن قانون مكان التنفيذ أصبح هو المفضل لدى الفقه الحديث نظرا للانتقادات التي وجهت لمحل الإبرام، والتي سنتعرض لها فيما بعد، إضافة أن العقد يظهر من خلال تصرفات

(1) Henri Batiffol, Contrat et convention, Ency. D, op.cit, p.570.

(2) سامي بديع منصور وعكااشة عبد العال، مرجع سبق ذكره، ص 389.

خارجية(1) يقوم بها المتعاقدان كتسليم البضاعة في عقد البيع الدولي مثلا و الذي يعد الالتزام الرئيسي قبل الالتزام بنقل الملكية، و بذلك يوجد محل التنفيذ صلة واقعية بين العلاقة العقدية والقانون المطبق(2). وعن التجربة الجزائرية في هذا المجال أثبتت أخذها بقانون محل التنفيذ كذلك باعتبار أن هناك تعليمة صارمة تفرض على المؤسسات الجزائرية تطبيق القانون الجزائري على العقود التي تبرمها والذي يعد مكان تنفيذ العقد في نفس الوقت.

ولقد أخذ بهذا الرأي كل من القضاء الألماني والسويسري ، بحيث أن أول مرة قررت فيها المحكمة الفيدرالية صراحة كيفية تحديد محل تنفيذ يرجع إلى قرار صدر في تاريخ 1918/10/11 والمتعلق بعقد البيع الدولي "حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي ، يتم عن طريق الأطراف ، وفي حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد" (3)، فطبقا لهذا الاجتهاد القضائي الثابت الذي لا يمكن التخلي عنه تم إقرار خضوع العقد لقانون محل التنفيذ.

ونفس الشيء حدث لدى القضاء الألماني بحيث اتجهت أحكام القضاء الألماني بصفة خاصة إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد ، وقد غير كذلك القضاء الفرنسي من رأيه واتجهت أحكامه إلى إقرار هذا القانون .

إذن هناك من الفقهاء من يفضل إخضاع العقد التجاري الدولي إلى قانون محل التنفيذ بدلا عن قانون محل إبرام ، وتتركز ميزة هذا القانون أنه يؤدي إلى أن يتحاشى في موقع التنفيذ كل الصعوبات الخاصة بصفة العقد أو التنفيذ(4)، وفي الحقيقة أن اختيار قانون آخر حتى ولو كان قانون محل إبرام، ولو كانت له صلة وثيقة كما سنلاحظه قد يؤدي جزئيا إلى تعطيل إنتاج العقد لآثاره، ولم يتوقف الأخذ بمحل التنفيذ عند حد الفقه والقضاء ، بل وصل إلى درجة أن اختارته مجموعة دول السوق الأوروبية المشتركة في المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بتحديد

(1) Jean Derrupe : op.cit , p. 110.

(2) Henri Batiffol : Contrat et convention ,Ency .D , op.cit p.369.

(3) Pierre Engel : La détermination des points de rattachement en droit international privé , Université de Genève 1953 , Pezzotti S.A ,P 113 .

(4) محمود الكيلاني :مراجع سبق ذكره ، ص 536.

القانون الواجب التطبيق : " أن يكون قانون الدولة التي سينفذ العقد فيها واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية" من خلال نص المادة 4 من هذا المشروع (1)، لكن تطبيق قانون محل التنفيذ رغم وجود تأييد من الفقه والقضاء الحديث، على أنه لا يمكن إخضاع إجراءات تنفيذ العقد لغير قانون دولة التنفيذ إلا أنه لا يحقق الوحدة المنشودة التي يتولى تحقيقها قانون بلد الإبرام ذلك لأن شكل العقد يخضع لقانون محل الإبرام بينما موضوعه لقانون محل التنفيذ.

لكن رغم الطابع الملائم لهذا الضابط إلا أن له عيوباً بحيث يتعذر على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ كما لو تعددت أمكنة التنفيذ أو ما يعرف بمحل التنفيذ متعدد أو كان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تحديده.

في الحالة الأولى : إذا طبقنا هذا الضابط تتعدد في بعض الحالات القوانين التي تحكم العلاقة القانونية نظراً لتعدد أماكن التنفيذ ، وقد اقترح البعض لتحديد هذا القانون تطبيق قانون مكان التنفيذ الأساسي (2) فيما لو وجد من بين تلك الأماكن ما يمكن اعتباره محلاً للتنفيذ الرئيسي ففي بيع المنقول هو مكان تسليم المبيع مهما يكن مكان الوفاء ، وفي عقود التمثيل التجاري هو المكان الذي يمارس الممثل نشاطه. (3)

و هذا الحل أكدته المادة 2313 من المشروع التمهيدي الثالث لتعديل القانون المدني على "أن العقد ذا الطابع الدولي، و الالتزامات الناشئة عنه تخضع للقانون الذي اختاره الأطراف ، وفي حالة عدم الاختيار الصريح يحكمه القانون الذي يرتبط به العقد اقتصادياً ارتباطاً وثيقاً ولاسيما قانون محل التنفيذ الرئيسي " (4).

لكن قد يحدث أن يتعذر تحديد هذا المكان الرئيسي مما دفع معارضي قانون محل التنفيذ إلى

(1) نصرة بوجمة سعدي : مرجع سبق ذكره ، ص 404.

(2) Francis Lemener : Principes et pratique du droit commercial , Droit des affaires " ce qu'il nous faut savoir " , 12 eme édition , J .Delma et cie , p.4.

(3) ساهي بايج منصور ، مرجع سبق ذكره ، ص 532 .

(4) "Le contrat de caractère international ,et les obligations qui en résultant sont soumis a la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ,a défaut de la volonté le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente par sont économie et notamment par le lieu principal de son exécution le lieu le plus étroit" .

الرجوع لتطبيق قانون محل الإبرام.

أما الحالة الثانية: فسفي هذه الحالة لا يحدد المتعاقدان محل التنفيذ، فمن غير المتصور الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل، لكي نحدد بسهولة قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك لأنه في بعض الحالات قد يجبر القاضي إلى البحث عن القانون المطبق عند سكوت المتعاقدين قبل تنفيذ العقد، لأن في بعض الأحيان قد يثور نزاع حول العقد قبل البدء في التنفيذ، و دون أن يحدد مسبقا مكان التنفيذ.

إضافة أن عدم تحديد محل التنفيذ قد يخل بشرط العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم العقد مما قد يؤدي إلى المساس بتوقعات الأطراف، لذلك منح للقضاء سلطة تقديرية في حسم الحالة الثانية(1)، بحيث يكون للقاضي سلطة تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بظروف وملابسات التعاقد

تبين أنه في بعض الحالات يتعذر تطبيق الضوابط العامة في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي سواء بالنسبة لقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، كما سندرسه عند تعرضنا لموقف التشريع الجزائري في حالة سكوت أن هذا القانون يتعذر تطبيقه إذا كان محل الإبرام قد تم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة بصفة عرضية أو صعب تحديده نتيجة لحالة التعاقد بين غائبين.

لذا حول كل من الفقه المعاصر و حتى القضاء الفرنسي في السنوات السابقة منعنا من الوقوع في حالات مماثلة يتعذر فيها تحديد القانون المختص إيجاد حلا آخر يتم من خلاله تحديد هذا الأخير بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد، ويقصد بهذا المصطلح الظروف التي تكون محيطة بالعلاقة العقدية أثناء إبرام العقد التجاري الدولي .

وبذلك يمكن للقاضي البحث من ضمن القوانين المتواجدة، والتي تتنازع لحكم العلاقة العقدية إذا وجد قانونا أوثق صلة بالعقد وفقا لمقتضيات وظروف التعاقد، ويتمتع القاضي بهذا الحق الذي يمنح له سلطات واسعة على إثر عرض النزاع عليه.

(1) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مرجع سبق ذكره، ص 389.

و الملاحظ أن تحديد هذا القانون وفقا لهذه الظروف يختلف ويتنوع من عقد إلى عقد آخر حتى وإن كانت تلك العقود تتمتع بطبيعة واحدة (1)، فكل عقد يختلف فيه تحديد القانون المطبق على حالة سكوت الأطراف على عقد آخر يحمل نفس الفئة، على العكس بالنسبة للضوابط السابقة الذكر التي لا تتمتع بهذا التباين فإسناد مسبق لا يختلف من عقد لآخر في عقود ذات طبيعة واحدة ، فالعقود وفقا لهذه الضوابط تعتبر فيها المسألة محسومة بالنسبة للقانون المطبق ، وهذا التباين كان له الأثر الكبير بالنسبة للأحكام الصادرة في هذا الصدد و التي أخذت بهذا الضابط مما دفع إلى وجود تباين شديد في هذه الأحكام (2)، على نحو يصعب معه القول بوجود حل ثابت للمشكلة المعنية .

وأول من أتى بهذه الفكرة ولو بطريقة غير مباشرة الفقيه الفرنسي " باتيفول " أثناء دراسته للقانون المطبق على التصرفات التعاقدية التي أقر فيها "تركيز العقد"، بحيث لم يتوقف هذا الفقيه عند حد تركيز العقد في حالة وجود إختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بل وصل إلى غياب إرادة المتعاقدين ، بحيث القاضي عند بحثه عن القانون الذي يركز فيه العلاقة العقدية يتم ذلك بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد (3)، وعلى هذا الأساس قد ينتهي القاضي إلى تركيز العقد في بلد معين .

ولقد أخذ بهذا الضابط القضاء الإنجليزي بعدما كان يأخذ بالنوع الأول من الضوابط أي قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، وقد تبعه في ذلك القضاء الفرنسي الحديث من خلال بعض الأحكام القضائية التي صدرت في شأنها، وتم على إثرها إسناد العقد للقانون الأوثق صلة .
ومن ضمن أحكام القضاء صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم بتاريخ 1959 / 7 / 26 الذي تم الإقرار فيه أنه: "إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحة، فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث على هذا القانون مستندا في ذلك إلى

(1) Vincent Henze : op.cit ,p. 236.

(2) هشام خالد ، عقود الدولية الخاصة . مرجع سبق ذكره ، ص 105.

(3) Henri Batiffol , Paul Lagarde: op.cit ,p.237.

(4) Cass .Civ .1 ,6 Juillet 1965 : Bull .civ 1 n 334 .
Rev. Cri .DIP 1959 ,P 708 note Batiffol .

ظروف التعاقد وملايساته". (1)

وبذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة، والتي يستحقها لبحثه عن القانون الأوثق صلة بالرابطه العقدية التي يتم تطبيقه على العقد التجاري الدولي، فالقاضي له سلطة تحديد هذا القانون في كل حالة على حدها، فإذا تبين له وجود هذا القانون وفقا لظروف وملايسات التعاقد يتولى بعد ذلك تطبيقه على العلاقة العقدية.

ومسألة تغير ظروف وملايسات التي ترافق إبرام العقد من عقد إلى آخر، لكن هذا لم يمنع من وجود ظروف معروفة يمكن للقاضي الرجوع إليها في بحثه على القانون الأوثق صلة، وهذه الظروف لا يمكن حصرها بل يتم ذكرها فقط على سبيل المثال:

- تحرير العقد من قبل موظف تابع لدولة معينة : قد يكون ضمن الظروف المرافقة لإبرام العقد أن يتفق المتعاقدان على أن تحرير العقد يتم أمام موثق رسمي تابع لدولة معينة(2) أو أمام أحد القناصل التابعة كذلك لدولة ما، وهذا يعبر على الطرف الذي رافق إبرام العقد الدولي ويمكن الاستناد إليه في تحديد القانون المطبق، فالقاضي يمكنه أن يستنتج من هذا الضابط قانون دولة الموثق كقانون مختص.

- اللغة التي يحرر بها العقد : تعد هذه اللغة كذلك وسيلة يستشف بها القاضي القانون المناسب استنادا إلى الأخذ بظروف وملايسات التعاقد، إلا أن القضاء لا يعتبر لغة تحرير العقد في ذاتها دليلا على تطبيق قانون دولة لغة المحرر بها العقد إلا لو وجدت برفقته قرينة أخرى لجانبها تريدها قوة من أجل اعتبارها ضابطا يرجع إليه.

- التعاقد مع الدولة: كذلك التعاقد مع الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي الخاص غير متمتع بسيادة يشكل دليلا بالنسبة للقاضي على الخضوع لقوانين تلك الدولة(3)، إلا أن ذلك يقتضي أن لا يتجاوز كونه مجرد قرينة على اختيار قانون دولة الطرف في العقد كمرکز العلاقة ما لم يثبت العكس، وهذا ما أقرته كذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولية(4)، فالقاضي إذن

(1) Cass .Civ.1 ,6 Juillet 1965 ; Bull .civ 1 n 334 ; Rev. Cri .DIP 1959 , p. 708 note Batiffol

(2) هشام صادق : تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص655.

(3) Henri Batiffol , Paul Lagarde : op.cit P 260.

(4) Ency Dalloz de 1930 Tome 2 p.45 ; Rev. Crit .DIP 1929 p. 427.

عليه التأكيد من عدم وجود العكس بحيث يقوم المتعاقدان في بعض الحالات باختيار قانون آخر بعد إبرام العقد .

وإن كان لهذا الضابط مميزات في السعي من أجل تحقيق العدالة على نحو أفضل لكونه لم يراع فقط طبيعة العقد الذاتية، وإنما المقتضيات التي صاحبت التعاقد، إلا أن هذا الضابط لا يحقق للمتعاقدين العلم به وحتى القاضي إلا بعد البحث عنه عندما يعرض النزاع عليه بالتالي لا يمكنه توقعه ولا 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، لكن هذا لا يمس بشرط العلم نظرا لأن هذا الشرط يجد فعاليته عندما يكون الاختيار صريحا أو ضمنا للمتعاقدين، أما عندما ينظر القاضي في هذه المسألة فقد يفقد هذا الشرط تلك الفعالية إذا استند إلى ظروف وملاسات التعاقد.

لكن ورغم الانتقادات التي وجهت لكل هذه الضوابط ، إلا أن هذا لا يدفعنا إلى القول بعدم إعمال هذه القوانين بل تبقى هذه القوانين تعبر على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية، ولقد حاولت اتفاقية روما تجنب هذه الانتقادات بفرض حل يعرف بالأداء المميز، ومن ضمن القوانين التي أخذت بأحد الضوابط السابقة الذكر القانون الجزائري، بحيث أخذ بقانون محل الإبرام الذي يطرح عدة إشكالات، مما يؤدي إلى صعوبة تحديده خاصة مع التطور التكنولوجي الحاصل، والذي أثار على العقود إلى درجة وجود عقود ترم في بعض الحالات تعرف بعقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني

موقف التشريع الجزائري في حالة غياب القانون المطبق على العقد التجاري الدولي كمعظم التشريعات التي أقرت في نظامها القانوني ضابطاً محدداً يرجع إليه كبديل على القانون الذي من المفروض أن يختاره المتعاقدان، فالقانون الجزائري تنبه من جهته المسألة حيث أقر المشرع استثناء على القاعدة التي تحكم العقد التجاري الدولي من خلال تطبيق قانون محل الإبرام، إلا أن هذا الضابط المختار من المشرع لا يمكن تطبيقه بسهولة خاصة في السنوات الأخيرة بحيث أصبح يطرح إشكالية من نوع خاص، متعلقة بنوع جديد من عقود التجارة الدولية تعرف بعقود الإلكترونيّة، مما يفرض عليها دراسة هذا الضابط و هو محل إبرام العقد الذي يؤكد على أخذه بالضوابط العامة التي تتوفر في أغلبية العقود بدلا عن الضوابط المتغيرة لتحديد بعدها الصعوبة التي تشوب عند البحث على هذا الضابط سوءا في عقود التجارة الدولية العادية أو العقود التي نتجت عن التطور التكنولوجي .

المطلب الأول: قانون محل إبرام العقد

إن مسألة البحث عن الضابط الذي يأخذ به المشرع الجزائري عند سكوت الأطراف يتم حسمه بالرجوع إلى نص المادة 18، الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري ، الذي يعتبر تحليلها من الأمور الصعبة (1) لكن الرأي الغالب الذي يرجع إلى نفس المادة باللّغة الفرنسية تبيّن أنه أخذ بقانون محل الإبرام كضابط احتياطي يرجع له عند سكوت الأطراف، مما يؤدي بنا إلى دراسة محل إبرام العقد، والإشكاليات التي يطرأ على تحديده التي تؤدي إلى صعوبة تحديد القانون المطبق إذا كان القانون الجزائري هو مستند إليه من خلال قواعد التنازع الموجودة به.

(1) من خلال نص المادة 18 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون مكان السذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " يظهر لأول وهلة أن المشرع الجزائري قد أخضع التصرفات التعاقدية لقانون محل الإبرام كضابط الأصلي وليس ضابط احتياطي بحيث لم يجعل من محل الإبرام كبديل على مبدأ سلطان الإرادة عند عدم وجودها ، إلا أن الحقيقة غير ذلك إتباعا على ما سارت عليه تشريعات الدول وحتى الاجتهاد القضائي الذي أثبت عكس ما يظهر لأول وهلة .

الفرع الأول: محل الإبرام العرضي

إن إقرار المشرع الجزائري لقانون محل الإبرام يرجع له القاضي عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الملائم للرابطة العقدية ما هو إلا تكريسا للإسناد المسبق الذي يتم وفقا للضابط العام، وبذلك فلم يأخذ هذا الأخير بما أقره الفقه المعاصر حول الأخذ بظروف وملابسات التعاقد من أجل تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

فيقع على القاضي الجزائري المختص أن يقوم في بداية بتكييف النزاع (1)، وهو ما سيسمح له بإضفاء وصف العقد على العلاقة المطروحة أمامه، وهذه المسألة تقتضي الرجوع إلى قانون القاضي، وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 9 من القانون المدني (2)، وبعدها يطبق المادة 1/18 فإذا وجد أن المتعاقدين لم يتفقا حول القانون المطبق على العقد يرجع إلى قانون محل الإبرام التي تعتبر قواعده احتياطية .

لقد حاول البعض تحديد قانون محل الإبرام فمن الفقهاء من اعتبر أن قانون محل الإبرام يحدد في المكان الذي يوقع فيه العقد أما البعض الآخر فاعتبر أن العقد مادام يمر عادة بمرحلة المفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، فمكان إجراء المفاوضات هو المكان الذي يبرم فيها العقد وعادة ما يتحد مكان التوقيع مع مكان إجراء المفاوضات، لكن الحقيقة أنه لا يمكن تحديد قانون محل إبرام، وفقا لمكان التوقيع، وحتى لمكان إجراء المفاوضات (3)، ذلك لأنه قد لا يحدد مكان التوقيع كما أنه ليس كل الحالات يتم فيها توقيع العقد في دولة أحد الأطراف.

كما أن قانون مكان إجراء المفاوضات قد يصعب تحديده عندما يتم المفاوضات في أماكن مختلفة تابعة لعدة دول، و بالتالي فمحل الإبرام هو المكان الذي يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول المطابق له ويتم على إثره إنشاء العقد، والأشياء الإيجابية التي تقررت على إثر إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون محل الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين تتم في :

(1) جبار محمد : رسالة الدكتوراه ، مرجع سبق ذكره ، ص59.

(2) نص المادة 9 : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق" .

(3) Mohand Issad : op.cit , p.295.

1- تحقيق توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكلها وموضوعها ، فلقد أقر المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري أنه : " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن يخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين" ، وبذلك قد يطبق القاضي قانون محل الإبرام على شكل العقد، وفقا للمادة السابقة و يطبق نفس هذا القانون على موضوع العلاقة العقدية في حالة سكوت الأطراف على تحديده تطبيقا للمادة 1/18 السابقة الذكر وتطبيقا أيضا للقاعدة العرفية المتمثلة في *locus regit actum*.

2- الشيء الإيجابي الثاني هو أن القاضي يتولى تطبيق مباشرة قانون محل الإبرام : لكن رغم هذه الإيجابيات التي أدت ببعض الفقهاء إلى تفضيل محل الإبرام باعتباره ضابطا يعبر على قرينة يمكن للقاضي الرجوع إليها إلا في حالات إثبات عكسها ، ويتم إثبات هذا العكس بوجود اختيار صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية ، لكن هناك حالات رغم عدم إثبات وجود اختيار من المتعاقدين يتعذر فيها تطبيق قانون محل الإبرام من ضمنها أن يحدد هذا الأخير بصفة عرضية (1)، و يقصد بمحل الإبرام العرضي أن يتم تلاقي الإيجاب مع القبول مطابقا لينشأ العقد صدفة أو أن يكون هناك قانون آخر أكثر ملاءمة لحكم العقد فمن الطبيعي أن يرجع إليه القاضي، ومن خلال ما تقدم نلاحظ وجود شرطين لمحل الإبرام العرضي هما:

الشرط الأول - محل الإبرام معين صدفة: قد يقوم المتعاقدان في العقد الدولي، وحتى في العقد التجاري الدولي بتعيين محل الإبرام صدفة وبصفة طارئة، وتتحقق هذه الصدفة بأن لا يشكل هذا القانون في الواقع الصلة الأساسية بالعقد، ونحن نعلم أن شرط الصلة مهم في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي.

بحيث يكون محل الإبرام عرضيا عندما تكون هناك عناصر أكثر أهمية تعبر موضوعيا عن مركز العلاقة وموجودة في العقد كمكان تسليم البضاعة في عقد البيع الدولي ، أو مكان تنفيذ أداء معين الذي يقوم به الموكل في عقد التوكيل التجاري، أو يقوم به المقاول في عقد المقاولة الدولي أو المكان الذي يقوم فيه أحد الملتزمين بدفع الثمن فكل هذه العناصر قد لا يكون لها

(1) Henri Batiffol , Paul Lagarde : op.cit , p. 254.

أدى صلة بقانون محل الإبرام (1)، إضافة أن معظم العقود الدولية تبرم صدفة وبصفة عرضية في مراكز تجارية (2) أو معارض دولية، ولا يعدو أن تكون الأماكن إلا مجرد التقاء إرادات المتعاملين من أجل إنشاء العقد دون أن تكون لها صلة أساسية فعالة تربطها مع العقد إضافة أنه لا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية .

بل وقد يقوم الأطراف المتمين إلى دول مختلفة بإبرام عقد في أماكن لا تعد مراكز تجارية أو حتى معارض دولية بل يعتبر مكان محايد معين لغرض آخر لا شأن له بالتعاقد، فقد يكون فكرة إبرام العقد نتيجة لظروف الرحلة، ويبدو أن محل الإبرام يقوم في كافة الحالات السابقة الذكر على محض الصدفة التي لا يجوز أن تكون أساسا للإسناد وتحديد القانون المطبق على العلاقة العقدية (3)، ولذلك فمن المفروض أن لا يأخذ بمحل الإبرام الذي يكون محدد عرضيا ذلك من أجل التقليل من احتمال تحايل الأطراف على العقد وحتى على القاضي بتحديد مكان إبرام العقد لا صلة له بعناصر العقد ليتولى القاضي تطبيقه مباشرة ، كون هذا المكان يعد عنصرا اصطناعيا متوقف على إرادة الأطراف وحدها، وقد يستعمل غشا وقهريا من اختصاص قانون واجب التطبيق أصلا (4).

الشرط الثانية - وجود قانون آخر أكثر ملاءمة لحكم العلاقة العقدية: يعتبر الشرط الثاني كنتيجة منطقية لمحل الإبرام المعين بطريق الصدفة، ذلك لأنه يفترض أن يكون هناك قانون آخر غير قانون محل الإبرام العرضي يتمتع بصلة وثيقة بالرابطة العقدية أو بالتعاقدين أنفسهم والذي يكون واجب التطبيق لأنه يعبر على إنصراف إرادة المتعاقدين لاختيار وليس الإرادة المشوبة بغش من قبل الأطراف. فعندما يتولى القاضي تحديد قانون معين ليحكم العلاقة العقدية المعروضة عليه عند سكوت المتعاقدين، فإنه يكون ملزماً بأن يختار قانون تتجه إرادة المتعاقدين حقيقية إليه رغم عدم التعبير عليها صراحة، أو ضمناً، ويتم ذلك بالرجوع إلى محتوى العقد، فقد يحدث عادة أن لا تتجه إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قانون محل الإبرام بل قانون آخر يكون في أغلب الأحيان قانون محل تنفيذ العلاقة العقدية.

(1) Henri Batiffol ,Lagarde : op.cit ,p.254.

(2) Mohand Issad : op.cit , p.295.

(3) Pierre Mayer : op.cit ,p. 710.

(4) طيب زروني ، رسالة دكتوراه سابقة الذكر ، ص 226.

فقانون محل التنفيذ في بعض العلاقات العقدية تكون له أفضلية على قانون محل الإبرام ذلك لأنه يعبر عن العنصر المادي الذي تتركز فيه مختلف المصالح سواء كانت مصالح المتعاقدين وحتى مصالح الغير ، فمن غير المعقول فصل العمل القانوني الذي يتمثل في تحديد القانون المطبق على المكان تنفيذ العقد ، وكما تم توضيحه أن المؤسسات الجزائرية في غالب الأحيان عندما أبرمت عقوداً تم تنفيذها في الجزائر فبذلك طبقت القانون الجزائري (1).

لذلك فعلى القاضي أن يرجع إلى القانون الذي اتجهت إرادة المتعاقدين الحقيقية إليه حتى وإن لم يكن هذا القانون يعبر على محل الإبرام، وذلك تطبيقاً للقاعدة المعروفة في حالة سكوت المتعاقدين، والمتمثلة في تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فليس قانون محل الإبرام الوحيد الذي يكفل التنظيم الحسن للعلاقات التعاقدية بل هناك إلى جانبه قوانين أخرى لا تقل عن سابقتها يمكن أن تعتبر ضوابط يتم على إثرها إسناد العقد لقانون آخر.

والملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتنبه إلى هذه المسألة و يظهر ذلك عندما وضع في المادة ضابط احتياطي واحد يرجع إليه عكس التشريعات الأخرى التي أغلبتها تنبته لهذه المسألة، وقامت من خلال نصوصها بإعطاء ضوابط أخرى يرجع لها القاضي لتحديد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين عند سكوت الأطراف على تحديد القانون المطبق فيطبق عند بعض التشريعات (2) قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً طبق على الالتزامات الناشئة على العلاقة العقدية قانون الدولة التي يبرم فيها العقد .

والملاحظ بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بهذا الترتيب قد أعطت موقع الأفضلية لقانون آخر، غير قانون محل الإبرام بحيث أخذ فيه الضابط الذي أخذ به المشرع الجزائري الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار (3) ، وهذا ما دفع البعض ممن حاولوا التوسع في تفسير المادة 18 السابقة الذكر على التساؤل حول ما إذا

(1) أنظر ما سبق ذكره ص 136.

(2) المشرع الجزائري لم يسائر بعض التشريعات العربية ومن ضمنها القانون المصري في المادة 19 من قانونه المدني السابقة الذكر ص 60.

(3) نفس الحل أخذ به القانون المدني الإيطالي من خلال المادة 25 منه ، وكذلك القانون الإسباني من خلال المادة 10 الفقرة 5 مع فرق أنه جعلها في المرتبة الثالثة بعد محل من قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون محل إقامتهم المشتركة .

كان الضابط هذا المذكور في المادة، قد ذكر على سبيل المثال أي توجد إلى جانبه ضوابط أخرى لم يذكرها المشرع، أو على سبيل الحصر حيث هو الضابط الوحيد ولا يوجد ضوابط أخرى تتنازع معه على حكم الرابطة العقدية .

فهناك من درس هذه المادة، واعتبر أن قانون محل الإبرام المذكور فيها تم على سبيل المثال ليس على سبيل الحصر ، لأنه توجد قواعد أخرى إلى جانب هذه القاعدة، لا تقل أهمية عنها ولم يشر إليها المشرع الجزائري (1)، فيمكن للقاضي الرجوع إليها في حالة سكوت المتعاقدين عن ذلك .

و أخيرا ، فمحل الإبرام يظهر أنه غير كافٍ وحده لتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي رغم أنه يسهل للمتعاقدين الرجوع إليه ، فكان على المشرع الجزائري ذكر ضوابط أخرى يتم الرجوع إليه في حالة إذا تم تعيين محل الإبرام عرضيا نظرا كذلك لأن هناك عناصر أخرى في العقد لا تقل أهمية عن محل الإبرام .

(1) طيب رروي : رسالة سبق ذكرها ص 228 ، جبار محمد : رسالة سبق ذكرها ص 181.

الفرع الثاني : التعاقد بين غائبين

لا يعد محل الإبرام المعين بصفة عرضية الوحيد الذي يعرقل ويصعب من تحديد ضابط الإسناد الاحتياطي الذي حدده المشرع الجزائري ، فالسبب هنا يوجد حالة أخرى تعرف بالتعاقد بين غائبين يصعب فيه تحديد محل إبرام العقد .

ويرجع هذا النوع من التعاقد إلى أن تبادل الإرادات لم يعد يتم بين المتعاقدين بالطريقة التقليدية التي يتطابق فيها الإيجاب مع القبول في جلسة العقد (La séance contractuelle) ويتم على أساسها إبرام العقد في مكان واحد ، بل أصبحت العقود عامة ، وحتى عقود التجارة الدولية خاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة منها المراسلة كالبريد وقد تتم باستعمال أجهزة حديثة سواء " الفاكس " أو " التلكس " وحتى " الاتصالات الهاتفية " . (1)

لذلك فالمهم في التعاقد بين غائبين أنه لا يجمع المتعاقدين في جلسة واحدة أو لا لأنه تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به (2) وهذا لا يهم مما يجعل تحديد محل الإبرام من الأمور الصعبة ، فهل يتحدد في قانون دولة إرسال الإيجاب أو دولة تصديره أو الدولة التي يتم فيها علم الطرف الآخر بالقبول .؟

أو بصفة أوضح في عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي ، قد يتم إبرامه بقبول من الموكل أو المشتري في عقد البيع تم إرساله بطريق الفاكس من الجزائر إلى شركة تمارس نشاطه في إنجلترا ولم تعلم المرسل إليها بالقبول الموجه إليها فهل يعتبر عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي قد انعقد من وقت إرساله أو بعد كذلك .؟

لذلك فإن هنالك أهمية بالغة في تحديد محل الإبرام في التعاقد بين غائبين ذلك لأن التحديد إذا كان العقد أبرم تسمح لنا أن نبحث عن القانون المطبق عليه في حالة سكوت المتعاقدين

(1) إن مسألة التعاقد عن طريق الاتصالات الهاتفية ، يعتبر فيها التعاقد قد تم بين حاضرين حكما من حيث الزمان ذلك لأن القبول الذي يتم عن طريق الهاتف يصدر فوراً بعد الإيجاب دون أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بينهما ، بينما من حيث مكان إبرام العقد ، فالمتعاقدان موجودين في دول مختلفة لا يجتمعون بذلك في جلسة واحدة وبصبح التعاقد بين غائبين ، راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ص 78 72 .

(2) بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول - تنصرف القانوني - ديوان المطبوعات الجامعية

عن ذلك ، وقد وجدت عدة نظريات في هذا الشأن والمتمثلة في :

أولا - نظرية إعلان القبول *déclaration de l'acceptation*: هذه النظرية تعتبر أن العقد قد أبرم بمجرد إعلان القابل على قبوله للعرض المقدم له من الموجب ، و مبررهم في ذلك أن العقد يتم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول (1) ، ووفقا لهذه النظرية فإن العقد التجاري الدولي إذا كان التعاقد بين غائبين يبرم بمجرد توافق إرادتين، وتم العقد، فقانون محل الإبرام الذي يكون واجب التطبيق على هذه الحالة في حالة سكوت المتعاقدين هو قانون الدولة التي يصدر فيها القابل قبوله .
فرغم أن هذه النظرية تؤدي إلى ربح الوقت فمن خلالها يبدأ العقد ينتج آثاره بمجرد القبول ، ومن ضمن هذه الآثار تنفيذ العقد ، دون انتظار أن يبلغ القبول للطرف الآخر ، لكن الاعتراض الذي وجه لهذا الرأي أن الموجب قد لا يعلم بأن العقد قد أبرم وبدأ ينتج آثاره ، فالقاعدة تقتضي بأن الإرادة لا تنتج آثارها إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه ، فالقبول موجه إلى الموجب لا تنتج آثاره حتى يعلم هذا به، كما أنه من حق كل من مقدم العرض من أجل التعاقد وحتى قابله أن يعدل عن إبرام العقد ، فكيف يمكن تطبيق قانون محل الإبرام على علاقة تعاقدية عدل طرفاها عنها .

ثانيا - نظرية تصدير القبول *Expédition de l'acceptation*: نظرا للانتقادات التي وجهت إلى نظرية إعلان القبول، ومنعا من عدول الطرفين على رأيهم وجدت نظرية تصدير القبول و تتفق هذه النظرية مع الأولى في أنها تعطي أهمية لإعلان القبول مع اشتراط أن يخرج هذا القبول من حوزة صاحبه بتصديره ووضعه في صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب البرق أو أبلغه لرسول انطلق ليبلغ به الموجب .

فإذا رجعنا للمثال السابق الذكر ، فإن اعتمادنا على ما هو مقرر في القضاء الإنجليزي فإن العقد يعتبر منعقدا وقت إصدار القبول ، فالقانون المطبق على عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي في حالة سكوت المتعاقدين إذا كان قانون محل الإبرام هو قانون المكان الذي يصدر فيه القابل قبوله لأن العقد قد تم بتصدير الموكل أو المشتري لقبوله بكل الوسائل حتى عن طريق

(1) علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية 1993 ،

استعمال الأجهزة الحديثة، لكن ورغم ذلك فإن هذه النظرية لم تسلم من النقد نظراً لأن مسألة عدول تبقى ممكنة الوقوع من الجانبين مادام الموجب لم يعلم بالقبول .

ثالثاً - نظرية تسليم القبول Réception de l'acceptation : أما هذه النظرية فهي تخالف النظريتين السابقتين ، ذلك لأنها تهم بمقدم العرض أي الموجب في تحديد مكان الإبرام ، فوفقاً لهذه النظرية يعتبر العقد قد أبرم في المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب ولو لم يعلم به (1).

و وفقاً لهذه النظرية فإن قانون محل الإبرام المطبق على العقد التجاري الدولي في حالة سكوت المتعاقدين عن التعبير يتم تحديده في الدولة التي يكون الموجب فيه ذلك لأن تسليم القبول يتم عادة في محل إقامة الموجب إذا كان شخصاً طبيعياً أو مركز الشركة الرئيسي إذا كان الطرف المقدم للعرض هو شخص معنوي .

ولكن يعترض على هذه الفكرة بأن الموجب قد تصل إليه رسالة القبول من الطرف الآخر دون أن يعلم بها ، فهي بذلك تأخذ نفس المستوى مع نظرية إعلان أو تصدير القبول، لكن الفرق يكمن في أن قانون محل الإبرام يحدد في نظرية إعلان القبول، و نظرية تصدير القبول في الدولة التي يصدر فيها القابل قبوله ، بينما في نظرية تسليم القبول يختلف محل الإبرام عن الأولى في أنه يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيه الموجب .

رابعاً - نظرية العلم بالقبول Système de l'information : لكن أهم نظرية في هذه المسألة لا تكتفي بتسليم القبول، بل تشترط لتمام العقد أن يعلم به الموجب، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشأ آثاراً قانونية، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من وجهت إليه ، ثم إن توافق الإرادتين لا يمكن التحقق منه إلا إذا ثبت على وجه اليقين أن الإيجاب كان قائماً فعلاً وقت صدور القبول (2) إذ يجوز في النظريات السابقة أن يعدل الموجب عن إيجابه وقت صدور القبول، أما إذا علم الموجب بالقبول والإيجاب لا يزال قائماً، فلا شك من أن تطابق الإرادتين متوفر يتم على أساسه إبرام العقد، و كذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي إذا

(1) Jean Carbonnier : Droit civil - Les obligation - Tome 4 , 21 e édition refondue , themis 1998, p. 77.

(2) عبد الرزاق السهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص 75.

كان القاضي الجزائري هو المختص، وقام بتحديد ضابط الإسناد المعتمد في حالة سكوت الأطراف والممثل في قانون محل الإبرام أي قانون محل العلم بالقبول، ذلك لأن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه النظرية من خلال نص المادة 67 من ق.م بقوله: "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقتضي تعيين ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

يعتبر الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري هو الصواب نظرا لأن المتعاملين الدوليين و حتى التجار اللذين يصدرن عروضاً للتعاقد لا يكون ملزماً في مواجهة الطرف المقابل إلا بعد أن يكون على علم بالقبول، أي نظرية العلم أو على الأقل تسليم القبول، ولقد اعتبر هذا الأخير أن زمان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة أو باستعمال أجهزة حديثة هو وقت حصول العلم بالقبول وبالمكان الذي يتم حصول هذا القبول به فضلا على أنه يفترض أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به يمكن إثبات عكسها كونها تعتبر قرينة بسيطة، ويقع عبء إثبات عكسها على من يدعي عدم العلم بها رغم وصول القبول له. (1)

فإذا أخذنا هذه النظرية على عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي الذي ذكرته سابقا فإنه من البديهي أن العقد لا يكون منعقدا وفقا للقاضي الجزائري ذلك لأن صاحب العرض سواء مقدم عرض إبرام عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي لم يعلم بالقبول الموجه إليه، ومن المنطقي أن مسألة تحديد القانون المطبق لا يطرح بتاتا نظرا لأن العقد لا وجود له إطلاقا.

ورغم أهمية تحديد القانون الذي يتعين اللجوء إليه في إطار العقود الدولية التي تتم بين غائبين لتحديد ما إذا كان العقد قد إنعقد أولا وليبان مكانه و نظرا لأنه في بعض الحالات يكون القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي هو قانون محل الإبرام إلى أن القضاء الفرنسي لا يزال غير واضح في هذا الشأن بحيث يميل بين نظرية إرسال القبول ونظرية العلم بهذا

(1) Muriel Santa -Croce : J .Class .D .Int , Fas 552-5 , op.cit p. 9.

القبول وإن كانت أحكامهم في السنوات الأخيرة تميل إلى نظرية إرسال القبول (1) رغم الانتقادات التي وجهت إليها بعد أن كانت أحكامها تتجه نحو تطبيق نظرية العلم بالقبول .

لكن الملاحظ عامة على أحكام محكمة النقض الفرنسية أنها تعتبر في عدة قرارات لها أن تحديد مكان وزمان هي مسألة واقع يتولى القاضي تحديدها ، وبذلك ففاضي الموضوع له الحق في حسم الموضوع بتحديد أي من النظريات يأخذ به ويطبقها على الحالة المعروضة عليه . (2)

لكن الملاحظ أن مسألة تحديد العلم بالقبول يمكن تحقيقها ، وبصفة سهلة إذا تعلق بالتعاقد بين غائبين ، من أجل إبرام عقد داخلي الذي تتركز فيه جميع العناصر في دولة واحدة ، ولا يرتبط بأنظمة مختلفة ، لكن تصعب هذه المسألة عندما تتعلق بعقود التجارة الدولية التي أبرمت مع عدم وجود أطرافها في جلسة واحدة ذلك لأن هذا النوع يتم إبرامه بعد إجراء المفاوضات التي لا تتركز غالبا في مكان محدد فضلا على أنه قد توجد بعض الحالات من العقود تجري فيها عمليات الوساطة المتعددة التي تتخللها وتكون كذلك في أماكن مختلفة يتعذر فيها تحديد مكان العلم بالقبول بصفة دقيقة .

إضافة أن التطور التكنولوجي أدى إلى التطور في وسائل الاتصال و أصبحت التعاملات تتم حتى عن طريق شبكة الأنترنت وهي ما تعرف بالتجارة الإلكترونية التي سيكون محل دراستنا في المطلب الثاني و يصعب كما سنرى تحديد قانون محل الإبرام وحتى تحديد علم الطرف الذي يعرض الإيجاب بالقبول .

(1) Cass .Com: 7 Janvier 1981.
Rev .Trim .1981 p. 849.

Muriel Santa -Croce : J .Class .D .Int , Fas 552-5 , op.cit , p.10 .

(2) Alain Benabent : Droit Civil - Les obligations – 6e édition , Montchrestient 1997 , p.51
Jean Carbonnier : op.cit , p. 77.

المطلب الثاني : إشكالية التجارة الإلكترونية .

لم يعد العقد يتم بالطريقة البسيطة و التقليدية المعروفة و المتمثلة في تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية ، حيث ظهر في المجال الدولي نوع جديد من عقود التجارة الدولية تـسـاير التطور التكنولوجي الحادث، و تعرف بالتجارة الإلكترونية، وهي تثير مسألة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة سكوت الأطراف عن تحديد ذلك لأن هذا النوع يحقق معاملات تتم بين غائبين (1) لذلك يصعب تحديد محل الإبرام .

الفرع الأول : ماهية التجارة الإلكترونية

تمثل التجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة الصدارة نتيجة للسرعة الكبيرة التي تتم فيها إبرام العقود سواء كانت هذه العقود يباعا أو توكيلا تجاريا، وما إلى ذلك من تصنيفات العقود، وما إلغاء الحدود (2) إلا دليلا حيا على التطور المستمر لهذا النوع، فالتجارة الإلكترونية أصبحت تتم بين متعاملين موجودين في دول مختلفة في بضع لحظات .
وبذلك فإبرام عقود من هذا النوع تتم بالوسائل الإلكترونية تحقّق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية، وقد كانت تتم هذه المعاملات بوسائل تقليدية فيرم العقد عن طريق المراسلة أو الهاتف أو الفاكس، الذي كان يسمح على إثره الاتصال الشفهي أو الكتابي (3) ، و العيب الذي دفع للبحث عن طريقة أخرى للاتصال من أجل القيام بالتجارة الإلكترونية هو التكاليف الباهضة التي كان يدفعها المتعاملان من أجل إبرام الصفقة .

لذلك وجدت طريقة أخرى يصل فيها التعامل التجاري إلى درجة التبادل المعنوي من تقديم معلومات بين مستعملي الإعلام الآلي مثلا تعرف بشبكة الأنترنت ، بحيث لم تعد شبكة

(1) Jean Marc Mousserou , Jacques Raymand , Regis Fabre , Jean -Luc Pierre : Droit du Commerce International (droit international de l'entreprise) , deuxième édition 2000 , LITEC p. 319.

(2) Ibid P317.

(3) Christine Bitouzet : Le Commerce électronique , création de valeur l'entreprise , Hermes Science P56.

الإنترنت حكراً على مختصين بل أصبح للأشخاص العاديين الحق في استعمالها و القيام بعمليات تجارية تفوق حدود الدول (1) ، فرغم عدم وجود نظام قانوني عام لحد الآن يقرر تنظيم العلاقات التجارية التي تتم عن طريق الإنترنت ، لكن القواعد العامة الموجودة يمكن تطبيقها منها المتعلقة بالمجال التجاري (2) والتي تعترف بسلطة الإرادة في تحديد القانون المطبق على عقود التجارة الدولية، وبما أن عقود التجارة الدولية تشمل التجارة الإلكترونية، فيطبق كذلك على العقود المترتبة عنها القانون الذي يختاره المتعاقدان .

و بذلك تعد شبكة الأنترنت التطور الذي هز الفكر و التجارة الدولية معاً (3)، وأصبح الأنترنت المكان الأفضل للتجارة، يسمح على إثرها الاتصال وإبرام عقود بين أشخاص موجودين في أجزاء مختلفة من العالم، حيث وصل البعض إلى درجة اعتباره طريقة جديدة في التجارة تحقق سرعة المعاملات التجارية (4).

والملاحظ غياب مفهوم للعقود التي تتم عن طريق التجارة الإلكترونية (5) لذلك يفضل تحديد المقصود بالتجارة الإلكترونية ذلك لأن العقد هو مسألة محسومة يرم بتطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية. لكن قد صعب على الفقهاء إعطاء تعريف للتجارة الدولية نظراً للحدائث التي يتمتع بها لكن هذا لم يمنع بعضاً منهم من القيام بمحاولات قد توصل إلى تحديد مفهوم لها، فمنهم من حاول تعريفه رجوعاً للعمليات المراد تحقيقها، أما البعض الآخر فعرفه وفقاً لأطراف العلاقة المنجزه ، ففيما يخص الرأي الأول اعتبر "أن التجارة الإلكترونية هي نوع من بيوع إنتاج أو أداء عمل تتم بصفة منظمة وعن طريق العلاقات الإلكترونية" (5) و الملاحظ على هذا التعريف أنه حدد نوعين من التجارة الإلكترونية أولها عقد بيع

(1) Marc Lauglois et Stephane Gasch : Le Commerce électronique B to B , de LEDI a l'internet , DUNOD , Paris 1999, p.2.

(2) Xavier Massy : L'internet et le Commerce électronique : S D I 1997 , avec la collaboration de cyril Tardif ,p. 1.

<http://www.Rabenou.org/massy.htm/>.

(3) Claude Retornaz : Le Commerce électronique international' quelque réflexions sur la loi applicable a la Vente consommateur' , SDI exepertises n 215 , p.1.

(4) Supra : Xavier Massy , p.1.

(5) Jean Marc Mousserou , Jacques Raymand , Regis Fabre , Jean -Luc Pierre , op.cit p.317.

إلكتروني للمنتجات و الثانية هي عقد إلكتروني لأداء عمل كقيام بتوكيل على شركة تجارية أو عقد المقاوله مثلا ، لكن هذا لا يمكن اعتباره تعريف بل مجرد تضيق للتجارة الإلكترونية .
أما الرأي الثاني :حاول تعريف هذا النوع من عقود التجارة الدولية بالرجوع إلى الأشخاص المستعملين بحيث أقر " أن المقصود بالتجارة الإلكترونية هي التجارة التي تحصر في مستعملي تكنولوجيا الاتصال من ضمنها البريد الإلكتروني (ال WEB) وتنقسم هذه المعاملات إلى أربعة أصناف :

*المعاملات الإلكترونية بين الشركات التجارية والإدارة .

*المعاملات الإلكترونية بين شركتين أو ثلاث شركات .

*المعاملات الإلكترونية بين شركة وشخص من أشخاص القانون الخاص " (1).

لكن التعريف الأقرب إلى الصواب و الذي تم تحديده بعد تحليل دقيق للمصطلحين وذلك من خلال فصلها والبحث عن اشتقاقها :

ففيما يخص التجارة:يقصد بها التبادل فاصطلاح التجارة تجمع كل العمليات التي يتم فيها نقل تبادل لأشياء ما وهذا هو الذي دفع Olivier Iteau إلى القول : "أن التجارة الإلكترونية تظهر على أنها مثلها مثل التجارة من حيث محتواها والأشخاص الذين يمارسونها والفرق يكمن فقط في كيفية إبرام العقد فيها وتنفيذه ففي هذه المسائل تتمتع التجارة الإلكترونية بخاصية تميزها " (2).
أما اصطلاح الإلكترونية : فهو اتصال مباشر من جهاز الإعلام الآلي إلى جهاز آخر من نفس النوع (3) ، وبذلك فالتجارة الإلكترونية هي تبادل إلكتروني .

و قد قامت بعض الدول بتعريف التجارة الإلكترونية من ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا فيما يخص أمريكا تعتبر أن " التجارة الإلكترونية هي تحقيق المعاملات تتطلب تبادل الأموال أو الأداءات بين طرفين أو أكثر باستعمال أدوات وتقنيات إلكترونية " .
أما في فرنسا فتقرير Lorentz :يعتبر التجارة الإلكترونية مجموعة من التبادلات الإلكترونية

(1) Marc Lauglois et Stephane Gasch , opcit, p.3.

(2) Nicole Tortello et Pascal Lointier : Internet pour les juristes ,Daloz -DELTA 1996 , p.22.

(3) Frederic Huet : La fiscalité du Commerce Électronique , LITEC fiscal 2000 , p. 4

مرتبطة مع العمليات التجارية " (1).

ونستنتج من خلال ما تقدم أن عقود التجارة الدولية التي تتجسد في بعض الأحيان عن طريق التجارة الإلكترونية ما هي إلا عبارة عن عقود تبادلية يتم فيها القيام ببيع أو أداء عمل باستعمال التقنيات الإلكترونية تتجاوز الحدود، وفقا للتعريف السابقة الذكر يلاحظ جملة من الخصائص تتمتع بها التجارة الإلكترونية على أساسها يمكن اعتباره من عقود التجارة الدولية وتخضع بذلك للأحكام التي تطبق عليها :

-مبدأ الرضائية : إن التجارة الإلكترونية تجسد مبدأ الرضائية والمقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد (2) فبنشأ العقد بمجرد تطابق إرادتين للمتعاقدين، دون أن يستلزم فيها إفراغ التراضي في شكل خاص .

و بذلك تتم التجارة الإلكترونية بتراضي المتعاقدين دون الحاجة إلى جعل هذا التراضي في شكل معين، فالشكل لا يعتبر ركنا في العقد لا يقوم بدونه والدليل على ذلك عدم اشتراط وجود الوثائق والإمضاء ، فالمتعاقدان في التجارة الإلكترونية يعتبران كلا من الوثائق و الإمضاء عائقا قانونيا هاما في تنمية التجارة الإلكترونية في المجال الدولي (3).

و هذا ما تحاول الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية تجسيده في تشريعات من خلال قيام بدراسة لهذه المسألة ، فوجود وثائق مكتوبة مع الإمضاء كانت تقره معظم القوانين الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية بحيث تتضمن نصوص إلزام الأطراف بإبرام العقد كتابة واعتبارها شرط لصحة العقد ، لكن مع تطور التجارة الإلكترونية فإن معظم الدول رأّت ضرورة إدراج هذا النوع من التجارة في قوانينها الوطنية، ولقد تبنى القضاء الحالي على إثرها نصوص قانونية متعلقة بالتجارة الإلكترونية تقر فيها بالابتعاد على الشكلية (4) ، ونفس الشيء حدث مع الإمضاء ذلك لأن عدم وجود وثائق مكتوبة يترتب عليه عدم اشتراط الإمضاء .

(1) Frederic Huet ,op.cit ,p.5 .

(2) بلحاج العربي : مرجع سبق ذكره ،ص45.

(3) Conférence des nations unies sur le Commerce et le Développement de Commerce Électronique : Considérations Juridique , Etude établie par la secretaire du CNUCED le 15 Mai 1998 , p. 33.

(4) Ibid :P35.

-التجارة الإلكترونية هي عملية تبادل : من خلال مصطلح التجارة الإلكترونية نلاحظ أن العقود التي تتم بهذه الطريقة تعد عقوداً تبادلية، ذلك لأنه وكما ذكرنا سابقاً التجارة يقصد بها العمليات التي يتم فيها تبادل الأشياء (1) أو تبادل في شكل ثمن أي مقابل فهي بذلك عقود معاوضة ، يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابل لما أعطاه (2).

- تتمتع التجارة الإلكترونية بصفة الدولية : إن العقود التي تترتب على هذه التجارة يتم إبرامها مع بعد المسافة بين المتعاقدين أثناء إبرام العقد أو على الأقل بعد بين التجهيز الإلكتروني المستعمل (3)، وهذه المسافة قد تتجاوز الحدود مما يجعلها تعتبر من العقود الدولية ، لكن هذا لا يدفعنا إلى القول أن التجارة الإلكترونية، لا تتم بين أطراف ينتمون إلى نظام قانوني واحد، بل فقط لكي يعتبر من عقود التجارة الدولية، يتطلب فيها توفر صفة الدولية وفقاً للمعيارين السابقين الذكر.

ففيما يخص المعيار القانوني : والذي يتحقق إذا تعلقت التجارة الإلكترونية بأكثر من نظام قانوني واحد بحيث تكون العناصر غير مركزة في إقليم دولة واحدة (4) ، فمن المعروف أن التجارة الإلكترونية التي تتم في السنوات الأخيرة عن طريق أجهزة الأنترنت، إضافة إلى أنها تتجاهل الأشخاص بعدم اشتراطها التقاء الأطراف أثناء إبرام العقد، فإنها تتجاهل كذلك الحدود (5) وهذا ما تصبو إليه التجارة الإلكترونية بمصالح التجارة الدولية لكي تتمتع بصفة الدولية، أما المعيار الاقتصادي: والتمثل في تعلق التجارة الإلكترونية بمصالح التجارة الدولية يتأكد من مجرد اعتبار التجارة الإلكترونية مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، فيحقق مصالح التجارة الدولية إذا اشترط المتعاقدان مثلاً أن يتم الرجوع للتحكيم في حالة وجود النزاع .

و بذلك فإن اكتساب التجارة الإلكترونية صفة الدولية تصبح من عقود التجارة الدولية و يحق بالتالي للمتعاقدين اختيار القانون المطبق عليها ، وفي أغلب الأحيان يكون الاختيار صريحاً

(1) Frederic Huet : op.cit p.4 .

(2) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سبق ذكره ، ص 39 .

(3) Vincent Gantrais ,Didier Godert ,Rosa Julia Barcelo ,Etienne Montero ,Anne Salaun , Quentin Vin daele : Cahier de centre des recherches informatique et droit Commerce électronique ,Bruyant Bruxelles 2000 , p.16.

(4) Dominique Carreau : Droit International , étude internationales n: 1 1986 , Pedone, p.158.

(5) Jean Marc Mousserou ,Jacques Raymand ,Regis Fabre ,Jean -Luc Pierre : op.cit p.318 .

ويستمتع بوجود صلة بينه وبين العقد أو المتعاقدين ، تطبيقا مبدأ معرف في العقود وهو " الحرية التعاقدية " ، فالإرادة التعاقدية تركزت في التجارة الإلكترونية ، وأصبحت تشكل أهمية أساسية (1) ، فمسح حق المتعاقدين التنازليين بكل حرية إختيار أي طرف يقدم له العرض ... فمن باب أولى أن يكون لهما حرية إختيار القانون الذي يحكمهما .

و بذلك يمكن للمتعاقدين إختيار أكثر من نظام قانوني ليحكم العقد وفقا للقاعدة العامة بشرط أن تسمح التجارة الإلكترونية بذلك ، لكن الفقه الحديث أصبح يفضل في هذه المسألة أن لا يتم تجزئة العقد بحيث يرى أنه يجب أن يخضع العقد من حيث تكوينه (من رضا ومحل و حتى السبب) وآثاره (قوة ملزمة للعقد والمسؤولية والنسخ) لقانون واحد رغم تعلق العقد بأنظمة قانونية مختلفة (2) .

و بالتالي مع عوامة التجارة دفع ذلك إلى وجود عقود تجارة إلكترونية تتمتع بصفة الدولية فبعد أن كان لها طبيعة إقليمية لا تتجاوز حدود الدولة (3) أصبحت لها طبيعة عالمية ، ولقد لوحظ تطبيق القانون الذي إختاره المتعاقدان على التجارة الإلكترونية الذي يعد مسألة محسومة ، لكن الإشكال يطرح إذا سككت الأطراف عن هذا الإختيار ، فوفقا للقانون الجزائري من خلال المادة 18 من القانون السليني يرجع إلى قانون محل الإبرام ، والعمل أنه يصعب تحديده لأن التجارة الإلكترونية تأخذ حكم تعاقد بين غائبين ، فسنحاول حسم هذه المسألة في "زرع الموالي" .

(1) Principes d'UNIDROIT relatifs aux Contrats du Commerce International 1994 , Chapitre I Disposition Generales . Article 1/1 (Liberté contractuelle) , SDI .p.1.
<http://www.unidroit.org>

(2) Claude Retonaz : op.cit , p.2.

(3) Frederic Huet : op.cit , p.14.

الفرع الثاني : كيفية تحميدا. قانون محل الإبرام في التجارة الإلكترونية

من خلال الدراسات السابقة تبين أنه في مواد العقود هناك عدة حلول يمكن الرجوع إليها في تحديد القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف عن ذلك ، فقد يكون قانون محل تنفيذ الالتزامات، أو قانون محل إبرام الاتفاقان (1)، إضافة أن عدداً من الدول، ومن بينها القانون الجزائري تأخذ بمحل الإبرام كقاعدة احتياطية، يرجع إليها القاضي عند عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي .

و تأخذ التجارة الإلكترونية نفس السجكم إذا تمتعت بصفة الدولية سرعان ذلك وفقاً للسميار القانوني أو العيار الاقصادي أو كلاهما معاً ، فالعقود المتعلقة بمصالح التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها ممتعة بالجنسية الجزائرية أو مقيمة بالجزائر سواء ا كانت بيعاً أو توكيلاً تجارياً، أو إلى غير ذلك التي يستعمل فيها الوسيلة الإلكترونية، تدفع في بعض الحالات إلى اختصاص القاضي الجزائري الذي يتولى تطبيق المادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تكييف العلاقة التعاقدية .

بالتالي يطبق إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق (2) وهذه مسألة محسومة ، لكن الصعوبة تكمن في الضابط الاحتياطي، و المتمثل في قانون محل الإبرام، لأنه لا يجمع كلا المتعاقدين جلسة واحدة يتم على أساسها تحديد مكان إبرام العقد، القاضي عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون المطبق على العقد التجاري المبرم باستعمال الوسيلة الإلكترونية يرجع إلى قانون الدولة التي يتطابق فيها العرض المقدم من الموجب (الإيجاب) مع القبول (3) ، ويطبق القواعد الموجودة في قانون تلك الدولة على العقد التجاري الإلكتروني .

فكيف يمكن للطرفين المتعاقدين تقريب وجهات النظر فيما بينهما مع وجود بعد في المسافة التي تفصل بينهما من أجل إبرام العقد؟ فمن خلال هذه الإجابة يمكن تحديد المكان الذي يتم فيه إبرام العقد الذي يتم على أساسه تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الإلكتروني في حالة

(1) أنظر ما سبق ذكره في ص 13 وما بعدها.

(2) Xavier Massy , op.cit , p.3.

(3) Jean – Louis Baudouin : Les obligations , Yvon Bleis , Cowansville , édition 1989 , p.97.

مكثرت التعاقد بين عن تمديده ، فمن خلال كل ما تقدم يلاحظ المداينة البالغة التي يحتلها محل الإبرام في عقود التجارة الإلكترونية. (1)

ففضلا على أن العقد لا ينتج آثاره إلا من وقت إبرام العقد فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم وفقا لقانون محل الإبرام إذا طبقنا القاعدة الاحتياطية التي نص عليها المشرع ، وبصفة عامة فإنه لا يمكن أن يتحقق "إبرام العقد" إلا بعد أن يتبادل الأطراف التراضي فيما بينهما ، وهذه القاعدة التقليدية التي تتطلب تراضي الأطراف المتعاقدة (2) متواجدة كذلك في العقود التي ترمم بإستعمال الوسيلة الإلكترونية ، فإن تمديده محل الإبرام يتم في المكان الذي يتبادل فيه أطراف العلاقة التراضي ، وهذا المكان يصعب تمديده لعدم وجود نظام قانوني محدد ينظم هذا النوع من العقود ويحدد المكان الذي يرم فيها العقد ، مما يدفعنا إلى اللجوء إلى القواعد العامة التي تأخذ به كل العقود ، وترتب على ذلك تطبيق أحد النظريات الأربعة السابقة الذكر (3) من أجل تحديد مكان إبرام العقد.

فمثلا : إذا تم إبرام عقد بيع إلكتروني لبضاعة معينة بين طرفين موجودين في دول مختلفة ففي هذه الحالة هل يتم تحديد محل الإبرام وفقا لقانون الدولة التي أرسل فيها المرحب بعرضه أو دولة محل القبول أو علم صاحب الإيجاب ؟.

اختلفت التشريعات في تحديد أي من النظريات يأخذ بها فمنهم من أخذ بنظرية الإعلان أو إرسال القبول ففي هذه الحالة يتم تحديد قانون محل الإبرام المطبق على العقد الإلكتروني وفقا للدولة التي يتبعها الطرف الذي قبل العرض ، بينما إذا تم الأخذ بنظرية الوصول أو العلم بالقبول فهنا يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي قام المرحب بإرسال فيها عرضه للتعاقد (4).

وبما أن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول، فإذا كان التراضي الجزائري هو المختص

(1) E. Montero : "L'internet et le droit des obligations contractuelle", édition de jeune barreau de Bruxelles, 1997, p.50.

(2) G. Demolombe : Traite des Contrats ou des obligation conventionnelles en général, Tome 1, Hachette, Paris, p. 48.

(3) أنظر ما ذكر في المذكرة حول النظريات التي تنظم التعاقد بين غائبين ص 148 وما بعدها.

(4) Lionel Thoumyre : L'échange des consentements dans le commerce électronique, S D I, Lex electronica, Vol.5, n 1, 15 Mai 1999, p.15.

في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الإلكتروني، في حالة سكوت المتعاقدين عن ذلك فيطبق قانون الدولة التي يعلم فيها الموجب بقبول الطرف الآخر، وفقا للمادة 69 ق. م. ، فبصفة أوضح فإن، إذا أبرم عقد بيع إلكتروني ببضاعة بين طرف مقيم في فرنسا و هو صاحب البضاعة المعروضة للبيع، و طرف آخر مقيم في الجزائر، أو جزائري الجنسية الذي أرسل قبوله عن طريق شبكة الأنترنت ، فسفي هذه الحالة إذا كان القانون الجزائري هو المختص يطبق قانون الدولة التي يعلم فيها لواجب بالقبول، أي القانون الفرنسي لأن القابل أرسل قبوله إلى فرنسا ليعلم به الطرف الآخر، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به.

أما إذا كان القاضي الفرنسي هو المختص وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إبرام العقد الإلكتروني ، فسلنه وفقا للاختصاصات الحديثة التي تأخذ به محكمة النقض الفرنسية فإنه قانون الدولة التي يرسل فيها القابل قبله ، أي القانون الجزائري هو الذي يحكم عقد البيع الإلكتروني وفقا لنظرية إرسال القبول (1).

كما أن عدم وجود نظام قانوني يتولى تنظيم التجارة الإلكترونية لم يمنع الجهود الدولية مسن القيام بمحاولة وضع بعض القواعد و من ضمن هذه المحاولات ما قامت به اللجنة الأوروبية في شهر نوفمبر 1998 باقتراحها لتعليمة من أجل وضع نظام قانوني مشترك ينظم تطوور التجارة الإلكترونية في السوق الأوروبية الموحدة ، ولقد أقر هذا المشروع أن إبرام العقد الذي يتم عن طريق الخطأ الإلكتروني لا يجب أن يعرقل من قبل قواعد وطنية لا تكون مناسبة لحكمه ، وفرضت على تشريعات الدول الأعضاء في المجموعة أن يعدل من أحكامه و ذلك باستبعاد كل القواعد التي لا تتماشى مع التطور الحاصل، وترقل إبرام العقد التجاري الإلكتروني (2) ، ولقد نصت المادة 11 من هذا المشروع قبل تعديلها على كيفية تحديد مكان وزمان إبرام العقد. حيث كانت المادة 11 قبل تعديلها تنص : " أنه يعتبر العقد الإلكتروني قد أبرم عند تسلم المرسل إليه (القابل) من الرسائل (الموجب) العلم بوصول القبول " (3).

(1) Lionel Thoumipe :op.cit, p.15.

(2) Andre Bertrand :Internet et le droit , P.U.F 1999, édition Que sais-je ?, p.45.

(3) Vincent Gantrais ,Didier Godert ,Rosa Julia Barcelo ,Etienne Montero ,Anne Salaun , Quentin Vin daele ,op.cit , p.25.

الملاحظ على هذه المادة أنها لم تأخذ بأحد النظريات الأربعة المذكورة سابقا والمتعلقة بالاستعاقد بين غائبين بل أعطت حلا جديدا لم يكن موجودا في التشريعات الداخلية للدول ويتحل في أن إبرام العقد يتم في المكان والزمان الذي يتحصل فيها القابل على الإشعار من السووجب بوصول القبول إليه، ويتم هذا الإشعار كذلك بالوسيلة الإلكترونية: كالبريد الإلكتروني في الأنترنت مثلا، فبذلك فالمادة II قبل تعديلها كانت تركز محل إبرام العقد في الدولة النايل حتى وإن كان ذلك بطريقة غير مباشرة لأنه معلوم أن نظرية إعلان القبول أو إرساله هي التي تمكن من تطبيق قانون دولة القابل فقط لكن المادة II قبل تعديلها كانت تجعل من الإشعار الذي يرسل إلى القابل هو الذي يحدد قانون دولة القابل الذي على أساسه يكون المرسل إليه هو أول العالمين بإبرام العقد الإلكتروني، أما المادة II بعد التعديل لم تحدد لا زمان ولا مكان إبرام العقد، وافترضت أنه يجب تطبيق قواعد وطنية لدولة معينة، ويستتم تحديد هذه الدولة بالرجوع للمادة الثالثة من نفس مشروع اقتراح التعليمات أي قانون دولة المؤسسة العارضة للخدمات (1).

و أخيرا يمكن القول أن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم خاصة عن طريق الأنترنت تحتل حاليا مكانة هامة ضمن عقود التجارة الدولية، إذا تمتعت بالصفة الدولية، نظرا لسرعة المعاملات والتكاليف المنخفضة التي قد تحققها مما دفع إلى كثرة استعمالها بين المتعاملين الدوليين .
لكن يثار التساؤل حول مدى كفاية تطبيق النظام المتعلق بالعقود بين غائبين على التجارة الإلكترونية؟

وفي الحقيقة إن تطبيق القواعد العامة للتعاقد بين غائبين غير كافية لاسيما تطور هذا النوع من العقود، لا يجب على التشريعات أن تعترف بضرورة وضع تنظيم قانوني لها، نظرا لأن المحاولات الدولية السابقة الذكر قاصرة في هذا الشأن كونها تبقى مجرد مشروع، وحتى وإن تحول هذا المشروع إلى حقيقة، فإنه يبقى يقتصر فقط على الدول المنظمة إلى المجموعة الأوروبية .

(1) ونفاها باللغة الفرنسية :

الفصل الثاني

مصير الإرادة في المجال الدولي

لقد تبين أن هناك أخذ ورد بين القانون الداخلي والقانون الدولي و إن دراسة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي لا يمكنها أن تغفل من تنظيمه دوليا لذلك يتطلب ذلك البحث على الحلول المقدمة من أهم الاتفاقات الدولية التي تنظم هذه المسألة بعدما أتممنا دراسة الحلول المقدمة من القانون الدولي الخاص ذلك لأن من وظائف الاتفاقات الدولية تنظيم المسائل التي تتمتع بصفة الدولية، فوجود تبادلات واسعة النطاق بين أشخاص ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة دفع بالمجموعة الدولية في كثير من الحالات إلى التفكير في وضع اتفاقيات دولية تهدف على إثرها إلى توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، وبذلك تمكين الأطراف أثناء إبرام العقد من الرجوع إلى قواعد دولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية.

و تعد المجموعة الأوروبية من ضمن هذه المجموعات بحيث وضعت اتفاقية تحدد على أساسها القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تعرف باتفاقية روما المبرمة من قبل دول الأعضاء في اللجنة الاقتصادية الأوروبية في تاريخ 19 جوان 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أبريل 1990. (1)

أما من جهة أخرى فيجب التعرض إلى الحلول المقدمة من التحكيم التجاري الدولي باعتباره وسيلة لنقض النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية إضافة إلى المحاكم الوطنية، مما يؤدي بنا إلى دراسة فحوى الحل المقدم من هذه الاتفاقية وبعدها تناول كيفية تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع أمام التحكيم التجاري الدولي.

(1) اتفاقية روما تم إبرامها في 19 جوان 1980 ومنتشرة في

المبحث الأول

الحل المقدم من اتفاقية روما

لقد قامت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بوضع حلول تأخذ بها دول المجموعة الأوروبية عندما تكون طرفاً في العلاقة العقدية ، وحتى وإن لم يكن الطرف الآخر في العلاقة من المجموعة الأوروبية ، فهذه الحلول المقدمة شملت وضع القواعد التي يتم على أساسها تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية بصفة عامة، و تدخل فيها الالتزامات التعاقدية الناشئة على عقود التجارة الدولية ، وبذلك فدراسة الحل المقدم من اتفاقية روما يمكننا من معرفة بالنسبة للضابط الأصلي المستند إليه والضابط الاحتياطي البديل على سابقته والتي به تنبأ لما في تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية.

المطلب الأول : الضابط الأصلي الذي تستند له اتفاقية روما

لقد كرست اتفاقية روما المبدأ المعروف في العقود ذات الطابع الدولي و المتمثل في سلطتان الإرادة بحيث جعلت من إرادة المتعاقدين الضابط الأصلي المطبق على الالتزامات التعاقدية ، و إن دراسة الضابط الأصلي تفرض علينا أن نحدد القيود التي تفرضها اتفاقية روما على سلطتان الإرادة إضافة إلى مجال القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين.

الفرع الأول : اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية.

لقد أصبحت اتفاقية روما جزءاً من نظام قانوني تأخذ به الدول الأوروبية، لأنها تعبر على مرحلة جديدة في توحيد القواعد العامة التي تحكم الالتزامات التعاقدية فبدلاً من تعدد وجهات النظر في القانون الذي يطبق على العقد، و تحديد نطاقه أرست هذه الاتفاقية قواعد محددة (1)،

(1) سامي بنوع منصور، وعكاشة عبد العال، مرجع سبق ذكره ، ص 379.

فسمحل هذه الاتفاقية هو العقود المدنية، والتجارية الدولية و الذي يهمننا في هذه الاتفاقية هو الجانب التجاري أي عقود التجارة الدولية بحيث تحكم الالتزامات الناتجة على عقود التجارة الدولية بالنسبة للدول الأوروبية اتفاقية روما لسنة 1980.

و لقد أخذت هذه الاتفاقية بسما وصل إليه القضاء و حتى الفقه الدولي من خلال حلوله المقدمة في مجال العقود و أكبر دليل على ذلك هو أخذها بسلطان الإرادة، كضابط أصلي يرجع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (1) ويتجلى ذلك من خلال المادة 3 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية التي تنص "أن العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يستنتج بشكل مؤكد من نصوص العقد أو ظروف الحال". (2).

وما يلاحظ على هذه الاتفاقية :

أولا - التسوية بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية للمتعاقدين : بالفعل فمن خلال الفقرة الأولى من المادة الثالثة، فإن الالتزامات الناشئة على العلاقة العقدية ينظمها القانون الذي يختاره المتعاقدان وتأخذ نفس السحكم الالتزامات الناشئة على عقود التجارة الدولية بحيث يمكن للمتعاقدين اختيار القانون القاضى أو القانون الأجنبي صراحة أو ضمنية.

و ذلك لأنها أخذت بالرأي الذي يسوي فيه بين الاختيار الصريحة للمتعاقدين عند تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، واختيار الضمنية بقولها : "ويجب أن يكون الاختيار صريحا أو يستنتج بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال"، لكن يشترط على القاضي لكي يأخذ بالإرادة الضمنية أن يستنتجها بشكل مؤكدة، ويقصد بهذا المصطلح أن لا يكون هناك مجال للشك في عدم وجود إرادة ضمنية، فحالة الشك تدفع القاضي الذي يختص في البحث عن هذه الإرادة إلى عدم الأخذ بها، ويتحقق هذا التأكيد عن طريق رجوع القاضي إلى محتوى العقد بحيث قد توجد في نصوصه ما يدل على وجه اليقين على هذه الإرادة أما إذا لم

(1) Vincent Henzé : opcit , p.17.

(2) Art 3/1 -Liberté de choix : " Le contrat est régi par la loi choisie par les parties , ce choix doit être exprès ou résulter de Façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause".

يتأكد من ذلك بمكنه الرجوع إلى ظروف الحال ويقصد بها الظروف الخارجية المحيطة بالتعاقد. (1) كما أن هذه المادة لم تجمع بين هاتين التريبتين بحيث استعملت في نصها " أو " بدلا من " الواو" وهذا ما هو إلا دليل على لا كفاية أحدهما لتأكيد وجود الإرادة الضمنية أما إذا ثبت للقاضي عدم توفر كلاهما أي لم يستطع إثبات بصفة مؤكدة من نصوص العقد، وظروف حال هذه الإرادة، لا يبقى له سوى الرجوع إلى الغناط الاحتياطي الذي أقرته نفس الاتفاقية من خلال المادة الرابعة لتحديد القانون المطبق في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون المطبق .

ثانياً - الجمع بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية: والاستنتاج الثاني الذي يلاحظ على هذه المادة أنها جمعت بين النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية ويظهر ذلك واضحا من خلال تقرير خضوع العقد لقانون معين فبذلك لا تستطيع إرادة المتعاقدين التهرب من حكم القانون فالالتزامات الناشئة على العلاقة العقدية تخضع وفقا لهذه الاتفاقية إلى القانون الذي ينظمها، وهذا ما حرصت النظرية الموضوعية من خلال عدم اعتبار إرادة المتعاقدين السيادة العليا على القانون. (2)

أما النظرية الشخصية التي لا يفرض على المتعاقدين أي شرط فتجلى في اتفاقية روما من خلال عدم اشتراط في المادة الثالثة الفقرة 1 على المتعاقدين أن يختارا قانوناً له صلة بالرابطة العقدية (3)، بحيث يكون للمتعاقدين أن يخضعا عقدهما لأي قانون يحقق لهما مصالح و منفعة مشتركة، حتى ولو لم يكن لهذا القانون صلة بالعلاقة العقدية أو بالمتعاقدين الملزمين بما يترتب على العقد من التزامات، فبذلك وتطبيقا للنظرية الشخصية مجسدة في اتفاقية روما يمكن للمتعاقدين اختيار قانون محايد، و ليس المقصود من المحايد أي قانون لا ينتمي إلى جنسية أحد المتعاقدين بل هو قانون تتحقق فيه نية المتعاقدين في التهرب من القانون، الذي يكون مختصا أصلا و هذا غير

(1) كما سبق توضيحه فالإرادة الضمنية لم يحددها المشرع الجزائري في المادة 18 بحيث النص جاء عاما و لم يحدد صور التعبير عن الإخبار عكس المشرع المغربي من خلال المادة 19 تضرر التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية جلية، وتستنجد هذه الأخيرة من ظروف وملابسات التعاقد.

(2) Pierre Mayer : opcit , p.455.

(3) Jacques Foyer :Entrée en vigueur de la convention de Rome de 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligation contractuelles , Clunet 1991 , p.601.

متوفر في النظرية الموضوعية، ذلك لأنها تقيد اختيار المتعاقدين بشرط العسلة حتى ولو كانت إرادة المتعاقدين ضمنية بحول استعمالها التامني.

ثالثا - لا يتم إعمال الضابط الأصلي إلا إذا توفر شرط تنازع القوانين: كما أن المعروف أن إعمال قاعدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية تتطلب تمتع هذه الأخيرة بصفة الدولية - بحفظ - وبذلك فإن الضابط الأصلي الذي أقرته نص المادة الثالثة الفقرة الأولى السابقة الذكر لا يتم إلا إذا توفرت هذه الصفة، ولقد تسهت اتفاقية روما لهذه المسألة وقامت بحسمها بطريقة غير مباشرة بحيث في مادتها الأولى الفقرة 1 نصت على ما يلي: "أن تطبيق نصوص الاتفاقية لا يكون إلا في الحالات التي تثير فيها الالتزامات التعاقدية تنازعا في القوانين". (1)

وبذلك فإن هذه المادة لم تضع المعايير التي يتحدد على إثرها صفة الدولية بل أعطت النتيجة المنطقية التي تترتب على اكتساب هذه الصفة، والمتمثلة في تنازع القوانين فالعقد عندما يكون دوليا تتراحم مجموعة من الأنظمة القانونية التابعة لدول مختلفة لكي تحكمه، فالمقصود إذن بتنازع القوانين هو الحالة التي تتعاقد فيها على العلاقة القانونية العقدية ذات العنصر الأجنبي قانونان صادران عن دولتين مختلفتين أو أكثر (2) وبالتالي فتطبيق قاعدة حرية اختيار المتعاقدين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لا يتم إلا إذا كانت العلاقة هذه تطرح تنازع القوانين.

لكن هناك مادة أخرى من نفس الاتفاقية تناقض في حكمها مع المادة الأولى الفقرة الأولى و المتمثلة في المادة الثالثة الفقرة الثالثة التي تنص: "أن اختيار الأطراف لقانون أجنبي، سواء صاحب هذا الاختيار خضوعهم للقضاء الأجنبي من عدمه، لا يقوى، عندما تتركز كافة عناصر الرابطة العقدية عند اختيار في دولة واحدة على السخروج عن الأحكام الأمرة المقررة في قانون هذه الدولة". (3)

(1) ولقد قامت هذه الإتفاقية في نفس المادة لكن الفقرة الثانية من إستبعاد بعض المسائل راجع في ذلك الفرع الثاني من هذا البحث ص 172.

(2) بلبي على سابمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 24.

(3) Art 3/3: " Le choix par les parties d'une loi étrangère , ne peut , lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays , porter atteinte aux dispositions aux quelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat , ci- après denommées ." dispositions imperatives".

و يظهر هذا التناقض في السمادة الأولى نلاحظها تشترط لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أن يكون هناك تنازع قوانين بينما في المادة الثالثة الفقرة الثالثة هذا الشرط غير متوفر ذلك لأن جميع عناصر الرابطة العقدية تتركز عند اختيار الأطراف لقانون أجنبي في دولة واحدة بحيث لا مجال لتسزاحم عدة قوانين لحكم هذه العلاقة هذا ما دفع البعض (1) إلى اعتبار صيغة هذه المادة غير مفيدة (INUTILE).

فهذه الاتفاقية وضعت لكل المسائل التي تطرح مشكلة تنازع القوانين بينما حالة هذه المادة لا تحقق ذلك رغم اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي، فكأنسما وضعوا اتفاقية روما حاولوا توسع من خلال المادة الثالثة الفقرة 3 في نطاق تطبيقها فأجازوا للمتعاقدين الحق في الاختيار رغم أن العقد المبرم بينهما هو في الحقيقة عقد داخلي.

رابعا: المسائل الأخرى التي تناولتها الاتفاقية: كما أن هذه الاتفاقية تناولت عدة مسائل متعلقة بالاختيار الذي يقوم به المتعاقدان من ضمنها:

- تجزئة العقد لقد خولت اتفاقية روما الحق للمتعاقدين في اختيار قانون معين يطبق على جزء فقط من العقد ويظهر ذلك من خلال نفس السمادة التي أقرت بحرية اختيار المتعاقدين (المادة 1/3) بقولها: "يمكن اختيار قانون يطبق على كامل العقد أو على جزء منه".

وبذلك فعند تطبيق قانون معين على جزء من العقد فإن ذلك يؤدي إلى تجزئة العقد بإخضاع الجزء المتبقي من العقد إلى القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الموضوعي للاتفاقية (2)، و لتد حاول بعض المختصين من الدول المنظمة لهذه الاتفاقية على حصر تطبيق هذه الفقرة عن طريق اشتراط أن يكون العقد قابل للتجزئة و مستقل عن العناصر الأخرى سواء من النظرة القانونية أو حتى الاقتصادية بحيث لا يتصور مثلا أن يتفسق الأطراف على إخضاع فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة على عقد البيع الدولي إلى قانون معين بالنسبة للبائع، و قانون آخر بالنسبة للمشتري.

لكن حسب اعتقدها، فإنه من المفروض على اتفاقية روما عند تناولها حق المتعاقدين لتجزئة

(1) Jean –Michel Jacquet : op.cit , p. 247.

(2) Marie –laure Niboyet Hoegy : J.Class. D .Int , Fas 552-2 , App. Art1134-1135 , p.14.

العلاقة العقدية أن تفرض شروطا كما فعلت في المادة ٤٤ الفقرة 1 عند تناولنا للضابط الاحتياطي بحيث سمحت للقاضي عند البحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين بتجزئة التقدم مع فرض شروط واجبة التوفر. (1)

-رفض الإحالة: لقد سارت هذه الاتفاقية ما أقره الفقه وحتى القضاء برفض نظرية الإحالة باعتبارها فكرة تتعارض مع القانون المختار، و يظهر ذلك من خلال نص المادة 15 بحيث المعمول بها داخل هذه الدولة باستبعاد القانون الدولي الخاص. (2)

ولم يتوقف حكم هذه المادة على القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة، أو على وجه التأكيد من نصوص العقد، أو ظروف الحال، بل إلى حالة سكوت المتعاقدين، نظرا لأن الاتفاقية تشمل هذه الحالة فالقانون المطبق وفقا لضابط الإسناد الاحتياطي المحدد في الاتفاقية تطبق منه القواعد الموضوعية دون قواعد النزاع. (3)

-الاختيار اللاحق: أن المسألة الثالثة التي تناولتها هذه الاتفاقية هو حق المتعاقدين في القيام باختيار لاحق للقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية بل أبعد من ذلك سمحت لهم بتغيير القانون المختار بقانون آخر في أي لحظة أرادوا ذلك (4) حتى أثناء نظر القاضي في النزاع في المادة الثالثة الفقرة الثانية: "يمكن للمتعاقدين في أي وقت اختيار قانون العقد أو تعديل قانون آخر و التعديل الذي يتم في مرحلة لاحقة على إبرام العقد يجب أن لا يمس بصفة العقد من حيث الشكل وفقا لاتجاه المادة التاسعة، وأن لا يعتدي على حقوق الغير".

ولقد أقرت هذه المادة نوعين من الآثار المترتبة على تغيير القانون المختار وهما:

- أن الاختيار اللاحق أو تغيير القانون لا يمس بحقوق الغير: ذلك لأن اختيار المتعاقدين لقانون معين قبل تغييره قد خلق وضعاً متعلقاً باكتساب الغير بعض الحقوق، مما يقتضي عدم المساس بها

(1) راجع ما سوف يذكر في ص 178.

(2) Art 15 : " -exclusion du renvoi : lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays , elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays a l'exclusion des règles de droit international privé "

(3) Marie-laure Niboyet Hoegy : J.Class. D .Int , Fas 552-2 , App. Art1134-1135 ,p.15.

(4) Patrick Courbe : : J.Clasa. D.Com , Fas 335 ,p.23

بنيث لا يسري على هذه النلتوق النعليل الذي قام به النلقلان للقانون المنطق.

- وإلى جانب الأثر الأول هناك أثر آخر، هو أنه لا يجوز أن يؤدي هذا النغير إلى إبطال العقل بعدما كان يعنبر صحيحا من حيث شكله، وفقا للقانون المنلقلار الأول قبل نعليلها، بنيث لا يأخذ بالقانون المنغير، إذا كان يعنبر العقل باطلا من حيث شكله، بعدما كان صحيحا وفقا للقانون السابق، لكن مايعاب على هذه المادة أنما تناولت الحالة التي يكون فيها العقل صحيحا من حيث شكله، وفقا للقانون السابق دون أن تناول الاحتمال الذي يكون فيها القانون المنلقلار الأول يبطل الحق من حيث شكله ويغير بعد ذلك من قبل المنلقلدين بقانون يصحح العقل. وأخيرا ورغم أن هذه المادة تمد من مبدأ سلطان الإرادة إلى ما بعد النلقل (1) لكننها لم تكن واضحة بشأن كيفية نلعليل الإلقلار و هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى الانقسام في نلغير هذه الأخيرة :

- فمنهم من يرى أنه يجب نلقلق القاعدة التي نلقلم الإلقلار الأول أي الرجوع إلى المادة 1/3 التي نقر أن الإلقلار المنلقلدين يكون صريحا أو يسللحه القاضي بصفة مؤكدة من نصوص العقل أو ظروف الحال.

- أما الرأي الثاني فيشترط أن يتم النعليل بالالإلقلار الصريح إذا كان القانون المنعلل قد تم الإلقلاره بصفة صريحة، لكن هذا الرأي نلقل على أساس أن هذه المادة لا نلقلق ماين حالة نعليل الإلقلار الأول وحالة عدم وجود الإلقلار سابق، فإذا كان من الممكن أن يخضع الإلقلار القانون المنلقلق بعد إبرام العقل لنلقلم المادة الثالثة الفقرة 1، فنفس الشيء بالنسبة لسألة نعليل الإلقلار السابق بنيث يمكن أن يتم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية يعلل فيه الإلقلار الأول الذي كان صريحا.

ومن خلال ما نلقلم نلاحظ أن اتفاقية روما أقرت نلقليل القانون الواجب النلقلق، وفقا لما اسنقر عليه الفقه والقضاء الدولي ولم نلقلق عند ذلك بل نلقلرت مجال الأخذ بجرية الإلقلار في بعض المسائل دون البعض الآخر.

(1) Marie -laure Niboyet Hoegy : J.Class. D .Int , Fas 552-2 , App. Art1134-1135 , p.13.

(2) Ibid P 13.

الفروع الثاني: مجال ضابط الإسناد الأصيلي

إن مجال الأخذ بالقانون الذي يختاره المتعاقدان هو الالتزامات التعاقدية على العموم فإذا اختار المتعاقدان قانونا معيناً صراحة أو يستنتجها القاضي بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال فيجب تطبيق هذا القانون على العقد من كافة النواحي فيما عدا بعض المسائل التي أخرجتها اتفاقية روما من نطاقها .

أولاً- المسائل التي لا تخضع للقانون المختار: لقد أقرت الاتفاقية وجوب استبعاد القانون الذي يختاره المتعاقدان على نوعين من المسائل.

النوع الأول: المسائل التي تخرج عن فكرة الالتزامات التعاقدية رغم أن الاتفاقية لم تحدد صراحة مفهوم الالتزامات التعاقدية (1) إلا أنه من خلال نصوصها نلاحظ أنها استثنت من مجال الالتزامات التعاقدية جملة من المواضيع ويظهر ذلك من خلال نص المادة الأولى الفقرة الثانية ومن ضمن هذه المواضيع:

-الحالة والأهلية العامة للأشخاص .

-الوصية: فرغم أن الوصية من الأعمال القانونية التي تركز على وجود الإرادة إلا أنها لا تخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدان مثلها مثل الإرث و النظام المالي للزوجين والحقوق والواجبات الناشئة عن العلاقات العائلية والقرابة أو المصاهرة ومن ضمنها النفقات تجاه الأولاد الغير شرعيين.

-الالتزامات الناشئة عن الأوراق التجارية كشيك سند الأمر سند السحب.

-المسائل المتعلقة بالشركات والجمعيات والأشخاص المعنويين.

-كما حرصت هذه الاتفاقية على استثناء عقود نقل المسافرين دون عقود نقل البضاعة نظراً

لأن الأولى تتولى تنظيمها اتفاقيات

النوع الثاني: المسائل التي لا تخضع للقانون المختار لوجود قيود تمنع تطبيقه هناك قيود معروفة يستبعد على إثرها تطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان. وقد تنهت لها الاتفاقية من ضمنها الدفع بالنظام العام من خلال نص المادة 16 إضافة إلى القواعد الأمرة تابعة لدولة أخرى غير دولة

(1) Jean Marc Mousserou , Jacques Raymand , Regis Fabre , Jean - Luc Pierre , op.cit , p. 71.

القانون المختار والتي تكون واجبة التطبيق نظرا للصلة الوثيقة التي تربط بين هذه الدولة والعلاقة العقدية التي تنتج عنها التزامات تعاقدية.

ففيما يخص الدفع بالغش نحو القانون فالتد بقبي محل نقاش ،فالبعض لا يعتبر أن الدفع بالغش نحو القانون وسيلة لتقييد حرية الاختيار التي يتمتع بها المتعاقدان والنصوص عليها في المادة الثالثة الفقرة الأولى وكان مبرر هذا الرأي عدم وجود نص في الاتفاقية يقر صراحة بهذا الدفع (1) رغم وجود قيود أخرى نصت عليها الاتفاقية يتم على إثرها جعل إرادة المتعاقدين مقيدة بنصوص صريحة .

فبينما البعض الآخر يرى غير ذلك بحيث يعتبر أن عدم النص لا يمنع من تطبيق الدفع بالغش نحو القانون نظرا لبقاء الاتفاقية صامدة في شأن اشتراط وجود صلة بين القانون المختار و العلاقة العقدية في المادة الثالثة الفقرة 1 مما يجعل احتمال تحايل المتعاقدين واردا على القانون الذي من المفروض أن يكون هو المختص لحكم الالتزامات التعاقدية قريبا منهما من القانون المختص التي لا تخدم مصالحهما والدليل على ذلك هو إقرار الاتفاقية في مادتها السابعة ضرورة احترام القاضي للقواعد الأمرة الموجودة في دولة يرتبط بها العقد، فالأطراف يمكنهم اصطناع وجود العنصر الأجنبي في عقد داخلي قريبا من القواعد الأمرة في دولته عن طريق مثلا تحديد محل إبرام صوريا مما يسهل تحقيق الغش نحو القانون عن طريق اختيار قانون أي دولة (2) مما يفرض استبعاد القانون الذي يختاره المتعاقدان من حيث استكامل المخالفة للقواعد الأمرة في هذه الدولة من قبل القاضي ذلك لأنه هو المختص بإثارة هذا الدفع إذا تأكد حقيقة من وجوده .

ثانيا -المسائل التي تخضع للقانون المختار :إن الفكرة التي تحصر تطبيق القانون المختار على آثار العقد دون تكوينه، غير صحيحة بالنسبة لهذه الاتفاقية بحيث يشمل هذا القانون تكوين العقد إلى جانب آثاره.

-تكوين العقد : يظهر تطبيق القانون المختار على تكوين العقد من خلال خضوع وجود العقد وصحته للقانون الذي يختاره المتعاقدان، فالاتفاقية لم تأخذ بالرأي الذي يعتبر من المستحيل جعل

(1) Jean Marc Mousserou ,Jacques Raymand ,Regis Fabre ,Jean –Luc Pierre , op.cit , p.74.

(2) Pierre Mayer : op.cit ,p.457 .

القد أو أحد شروطه باطلا وفقاً للقانون الذي يختاره المتعاقدان، نظراً لأنها أخذت بالرأي الذي يعتمد عليه القضاء الفرنسي (1) باعتباره أنه يمكن إبطال العقد عن طريق تطبيق القانون المختار و يظهر ذلك من خلال المادة الثامنة الفقرة 1 وحاليا انعكس الأمر بحيث أصبحت محكمة النقض تأسس أحكامها فيما يخص صحة شروط العقد وفقاً لهذه المادة من الاتفاقية (2) والمادة الثالثة الفقرة 1.

هناك المفاهيم القانونية تختلف بين بعض قوانين الدول الأوروبية حولت حسمها و من ضمن هذه المفاهيم حالة السكوت ذلك لأن هناك خلاف ظاهر بين القانون الألماني والقانون الفرنسي في هذا الشأن ، فالتساؤل الألماني يعتبر أن السكوت يشكل بذاته قبولا للإيجاب وبالتالي يبرم العقد لتطابق الإيجاب مع القبول حتى لإثبات العكس بينما القانون الفرنسي يسرى عكس ذاته بحيث لا يعتبر السكوت تعبيراً عن القبول.

فالمادة الثامنة الفقرة 2 حسمت هذه المسألة بقولها "لإثبات عدم وجود قبول يمكن للطرف الذي يدعي ذلك الرجوع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها الإقامة الاعتيادية إذا تبين من ظروف بأنه غير معقول أن يحدد أثر تصرف ذلك الطرف من خلال القانون المطبق على العقد".

ومن خلال هذه المادة يسمح للطرف الذي يدعي عدم التزامه الرجوع لقانون إقامته الاعتيادية كوسيلة دفاعية (3)، فالقاعدة العامة هو أن يختص القانون الذي يختاره المتعاقدان بوجود العقد، وصحة شروطه لكن يمكن لأحد الأطراف إدخال قانون آخر من أجل تقديم الدليل على عدم التعبير عن إرادته.

وبذلك تظهر المادة 2/8 اعتباراً ما ترجح قانون الإقامة الاعتيادية من أجل إبعاد تطبيق القانون المختار الذي يجعل من هذا الطرف ملزماً بالعقد أو أحد الشروط المدرجة فيه ولا يقصد بذلك أن قانون محل الإقامة الاعتيادية هو المطبق بل مجرد إحالة لهذا القانون من أجل تحديد ما إذا كان تصرف الأطراف يشكل نوعاً من التعبير عن الإرادة أم لا. (4)

(1) H. Batiffol : Rev. Cri. DIP 1967, p. 334 ; Kahn : JDI 1967, p. 736.

(2) Hebdomadaire 176e année - 1er cahier (rouge), 2 Mars 2000, n 9/6974, Recueil Dalloz 2000, p. 65.

(3) Jean Marc Mousserou, Jacques Raymand, Régis Fabre, Jean-Luc Piere : op.cit. p. 14

(4) Ibid. p. 14.

كما أنه لا يكفي مجرد ادعاء أحد أطراف العلاقة العقدية أن قانون الإقامة الاعتيادية هو الذي يحدد آثار سكوته لا، مستبعد القانون الذي اختاره المتعاقدان، بل وضعت هذه المادة شرطا أساسيا ينبغي توفره لتطبيق الفقرة الثانية من المادة الثامنة وهو أنه يجب استنتاج من الظروف بأنه من غير المقبول أن يقوم التانون الذي نصت عليه المادة الثالثة الفقرة 1 بتحديد أثر التصرف.

- آثار العقد : من المعروف أن آثار العلاقة العقدية متوقف على ما أراه المتعاقدان، وبذلك فالقانون الذي يحدده المتعاقدان صراحة أو يستنتجها القاضي سواء بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال أو من ضابط الإسناد الإحتياطي الذي من المفترض أن يحكم آثار العقد ما لم توجد قيود تنبع من ذلك.

وأقرت اتفاقية بهذا الحل من خلال نص المادة العاشرة الفقرة 1 لكن رغم إقرارها بانسوخ آثار العقد للقانون المختار، إلا أنه في الفقرة الثانية من نفس المادة نص على تطبيق قانون محل التنفيذ، فالسؤال الذي يطرح نفسه ما هو الدور الحقيقي لقانون محل التنفيذ المصوص عليه في الفقرة الثانية ؟ أو بعبارة أخرى هل يستبعد قانون العقد ويحل محله قانون محل التنفيذ؟ ولتوضيح ذلك يجب دراسة الفقرة الأولى و الثانية من نص المادة العاشرة .

- إقرار خضوع آثار العقد للقانون المختار وفقا للفترة الأولى من المادة 10 : لقد حصرت هذه المادة آثار العلاقة العقدية التي تخضع للقانون المختار في جملة من النقاط هي:

أ- تفسير العقد.

ب- تنفيذ الإلتزامات : فتفسير العقد هو الهدف المرجح من إبرام العقد فمن المنطقي أن يختص بها قانون العقد، فهو الذي يحدد التدابير التي تقتضي أن ترافق التنفيذ والشروط المتعلقة بمكان وزمان التنفيذ، ومدى إمكانية أن يتم التنفيذ بواسطة شخص آخر غير المدين ...

ج- تقدير التعويض : يعتبر القضاء الفرنسي أن التعويض هو التنفيذ بالمقابل (1) وهذا الرأي أيدته الاتفاقية من خلال جعل القانون المختار الذي يحكم تنفيذ العقد يطبق على التعويض ناتج عن عدم تنفيذ العقد كليا أو جزئيا، لكن هناك حالات يسكت فيها التانون المختار عن تحديد

(1) Cass.Civ 1.9 Nov 1972 : Gaz. Pal 1973 , 1 Somm 9.

التعويض فلا يمكن حسم المسألة إلا بالرجوع إلى القانون القاضى عن طريق اعتبار تقدير التعويض مسألة واقع (question de fait) ويظهر ذلك في المادة 10 الفقرة 1/ج من خلال اشتراط أن قسانون المحكمة المختصة هو الذي يحدد سلطات القاضي. (1)

د- انقضاء العقد وتشمل جميع أنواع انقضاء الالتزامات .

هـ- كذلك تخضع لهذا القانون بطلان العقد وآثار هذا البطلان التي يترتب على إثرها المسؤولية العقدية - إنرار عن موضوع بعض المسائل المتعلقة بتنفيذ لقانون محل التنفيذ وفقا للفقرة الثانية من المادة 10 فرقتا هذه المادة يجب مراعاة قانون محل التنفيذ فيما يتعلق ب: -إجراءات التنفيذ والطرق الذي يتم بها التنفيذ.

-التدابير الذي يمكن للمدين اللجوء إليها في حالة نقص أو عيب في تنفيذ الالتزامات .

فبذلك فإن شعبن وتفسير البضائع يخضع لقانون الميناء الذي، يتم فيه ذلك ويرجع سبب الأخذ بقانون محل التنفيذ إلى أن هذه المسائل مرتبطة أكثر بقانون محل التنفيذ ، لكن هذا لا يدفعنا إلى استبعاد القانون الذي يختاره المتعاقدان ، بل في حالة عدم تحديد إجراءات التنفيذ صراحة من قبل المتعاقدين، فمن المطلق أن يفترض أن هذه الإرادة اتجهت إلى قانون محل التنفيذ (2)، وما يؤكد عدم استبعاد قانون الدولة التنفيذ في النص عبارة: "يجب مراعاة القانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ" (3)، وهذا لا يمنع كذلك من أن يكون القانون الذي يختاره المتعاقدان هو نفسه قانون محل تنفيذ العلاقة العقدية.

وإضافة إلى الضابط الأصلي الذي قدمته اتفاقية روما هناك ضابط آخر يعتبر احتياطيا متميزاً يُؤخذ به في حالة سكوت الأطراف على اختيار القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية.

(1) Patrick Courbe : J.Class.D Com , Fass 336 , op.cit , p. 16.

(2) Pierre Mayer : op.cit , p. 480.

(3) Article 10/2 "en ce concerne les modalités d'exécution et les Mesures a prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution , ou aura égard a la loi du pays ou l'exécution a lieu

المطلب الثاني: الضابط الاحتياطي الذي تستند له الاتفاقية روما

معنا من اجمال وجود فكرة عقد بدون قانون وضعت اتفاقية روما ضابطا احتياطيا يتم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون مستندة في ذلك إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .
و إن البحث عن هذا الضابط يفترض علينا تحديد أولاً ما إذا كانت هذه الاتفاقية تأخذ بالضوابط العامة أو تحديد الضابط الاحتياطي بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد وثانياً تحديد الضابط الاحتياطي من قبل القضاء .

الفرع الأول : تحديد الضابط الاحتياطي.

سبق أن أشرنا إلى القاضي الفرنسي يتولى تحديد القانون المطبق على العلاقة التعاقدية بالرجوع إلى ضوابط عامة موجودة مسبقا في العقد في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار لكن في بعض الأحكام القضائية تراجع عن ذلك بإسناد للقانون، الذي تحدده ظروف وملابسات التعاقد، ولقد حسمت اتفاقية روما هذا التردد الحاصل من خلال نص المادة الرابعة عن طريق إقرارها لقانون دولة المدين بالأداء المميز.

فلقد نصت المادة الرابعة الفقرة الأولى: "أنه في حالة عدم اختيار القانون المطبق وفقا للمادة الثالثة يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصلة وثيقة ، و إذا كان جزء من العقد يتقبل الانفصال عن الأجزاء الأخرى، وكان هذا الجزء له صلة وثيقة مع دولة أخرى فإنه يجوز تطبيق قانون هذه الدولة بصفة استثنائية على هذا الجزء". (1)

وتظهر من خلال هذه الفقرة أن الاتفاقية لم تأت بشيء جديد بحيث أخذت بالحل العام الذي يأخذ به كل من الفقه و حتى القضاء من خلال إقرارها لخضوع العقد في حالة

(1) Art 4 /1 : Loi applicable a défaut de choix – "Dans la mesure ou la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux disposition de l'article 3 ,le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens étroits".

سكوت المتعاقدين إلى القانون الذي يشكل الصلة الأقرب بالرابطة العقدية (1) فضلا على إجازتها للقاضي بتجزئة العقد وإخضاع كل جزء من العقد إلى قانون معين ويتم ذلك على سبيل الاستثناء حفاظا على وحدة العقد .

و يقصد بذلك أنه يجب توفر شروط معينة حددها هذه الفقرة في الحالة المعروضة لإمكانية تجزئة العقد وتمثل في:

1- أن تكون طبيعة العلاقة العقدية تقبل التجزئة: وهذا يرجع إلى وجود بعض العناصر في العقد من طبيعتها أنها لا تقبل التجزئة، فلن يمكن إخضاع العقد لقوانين متعددة لابد أن تكون عناصره من ضمنه العناصر التي تقبل تجزئتها أي تقبل الانفصال على الأجزاء المتبقية من العلاقة العقدية من أجل إخضاعها إلى قانون آخر .

2- أن تكون العناصر القابلة للتجزئة لها صلة بقانون دولة أخرى غير قانون الدولة التي يحكم العناصر الأخرى للرابطة العقدية حيث هناك بعض العقود تحتوي على عناصر قابلة للتجزئة لكنها لا ترتبط بقوانين أخرى بل بقانون واحد.

3- أن تكون الصلة بقانون دولة أخرى وثيقة بحيث يعد هذا الشرط أهم الشروط نظرا لأنه لا تحقق التجزئة من دونه رغم وجود الشرطين السابقين الذكر ذلك لأن وجود عناصر قابلة للتجزئة مرتبطة بقانون دولة أخرى لكن بصلة غير وثيقة يمنع الأخذ بالتجزئة، فهنا يتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم كامل العلاقة العقدية كونه يحقق هذه الصلة تطبيقا لما أقرته المادة الرابعة الفقرة 1 من الاتفاقية .

4- أن يتم تطبيق هذا القانون كحالة استثنائية: ذلك لأن القاعدة العامة هو تطبيق قانون واحد على كامل العقد، وتجزئة إذا احتل وقوعها فهي من صلاحيات المتعاقدين ومن خلال ماسبق نلاحظ أن الاتفاقية أخذت بعكس ما يميل إليه الاتجاه الحديث في الفقه الأوروبي الذي يقر الوحدة بالسماح للقاضي عند تحديد القانون الأوثق صلة الرجوع إلى قوانين مختلفة لحكم العلاقة العقدية بشرط أن تتوفر الشروط الأربعة متكاملة رغم أنه حاول تقييدها باشتراط أن

(1) Claude Retornaz : op.cit , p. 2.
Pipeline : op.cit , p. 7.

يتم ذلك بصفة استثنائية، وهذا يرجع إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي التي يرجع سببها إلى اعتبار القانون المطبق كواقعة .

ولم تتوقف هذه المادة عند الطابع العام المميز للفقرة الأولى من المادة الرابعة بل أضافت في فقرتها الثانية كيفية تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية عن طريق الافتراض أن القانون الأوثق صلة هو قانون دولة المدين بالأداء المميز (1) أثناء مرحلة إبرام العقد ما لم يتبين من ظروف أن هناك قانون آخر أكثر صلة بالرابطة العقدية. (2)

ويقصد بالأداء المميز هو الالتزام الرئيسي و الجوهري الذي يفرضه العقد لحظة إبرامه، ووفقا للمادة الرابعة الفقرة الثانية فإن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية في حالة سكوت الأطراف هو قانون دولة الطرف المدين بالالتزام الرئيسي .

ولم تكن اتفاقية روما الوحيدة التي تناولت هذا المضابط بل تبعتها في ذلك اتفاقية لاهاي السادرة في تاريخ 1986/12/22 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع من خلال نصها في المادة الثامنة الفقرة الأولى على تطبيق قانون دولة منشأة البائع وقت إبرام العقد (3) في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون المطبق على عقد بيع البضائع .

بأن الالتزام الأساسي في عقد البيع هو تسليم البضائع المبيعة، الذي يتولى البائع القيام بها فإن تقرير تطبيق قانون إقامة البائع إذا كان شخصا طبيعيا أو قانون المركز إدارته فيما لو كان شخصا متبونيا ما هو تكريسا لسا أخذت به اتفاقية روما من خلال اعتبار أن المدين هو البائع و الأداء المميز هو تسليم البضاعة التي تقع على عاتق هذا الأخير ، وبذلك تعترف اتفاقية لاهاي ضمينا بفكرة الأداء المميز .

و يحتل قانون دولة المدين بالالتزام الرئيسي المميز مركزا وسطيا بين ما تقر به الضوابط العامة في تحديد القانون المناسب نظرا لأن في كلا الحالتين يتوقع المتعاقدان مسبقا للقانون المطبق في حالة

(1) Art 4/2 : "sous réserve de paragraphe 5, il est présumé que le contrat ,présent les liens les plus étroits avec le pays ou la partie qui doit fournir la prestation caractéristique , au moment de la conclusion du contrat " .

(2) هذا الاستثناء أقرب مما تنص المادة في فقرة الخامسة من أجل اعتماد قانون دولة المدين بالأداء المميز والخاضع للقانون التي تحده ظروف وملازمات التعاقد بالنظر

من 177

(3) Vincent Henzé : La vente international de marchandises , op.cit , p .41.

سكوكهما، إضافة إلى أنه في بعض الحالات يكون قانون دولة المدين بالأداء المميز نفسه قانون دولة تزايد الالتزام، أو قانون دولة إبرام العقد، وبين تحديد القانون الأوثق صلة وفقا لظروف وملابسات التعاقد، باعتبار أن الأداء المميز يختلف من عقد إلى آخر بحسب الفئة التي يتبعها العقد محل النزاع دون أن يفقد الأداء المميز طبيعته الواضحة والمحددة. (1)

وعلى هذا النحو وبعد افتراض الفقرة الثانية من المادة الرابعة القانون الأوثق صلة وفقا لقانون دولة الطرف المدين بالأداء المميز قامت نفس الفقرة بتحديد هذا الأداء بحسب طبيعة الطرف المدين بما. فإذا كان شخصا طبيعيا فإن الأداء المميز يحدد في الإقامة الاعتيادية للمدين وبذلك فسند سكوت التعاقد من اختيار القانون الواجب التطبيق يتولى القاضي تحديده بالرجوع إلى قانون الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز لحظة إبرام العقد حيث يعد وقت الإبرام شرطا أساسيا، فلا يمكن تحديد الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز بعد إبرام العقد نظرا لأن الإقامة قابلة للتغيير من قبل المدين (قد يكون البائع إذا كان عقد البيع) بعد إبرام العلاقة العقدية.

فالأداء المميز يسمح بالفرقة بين عقد وآخر، فمثلا إذا كان العقد هو بيعا لبضائع فإن المدين بالأداء المميز كما تم توضيحه هو البائع، فمن المستحيل أن يكون مثلا المشتري نظرا لأن التزامه يتمثل في دفع ثمن البضاعة المشتراة وهذا الالتزام هو مشترك في كثير من العقود الملزمة لتجانين (2)، ولا يعد أداء يتصف بالمميز، فتحديد الأداء المميز إذا تم التعاقد بين شخصين هو محل إقامة البائع وفقا لهذه الاتفاقية وحتى اتفاقية لاهاي قانون محل إقامة البائع.

-أما إذا كان المدين بالأداء المميز هو مؤسسة أو جمعية أو شخصا اعتباريا آخر فمن المنطقي أن يتركز الأداء المميز في مكان الإدارة الرئيسية لهذا الشخص الاعتباري، لذلك القاضي يتولى تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي عند التعاقد على الالتزامات التعاقدية.

-أما إذا كان العقد متعلقا بنشاط مهني لهذا الطرف، فيقصد بالنشاط المهني أن العقد قد تم مع

(1) Article 8 /1 : " dans la mesure où la loi applicable a la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux dispositions de l'article 7, la vente est régie par la loi de l'état dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat ".

(2) Pierre Mayer : op.cit , p471.

طرف مخترف لهذا النوع من العقود ،فالقاعدة التي حددتها المادة 4الفقرة 2هو تطبيق قانون الدولة التي تتمركز فيها المنشأة الرئيسية لهذا المهني وقت إبرام العقد كقاعدة عامة لكن يرد على هذه القاعدة استثناء يتمثل في الحالة التي لا يقدم الأداء المميز من قبل المنشأة الرئيسية بل من المنشأة الفرعية ، فمن غير المتصور أن تخضع العلاقة العقدية لقانون لا يعبر فيه على الأداء المميز ،لذلك وجدت هذه الحالة فجعلت في نفس المادة الاختصاص للقانون الدولة التابع لها المنشأة الفرعية وقت إبرام العقد.

وبذلك حاولت هذه الاتفاقية حسم مسألة عدم اختيار المتعاقدين لقانون معين ،عن طريق تحديد قانون دولة المدين بالأداء المميز وفقا لعدة احتمالات منعا من وقوع القاضي في حيرة حول هذا القانون، ولم تتوقف هذه الأخيرة فقط في تحديد القانون المطبق على هذه الحالة بل تعرضت إلى مسألة الإحالة .

حقا إن هذه الاتفاقية لم تقيّد رفض الإحالة على حالة اختيار المتعاقدين بل نص المادة 15 منها جاء عاما ، لذلك فهو يشمل كلا من المتعاقدين، وحتى القاضي عند اختيار هذا القانون في حالة سكوتها على ذلك ،وبذلك فعند تحديد قانون دولة المدين بالأداء المميز سواء كانت دولة الإقامة المعتدة له أو المركز الرئيسي للمؤسسة وقت إبرام العقد فهي تقصد كما تم توضيحه سابقا القواعد الموضوعية وذلك من أجل تمكين المتعاقدين من معرفة محتواه ،فضلا على الأخذ بما استقر عليه الفقه الدولي.

إضافة أن إقرار أخذ هذه الاتفاقية بالنظرية الشخصية في بعض أحكامها لا يدفعنا إلى الاعتراف بحرية مطلقة للمتعاقدين يسمح لهما بتطبيق قواعد دولية لا تأخذ بصفة قانون تابع لدولة معينة مثل قانون التجار (lex mercatoria) أو تمنحهما أن يجعلوا علاقة بدون قانون يحكمها كون أن عدم إعطاء الاختصاص لقانون معين تأخذ حكم عدم وجود اختيار ويطبق عليها قاعدة سكوت حتى ولو أراد المتعاقدان جعلها غير مقيدة بقانون دولة معينة(1)، بحيث يقوم قاضي الموضوع بتحديد القانون المطبق وفقا للمادة 2/4، و قانون دولة المحدد وفقا للمادة السالفة يحدد

(1) Jean Marc Mousserou ,Jacques Raymand ,Regis Fabre ,Jean -Luc Pierre : op.cit ,p.75.

مصر إرجاع العلاقة مثلا إلى قانون التجار، لكن يختلف الأمر إذا كان المحكم هو الذي ينظر في القضية بحيث، وكما سنرى بعد ذلك أنه يمكنه تطبيق قواعد لا تتبع أي دولة على العلاقة العقدية. وأخيرا دفعت صياغة المادة الرابعة الفقرة 2 إلى التفكير في أن الاتفاقية تأخذ بفكرة عدم الأخذ بتعديلات التي تطرأ على القانون بعد التعاقد من خلال اشتراطها أن تحديد الأداء المميز يتم وقت إبرام العقد وهذا غير صحيح ذلك لأن المقصود من المادة بذكرها "وقت إبرام العقد" هو منع محاولة المتعاقدين التحايل على القاضي بتغيير مثلا المدين لإقامته بعد التعاقد إذا كان شخصا طبيعيا أو تغيير كذلك المركز الرئيسي قهريا من القانون الذي من المفترض أن يكون مختصا. وكما رأى القضاء الفرنسي أن الضابط الاحتياطي السابق الذكر هو الأنسب، وما الدليل على ذلك إلا الأحكام الصادرة في السنوات الأخيرة عن محكمة النقض الفرنسية، لكن هذا الضابط لا يطبق بصفة مطلقة كما سنرى حيث هناك حالات لا يمكن على إثرها تطبيق دولة المدين بالأداء المميز.

الفرع الثاني: القيود المفروضة على الضابط الاحتياطي

صحيح أن أحكام القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة أخذت عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين بظروف وملابسات التعاقد، لكنها تراجعت بعض الشيء عن ذلك والسبب يعود إلى وضع اتفاقية روما. لذلك فالأحكام الصادرة في هذا الشأن عن محكمة النقض الفرنسية أقرت بتطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز بعد وضع هذه الاتفاقية، وقبل أن تدخل حيز التنفيذ في 28 فيفري 1991(1)، لكن تطبيق هذا الضابط لم تأخذ به الاتفاقية بصفة مطلقة بل فرضت قيودا في بعض العقود في نفس المادة، فالقاضي عندما يتولى البحث عن القانون الأوثق صلة وفقا لما افترضه المادة الرابعة الفقرة الثانية فإنه يتأكد قبل ذلك من توفر شروط في بعض العقود ليطبق قانون دولة المدين بالأداء المميز ومن ضمنها.

(1) Jean Michel Jacquet : 13 Juillet 1988 , JDI 1990 , p.403.

1- عقد النقل الدولي للبضائع: فهذه العقود إذا طبقنا عليها المادة الرابعة الفقرة الثانية فأفها بذلك تخضع لقانون الدولة التي يتمركز فيها الناقل، سواء كانت الإقامة المعتادة للناقل إذا كان شخصا طبيعيا، أو مركز الإدارة الرئيسية للشركة إذا كان شخصا معنويا، ذلك لأن الناقل هو المدين بالأداء المميز في العقد، الذي يتمثل في قيام الناقل بنقل بضاعة إلى مكان معين دون أن يصيبها تلف أو ضرر.

لكن الاتفاقية في مادتها الرابعة الفقرة الرابعة فرضت قيودا على تطبيق هذا القانون، بحيث اشترطت لتطبيق هذا الافتراض أن تكون دولة الناقل هي في نفس الوقت دولة شحن البضاعة أو دولة تفرغها أو دولة المركز الرئيسي للشاحن، فهي بذلك لا تكتفي بوجود الأداء المميز في دولة المدين بل تفرض إضافة إلى ذلك توفر أحد الضوابط السابقة، ولم تشترط هذه المادة أن تكون كل هذه الضوابط مجتمعة .

وهذا منعا من تحايل الناقل بوضع مركزه الرئيسي في دولة أخرى غير دولة الشحن أو التفرغ أو دولة المركز الرئيسي للشاحن تهربا من القواعد الأمرة المفروضة في قوانين تلك الدول التي لا تخدم مصالح الناقل، لذلك فعلى القاضي قبل تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز التأكد من أن هذه الدولة تتطابق مع أحد هذه الدول .

والملاحظ على هذا الشرط أنه واجب توافره في عقود نقل البضائع فقط كما أكدته هذه الفقرة دون أن تأخذ هذا الحكم عقود نقل الأشخاص ذلك لأن هذه العقود تخضع لما أقرته الفقرة الثانية من نفس المادة أي قانون دولة المدين بالأداء المميز المتمثل في الناقل دون فرض أن تتطابق مع الدولة السابقة الذكر. (1)

لكن يعاب على هذه الفقرة أنها لم تعطِ البديل كحل آخر في حالة إثبات القاضي عدم التطابق، لذلك يجب الرجوع إلى النص العام في المادة الرابعة الفقرة الأولى التي تقر بتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية دون الأخذ بالافتراضات المنصوص عليها في الفقرة الثانية . وفي اعتقادنا يتم التحديد في هذه الحالة القانون الأوثق صلة رجوعا إلى ظروف وملابسات

(1) Patrick Courbe : J.Class .D .Com , fas 335 , op.cit , p. 24.

التعاقد ، إذا كانت تعبر على صلة وثيقة أكثر من صلة التي يقرها قانون دولة المدين بالأداء المميز كما سنوضحه في حينه لذلك وحسب رأينا كان من المفروض لواضعي اتفاقية روما إدراج في الفقرة الرابعة ظروف وملابسات التعاقد كما فعلت مع الفقرة الخامسة .

2-العقود الذي لا يمكن تحديد فيها الأداء المميز :قد يحصل في بعض العقود أن يتعذر على القاضي تحديد الأداء المميز فيها نظرا لوجود عدة أداءات مميزة تحتل نفس المرتبة ، والمثال التقليدي يحقق هذا الاحتمال هو عقد المقيضة (contrat d'échange) (1) ، ذلك لأن في هذا النوع تكون أداءات كلا الطرفين متبادلة ومميزة ، بحيث يكون كلا المتعاقدين مدين بالأداء المميز للمتعاقد الآخر ، ولذلك فالقيد الثاني الذي يفرض على تطبيق الضابط الاحتياطي هو إمكانية تحديد الأداء المميز .

ويختلف هذا القيد على الأول في:

- أن هذا القيد ليس محددًا لعقود معينة بل يمكن توفره في جملة من العقود بينما القيد الأول فيتوفر في عقد النقل الدولي للبضائع فقط دون عقود أخرى.

- أن عدم إمكانية تحديد الأداء المميز هو الذي يدفع إلى عدم تطبيق قانون المدين بالأداء المميز بينما في القيد الأول الأداء المميز متوفر ، لكي يمكن للقاضي تطبيقه يشترط ارتباطه بأحد الدول السابقة الذكر .وبذلك فوفقا للمادة الرابعة الفقرة الخامسة في جزئها الأول فإن القاضي لا يمكنه تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز نظرا لصعوبة تحديده ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ؟.

الجواب يكون كذلك من خلال نص المادة الرابعة الفقرة الأولى بتطبيق القانون الأوثق صلة وفقا لظروف وملابسات التعاقد المنصوص عليها في الجزء الثاني من نفس الفقرة منعا من وجود علاقة قانونية (عقدية) من دون قانون يحكمها ، لكن تقدير إمكانية تحديد الأداء المميز من عدمه متوقف على إرادة القاضي ، فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.

3-العقود التي ترتبط بصلة وثيقة بدولة غير دولة المدين بالأداء المميز:نحن نعلم أن الشرط

(1) Marie – Laure Niboyet Hoegy : J.Class . D .Int , fas 552/3 , 2e App art 1134-1135 ,op.cit , p 3.

الأساسي لإعمال قانون دولة المدين بالأداء المميز أن يكون يعبر على صلة وثيقة بالرابطة العقدية، ولقد تناولت نص المادة الرابعة الفقرة الخامسة في جزئها الثاني الحالة العكسية حيث يستبعد فيها الضابط الاحتياطي نظرا لعدم توفر صلة وثيقة ويتحقق ذلك بأن يكون هناك قانون لدولة أخرى أكثر ارتباطا بالعلاقة العقدية والذي من المفروض أن يطبق وفقا لما تقره ظروف وملابسات التعاقد، وبذلك فهذه الحالة يكون فيها الأداء المميز سهل تحديده لكن لا فائدة منه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة سكوت المتعاقدين .

وتعرف هذه الحالة بالبند الاستثنائي clause d'exception (1) فالقاضي عندما تعرض عليه قضية من هذا النوع يطبق القانون الذي يعبر على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية ويستبعد قانون دولة المدين بالأداء المميز، وليس في ذلك ما يقلل من شأن نظرية الأداء المميز فهي تبقى المختصة في تحديد القانون الأوثق صلة إلا في حالات استثنائية يستبعد فيها (2).

ووفقا لهذا البند فالقاعدة التي تقر خضوع عقد البيع الدولي لقانون دولة إقامة البائع باعتباره المدين بالأداء المميز في العقد ليست مطلقة إذ يستطيع القضاء أن يضع بعض الاستثناءات منصوص عليه في الفقرة الخامسة، كما أسلفنا ذكره إذا تبين من ظروف التعاقد أن عقد البيع له صلة وثيقة بقانون دولة أخرى غير تلك التي يقيم فيها البائع. ولقد طبق هذا الاستثناء من قبل القضاء عن طريق محكمة النقض الفرنسية قبل دخول اتفاقية روما حيز التنفيذ دون التصريح عنه صراحة ، من خلال حكم صدر في تاريخ 25 أكتوبر 1989 (3) الذي أبطلت فيه عقد الوساطة تطبيقا للقانون الجزائري الذي يحضر هذا النوع من العقود.

وإستند في ذلك إلى :

" أن من حق محكمة الإستئناف دون منافس تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال تركيز العقد على ضوء مجموعة من الظروف وإعتبرت أن الأداء المميز في هذا العقد قد تم تنفيذه في

(1) Pierre Mayer : op.cit , p.470 ; Marie – Laure Niboyet Hoegy : J .Class . D .Int , fas 552/3 , 2e App: art 1134-1135 , op.cit , p 3 ; Patrick Courbe : J .Class .D .Com , fas 335 , op.cit , p .24.

(2) هشام صادق : مرجع سبق ذكره ، ص 463.

(3) أنظر وقائع هذه القضية في ص 69.

الجزائر". (1)

فوفقا لاتفاقية روما فإن المدين بالأداء المميز هي الشركة الفرنسية وبذلك يجب تطبيق قانون دولة تمرکز الإدارة لهذه الشركة أي تطبيق القانون الفرنسي الذي يسمح بإبرام عقود الوساطة ، لكن هذه القضية أخذت بالفقرة الخامسة دون التصريح بذلك ويظهر ذلك من خلال أخذها بظروف وملابسات التعاقد من جهة ، فضلا على أن الأداء المميز الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية لم يتم تعيينه وفقا للمادة الثانية الفقرة الثانية من الاتفاقية ، وبذلك فهذا الحكم لم يطبق الفقرة 2 من المادة 2 من جهة أخرى .

لكن وبالرغم من أن هذه الاستثناء يمنح للقاضي نوعا من المرونة (2) نظرا لعدم تقييده بقوانين محددة مسبقا بل يستند إلى ظروف وملابسات التعاقد الذي تختلف من عقد إلى آخر إلا أنه عيب عليه أنه يمنح للقاضي سلطات واسعة في الخروج عن قانون دولة المدين بالأداء المميز مدعيا استناده إلى ظروف وملابسات التعاقد مما يتطلب فرض رقابة من قبل محكمة النقض الفرنسية عند إعمال البند الإستثنائي (3).

وبذلك فمن المفروض أن يتم الاعتماد بالظروف المحيطة بالعقد عند إبرام العقد وليس بعد ذلك ، رغم أن هذه الفقرة لم تحدد متى يمكن أن يعتد بتلك الملابس ، وأخيرا يمكن اعتبار الحل المقدم من اتفاقية روما بشأن سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المطبق حلا يرجع له القاضي في بعض حالات عقود التجارة الدولية تسهيلا للقاضي في البحث عن القانون المطبق دون أن يتجرد القاضي من قدراته في تقدير القانون المناسب.

وبإضافة إلى اتفاقية روما هناك إعادة النظر لمبدأ سلطان الإرادة من قبل التحكيم التجاري الدولي ويظهر ذلك عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

(1) " La cour de cassation considère que c'est par une interprétation souveraine de la commune intention des parties que la cour d'appel a estimé que le contrat était régi par la loi algérienne , dès lors que les juges de fond avaient relevé : " que l'ensemble des circonstances de nature a déterminer la localisation du contrat convergeait vers l'état algérien et après avoir constaté que la prestation caractéristique dudit contrat était exécutée dans ce Etat " .

(2) Pierre Mayer : op.cit , p.470.

(3) Vincent Henzé : La réglementation française des contrats internationaux , op.cit , p .41.

المبحث الثاني

إعادة النظر له لئلا الإزادة من قبل التحكيم التجاري الدولي

إن التطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية أدى إلى خلق قواعد عابرة للحدود تكريماً لمبدأ سلطان الإرادة لم تكن موجودة في منهج النزاع المتعدد في القانون الدولي الخاص الذي يرى ضرورة تطبيق القانون الوطني على العقد التجاري الدولي ويكون قانون دولة معينة لها صلة وثيقة بالنقد أو المتعاقدين .

وانت لعلت هذه القواعد دوراً هاماً في التحكيم التجاري الدولي من خلال استناد الخصوم وحتى التحكيم الدولي إليها في بيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، إلى جانب قواعد النزاع السابق دراستها ، باعتبار أنه من المؤكد أن أشخاص القانون الخاص لهم الحق في اللجوء عندما يشور النزاع للتقضاء الوطني وفي بعض الحالات للتقضاء التحكيمي .(1)

كما يؤدي بنا إلى دراسة اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والطور الذي تلعبه القواعد العابرة للحدود في هذه المرحلة ، وحتى أثناء النضال في النزاع ، إضافة إلى تطبيق هذه القواعد من قبل المحكم الذي يتمتع بسلطات واسعة تسمح له حتى فرض قيود على اختيار الأطراف .

المطلب الأول: اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إرادة الأطراف المتنازعة في التحكيم التجاري الدولي تستقل بتحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع ، دون أن يفرض عليها شروط واجبة الذوفر في اختيارهم ، فللمتعاقدين أن يحددا بكل حرية للمحكم الذي يتولى الفصل ، في النزاع القواعد المطبقة ولو لم تكن تابعة لقانون دولة معينة .

(1) Amar Zahi : L'Etat et L'arbitrage (Étude comparée) principalement du droit des états arabes , Thèse pour le Doctorat D'état ,Orléans 1979 , p.216.

التزاع والتحكيم التجاري القانوني دولة لتطبيق على موضوع النزاع

تعد مسألة تحديد قانون الذي يحكم موضوع النزاع من المسائل الجديرة التي تقع عصبها تحديد ما على الخصوم نظرا لأن التزاع هو عدالة اذقية ينفق فيها الأطراف على خضوع النزاع لتسليمها للملك حسب احترام إرادة الخصوم تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة. (1)

فذلك فالتحكيم من النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية يقوم بنفس الدور الذي يقوم به القاضي الوطني، وهو البحث عن القانون الذي اختاره الخصوم لتسليم النزاع، لكن مدى هذا الاختيار واسع في التحكيم التجاري الدولي مقارنة بالخطية العامة للنزاع الثنائي في مجال العقود، نظرا لعدم وجود نظام قانوني محدد مسبقا يستعمله المحكم لتفويض التزامات المفروضة عليه، فالخصوم أن يحددوا إضمار النزاع إلى قانون دولة معينة أو قواعد مشتركة بين أكثر من قانون دولة أو عايضا من التواعد القانونية غير التشريعية (2)، وإما بإخضاع النزاع إلى أحرف التجارة الدولية.

هذا والملاحظ أن السيادة الامتدادية للخصوم في تحديد هذا القانون قد حسمتها اتفاقيات دولية المطلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ومن أهمها اتفاقية جنيف الصادرة في تاريخ 21 أفريل 1961 التي نصت في المادة السابعة الفقرة الأولى: "أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبق المحكمون على موضوع النزاع...". وكذلك الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي (3) وبمقتضى من هذا الحكم المادة 42 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لارة في 18 مارس 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتقدمة ورعايا الدول الأخرى، معروفة باسم اتفاقية BIRD.

ولم يتوقف إقرار سلطان الإرادة على الاتفاقيات الدولية بل تجاوز ذلك النص عليه حتى في التشريعات الداخلية لكثير من الدول، بحيث في السنوات الأخيرة قامت مجموعة من الدول بتعديل قانون إجراءاتها المدنية من أجل إدراج وتبني التحكيم التجاري الدولي، وسار

(1) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Bernold Goldman : Traité de Arbitrage commercial international : LITEC, Felta 1995, p.797.

(2) سمي باسم منصور : مرجع سبق ذكره، ص 513.

(3) Rev. Crit. DIP 1962, p.621.

على هذا الدرب المشرع الجزائري في مرسومه رقم 09/93 الذي نص في المادة 458 مكرر 14 تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل المحكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، وهي نفس الصياغة الموجودة في المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.(1)

وبالتالي فالمحكم الذي له مقر في الجزائر أو حتى في فرنسا يجب عليه احترام الاختيار الذي يقوم به الأطراف الذي يستشف من خلال ما يدرجه الأطراف من شروط في العقد المثار المنازعة في شأنه، أو بمقتضى اتفاق (عقد) مستقل يحدد فيه القانون المطبق على موضوع النزاع(2).

لكن كل هذا على اعتبار التحكيم متمتع بصفة الدولية، ولقد حاول الفقه تحديد المقصود من قواعد القانون règles de droit المذكور في المادة 1496 ومعظمهم رأى ضرورة اعتماد التفسير الموسع بشأن هذه العبارة، بحيث لا يجب أن يقتصر مجال تطبيقها على القواعد الوطنية، بل يتعين أن يمتد ليشمل القواعد العابرة للدول والمعروفة بقانون التجارة *lex mercatoria*، ودليلهم في ذلك أنه إذا أراد المشرع تطبيق التشريعات الوطنية فقط لا استعمل مصطلح تشريع *loi* في المادة بدلا عن قواعد القانون.(3)

وهذا التفسير من المفروض أن يكون مطبقا على المادة 458 مكرر 14 نظرا لاستعمالها نفس العبارة، إضافة إلى ذلك نحن نعلم أن إرادة يتم التعبير عنها صراحة أو ضمنا بينما النصوص السابقة الذكر جاءت كلها عامة لا تحدد طبيعة اختيار الخصوم للقانون الذي يحكم النزاع عكس اتفاقية روما التي نصت وكما وضحنا على أن الاختيار إما أن يكون صريحا أو ضمنا يستنتجه القاضي بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال، فهل يدفعنا ذلك إلى القول أن اختيار الأطراف لهذا القانون يجب أن يكون صريحا؟ (4)

إن الحقيقة تؤكد أنه لا يوجد ما يمنع المحكم الدولي من البحث عن الموقف المشترك الذي اتخذته

(1) Art 1496 : " L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies".

(2) أبو زيد رضوان : الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي - القسم الرابع - "القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع"، مجلة الحقوق، السنة 4 العدد 1-3-1980، ص 14.

(3) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman : op.cit, p.803.

(4) Philippe Fouchard : L'arbitrage international en France, JDI 1982, p.375.

الخصوم فيما يخص الاختيار الضمني ويستظهر نيتهم في إخضاع موضوع النزاع لقانون معين أو لعادات وأعراف التجارة الدولية، فبذلك يكون للمحكم سلطة تقديرية في هذا الشأن بشرط أن يكون الاستنتاج على سبيل التأكيد (1)، ويتحقق ذلك بالإسناد إلى قرائن نسبية تختلف ترحيحها على حسب رأي المحكمة التحكيمية التي تنظر في النزاع.

فمثلا في السابق كان الاجتهاد التحكيمي تعتبر أن اختيار المكان الذي يجري فيه التحكيم افتراض على الإرادة الضمنية كقرينة قوية يستند لها في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة لقانون معين ليحكم النزاع (2)، لكن غير رأيه حاليا بحيث لم يعط أهمية إلى مقرر التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق ويظهر ذلك في حكم صدر في 1988 واعتبر فيه أن اختيار لندن كمكان للقيام بالتحكيم واللغة الإنجليزية باعتبارها لغة العقد لا يمكن اعتبارها قرينة على نية الأطراف في إخضاع صحة الإنفاق التحكيم إلى القانون الإنجليزي. (3)

ويرجع سبب التردد حول الأخذ بمكان التحكيم بالنسبة لتحديد الإرادة الضمنية حاليا إلى عدم فهم المقصود من هذا المكان الذي تعقد فيه هيئة التحكيم لأول مرة أو المكان الذي يصدر فيه القرار، نظرا لأنه قد يختلفان في بعض النزاعات حيث تعقد المحكمة التحكيمية في عدة أماكن، وحتى وإن اتحد المكانان لكن قد يتم تعيين مكان التحكيم على سبيل الصدفة بطريقة عرضية لا يعبر فيه على الإرادة الضمنية للخصوم كما هو الشأن بالنسبة لتطبيق قانون محل الإبرام السابق الذكر. (4)

ومما تقدم فإنه يقع على المحكم تطبيق القانون الذي يختاره الخصوم لحكم موضوع النزاع صراحة أو نادرا ضمنا ويكون محل هذا الاختيار قانون دولة معينة في بعض الأحيان، فكما تم ذكره فإن من ضمن قواعد القانون الدولي الخاص بالعقود أنه يشترط في اختيار لقانون معين أن يكون صادرا على سلطة تشريعية تتمتع بسيادة مع وجود صلة بين العقد أو المتعاقدين، لكن في التحكيم

(1) Y. Derains : JDI 1977 , p.947.

(2) Ibid : p.800.

(3) " Le choix de Londres comme lieu de l'arbitrage et de l'anglais comme langue du contrat ne constitue pas par lui même une indication de l'intention des parties de soumettre la validité de l'accord arbitral a la loi anglais". Voir Bull .CCI.Vol1.n 2, 1990, p.22."

(4) أنظر الفرع الأول المعنون بمحل الإبرام العرضي ، ص 143.

التجاري الدولي ورغم تمتع الخصوم بحرية مطلقة إلا أنه يمكنهم الاستعانة بالقانون الوطني ، ذلك لأنه من غير الصحيح بأن قواعد القوانين الداخلية لا تصلح للتجارة الدولية.(1)

كما أنه يتم تحديد هذا القانون سواء بإتباع منهج التنازع التي يتم فيها اختيار أحد القوانين المتنازعة التي تتوفر فيها الصلة الموضوعية المطلوبة من القانون الدولي الخاص للعقود لاسيما بالنسبة لقانون الدولة التي أبرم فيها الاتفاق التحكيمي أو قانون دولة تنفيذ الحكم التحكيمي أو حتى قانون دولة أحد الخصوم الذي يحدث عادة أن يكون فيها الاختيار واقعا تفرضه ظروف طبيعة العقد مثار المنازعة في شأنه أين يتم فيها العقد مع الدولة وتفرض فيها هذه الأخيرة إرادتها ، نظرا لأنها الطرف الأقوى في العلاقة العقدية، من حيث اشتراطها تطبيق قانون دولتها ، كذلك قد يعبر هذا الاختيار على نفس القانون الذي يحكم العلاقة العقدية التي نشأ النزاع حولها.(2)

كما يمكن عدم إتباع الخصوم منهج التنازع باختيار قانون محايد لا يوفر صلة موضوعية مع العقد التحكيمي أو الشرط التحكيمي المدرج في العقد التجاري الدولي ، فالمحكم خلافا للقاضي العادي لا يصدر أحكامه في ظل سيادة دولة معينة تلزمهم باحترام ما يأمر به نظامها القانوني ، فلا تفرض على الخصوم رقابة من المحكم في مدى توافر هذه الصلة مادام أن ذلك الاختيار كان بحسن نية ، حيث بالرغم من صدور أحكام تحكيمية تأخذ بقانون وطني لدولة معينة ، إلا أن الأحكام الأخيرة لم تصل إلى نفس النتيجة كونها تتجه نحو إطلاق حرية الخصوم على أن لا يكون الاختيار مشوباً بغش نحو القانون.(3)

وهذه الحرية دفعت الفقيه دوران إلى القول: " أن حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، لا تظهر إلا في حالة سكوت الخصوم عن اختيار قانون المطبق ، فتطبيق هذا القانون هو أحد العناصر التي تشمل مهمة الوكالة للمحكم والذي يجب على المحكم تطبيقها"(4) ، بذلك يقوم الخصوم باختيار قانون دولة معينة نظرا للصفة الكاملة التي يتمتع به القوانين الداخلية إضافة إلى سهولة معرفتها ، ولا مانع من اختيار أكثر من قانون واحد نظرا لأن

(1) أبو زيد رضوان : مرجع سبق ذكره ، ص 12.

(2) نفس المرجع السابق ، ص 19.

(3) Pierre Mayer : op.cit , p.461.

(4) Y.Derains : clunet 1979 , p.949 ; Jean Michel Jacquet : op.cit , p.114.

القوانين الداخلية إضافة إلى سهولة معرفتها ، ولا مانع من اختيار أكثر من قانون واحد نظرا لأن العبارة المذكورة في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والمتمثلة في القواعد القانونية لا يمنع من تجزئة النزاع وإخضاع كل جزء منها إلى قانون معين .

واعتبار التحكيم عدالة اتفاقية سمح للخصوم باشتراط الثبات التشريعي أين لا يأخذ في حالة وجود هذا الشرط بالتعديلات اللاحقة على هذا القانون بعد إبرام العقد، ويظهر هذا الشرط خاصة في العقود المبرمة مع الدول لمنح الطرف الآخر ضمان نظرا لتمتع الدولة بسلطة تشريعية يجعلها قادرة على تحسين وضعيتها التعاقدية (1) حتى وإن لم تكن متمتعة بالسيادة ، ويعتبر هذا الشرط صحيحا عكس في القانون الدولي الخاص للعقود أمام المحكم ويمكن إصدار أحكام مستندا إلى قانون عدل قبل صدور الحكم ، العكس بالنسبة لاختيار قانون يبطل العقد حيث يرى الفقهاء بأنه يأخذ بهذا الاختيار مستندين في ذلك إلى أنه في حالة تنازع بين نصوص القانون المختار ونصوص العقد فإنه يأخذ بنصوص العقد (2) فالأطراف لم يريدوا إبرام عقد باطل وفقا للقانون المختار، لذلك فالعقد يصبح بدون قانون يحكمه مما يدفع تدخل المحكم بافترضه وجود فراغ قانوني يأخذ بذلك حكم سكوت المتعاقدين (الخصوم) عن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نظرا، وكما سنبينه أن القوانين وخاصة القانون الفرنسي لا يعترف بالعقد المتجرد من أي قانون حتى وإن كان الإنفاق تحكيميا.

ونظرا للحرية المطلقة التي يتمتع بها الأطراف في تحديد هذا القانون دفع جانب من الفقه إلى القول بإمكانية تحرير الأطراف من حكم قانون دولة معينة واعتبار العقد وحده كاف بذاته دون الحاجة إلى قانون يحكمه (3).

إلا أن هذا الطرح مخالف للحقيقة نظرا لأن المحكم الدولي قد قام في عدة قراراته باستبعاد مسألة العقد المتجرد من أي قانون مؤكّد ، أن العقد لا يمكن أن يكون

(1) E. Gaillard : JDI 1987 , p.161 ; et JDI 1991 , p.186.

(2) Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman : op.cit , p.810.

(3) يرى هذا الجانب من الفقه : " أن الحكمين يستمدون سلطتهم من إرادة الأطراف لذلك فهم ليسوا بحاجة إلى قانون ، حيث يجب إحترام إرادة الأطراف لأن القرار التحكيمي الذي هو تصرف خاص لا يوجد رقابة تفرض على القانون المطبق من قبل الحكمين ، لذلك فإن إحترام المحكم لإرادة الأطراف كافي لتجريد العقد من أي قانون يحكمه " . أنظر في هذا الشأن : Pierre Mayer : op.cit , p 458 .

منعزلا (1)، بل يجب أن يرتكز على قواعد قانونية تحكمه حتى وإن كان عبارة عن عادات وأعراف التجارة الدولية كما سيتم تبيانها، فهذه العملية ليست متروكة للإرادة المطلقة للأطراف، رغم أن سلطة المحكم مستمدة من إرادة هذا الأخير، إلا أنه يطبق القواعد القانونية التي يراها مناسبة من خلال اعتباره أن الأطراف تناسوا تحديد هذا القانون.

وهذه الحالة لا تشمل فقط عدم اختيار بل يضاف إلى ذلك الحالة التي يعتبر فيها القانون الذي يختاره الخصوم له وظيفة تكميلية، ويقصد بها أنه في حالة تنازع هذا القانون مع الشروط المدرجة في العقد، فإن شروط العقد هي التي تكون لها الأولوية (2) ويستبعد القانون المختار المتعارض معها، وبذلك فإنه يمكن للخصوم اختيار الرجوع إلى قواعد غير صادرة عن الدولة ولا يعتبر ذلك تهربا من القواعد القانونية الوطنية في التحكيم التجاري الدولي مما سمح للأطراف باختيارها ولا يمكن بذلك إثارة المحكم للدفع بالغش نحو القانون إلا نادراً.

الفرع الثاني: اختيار قانون التجارة الدولية

لا يعتبر القانون الوطني لدولة معينة الوحيد المختص للنظر في النزاع المعروض على التحكيم التجاري الدولي، فبالإضافة إلى تلك القواعد القانونية السابقة الذكر هناك قواعد من نوع آخر تختلف على ما هو معمول به في القانون الدولي الخاص، تمنح لعقود التجارة الدولية خصوصية أمام التحكيم من خلالها يتم تدويل هذا العقد وجعله مستقلاً على قانون دولة ما. وهذه الخصوصية تكمن في إمكانية اختيار الخصوم لقواعد غير صادرة على سلطة تشريعية لدولة ما وهي قواعد عابرة للدول transnational (3)، لتطبق من قبل المحكم على موضوع النزاع دون أن يكون لهذا الأخير حق المعارضة، لذلك يجب أن نفرق بين حالتين في العقد التجاري الدولي.

(1) قادري عبد العزيز، مرجع سبق ذكره، ص 56.

(2) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman : op.cit, p. 811.

(3) B. Goldman : Frontière du droit et lex mercatoria, Arch. Phil. Dr 1964, p. 177 et s

B. Goldman: La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, JDI 1979, p. 475

- الحالة الأولى: التي يعرض فيها النزاع على قاضي الموضوع الذي يطبق على أساسه اختيار المتعاقدين شرط أن يقع على قانون دولة معينة تكون له صلة بالرابطة العقدية.

- أما الحالة الثانية: التي يعرض فيها النزاع على المحكم الدولي الذي يطبق على أساسه الاختيار السابق مع أكثر حرية للخصوم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع نظرا لإمكانية تحديد قانون دولة ليست لها صلة فضلا على إمكانية اختيار أعراف التجارة الدولية التي تعبر على قواعد عابرة للدول.

وبذلك يظهر مبدأ سلطان الإرادة أكثر تكريسا في التحكيم التجاري الدولي عنه في القانون الدولي الخاص، فلقد وجد مجالا واسعا للأطراف من خلالها تم تجسيد النظرية الشخصية في معناه الحديث بإبعاد بعض المسائل التي كانت تأخذ بها النظرية الشخصية في معناها التقليدي كالعقد المتجرد من أي قانون يحكمه، فصحيح أن العقد قد يفلت من حكم القوانين الداخلية لكنه يبقى خاضعا للقواعد المادية (1) وهذا لا يتفق مع ما هو معمول به في العقد المتجرد من القانون كون أن العادات وأعراف التجارة الدولية لا مجال لها في هذه النظرية (2).

ويرجع سبب ذلك إلى التطور الحاصل في العلاقات التجارية والذي دفع إلى خلق قواعد موضوعية مادية لا تنظمها التشريعات الداخلية لدول، نظرا لأن هذه التشريعات تهدف إلى حماية المصالح الوطنية، ولا تعني في الغالب بمصالح التجارة الدولية (3)، لذلك ظهرت ضرورة إيجاد هذه القواعد الناتجة عن تطبيقات التجارة الدولية لتحقيق تلك المصالح.

ولقد أجمع الفقه ومن بينهم الفقيه جولمان وفوشار على هذا الرأي ويظهر ذلك من خلال اعتبارهم أن المقصود بعبارة قواعد القانون التي على إثرها يسمح للخصوم بالاختيار المذكور في بعض الاتفاقات، ونصوص عدة تشريعات ومن بينها القانون الفرنسي الجديد في المادة 1496 والمرسوم المعدل لقانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق الذكر هو قانون التجار والمعروف ب *lex mercatoria* إضافة إلى القانون الداخلي .

(1) Jean Michel Jacquet : op.cit , p.115.

(2) Level : Le contrat dit sans loi , Trav .Com .Fr.Dr.Int .Pr 1964 -1966 , Dalloz , p.209.

(3) أحمد القشيري : الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد 21 ، 1965 ، ص 63 وما بعدها .

وبذلك يظهر أن الفقه قد قام بتفسير هذه العبارة بشكل موسع، وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري قصد بقواعد القانون المذكورة في المادة 458 مكرر 14 السابقة الذكر أن يشمل اختيار الخصوم القواعد القانونية الوطنية والغير وطنية، ولقد تأيد هذا الرأي من قبل الاجتهاد القضائي التحكيمي من خلال عدة قرارات أصدرتها هذه الأخيرة ولم يعارض فيها على تطبيق القواعد العابرة للدول على موضوع النزاع ويظهر ذلك واضحا في القرار الصادر في 25 جوان 1993 (1).

وهذا الاختيار الذي يكون محله القواعد الموضوعية قد تكون بصفة صريحة عن طريق استعمال أحد المصطلحات في العقد وتكون هذه المصطلحات تصب في مجرى واحد، يتم التعبير عنها بصفة مباشرة عن طريق إقرار تطبيق على موضوع النزاع قانون التجارة الدولية أو القواعد القانونية المعروفة عامة بين المتعاملين الدوليين، أو القواعد المشتركة لعدة أنظمة قانونية...، نظرا لأن كلا الاحتمالات تعبر على قانون يحتوي على المبادئ العامة للقانون، والمعروف على قانون التجار أنه نظام قانوني مستقل يتضمن المبادئ العامة للقانون التي تستلهم من قوانين داخلية مختلفة، كما يمكن أن يكون الاختيار ضمينا من خلاله يستنتج المحكم الإرادة الغير مباشرة للخصوم.

وتشمل قانون التجارة الدولية على العقود النموذجية ومصطلحات التجارة الدولية وحتى أعراف التجارة الدولية وحتى المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة :

أولا: فالعقود النموذجية تعتبر بمثابة مصدر لهذه القواعد، وهي تلك الوثائق التي تتضمن على الشروط العامة و الأساسية بصفة مفصلة لنوع معين من العقود وتكون شائعة التعامل، بحيث تقنن في شكل نماذج مطبوعة تلتزم بها جماعة من التجار في تعاملها وتتناول مرحلتين:

1- مرحلة تكوين العقد من إيجاب وقبول ومحل وسبب التعاقد.

2- مرحلة آثار العقد (إنتاج العقد لآثاره).

فلا يكون للمتعاقدين إلا توقيعها وملء الفراغات بالمعلومات اللازمة لتحديد الثمن والكمية وتاريخ تنفيذ العقد ومكانه، ومن مميزات هذه العقود:

-أنها تعبر على قواعد ناتجة عن واقع مهني يربط بين المتعاملين لهذه العقود، لذلك اتسع العمل بها.

(1) D. Bureau : Rev. Arb 1993 , p685.

- أكتما لا ترتبط من حيث شروطها بقانون دولة معينة ، وهذا هو الفرق الذي يفصل بينها وبين العقود النموذجية التي يختارها المتعاقدان أمام القاضي، لأنه في هذه الحالة يجب ان تكون هذه العقود صادرة على دولة لها صلة بالعقد أو بالمتعاقدين ،على العكس من ذلك في هذا النوع من العقود ،فالعقود قد تكون صادرة على جمعية كجمعية لندن لتجارة الحبوب التي تولدت عنها عقود نموذجية تنظم الحبوب.

وبذلك يظهر أن الهدف الذي يسعى إليه واضعوا تلك العقود هو الوصول إلى إقصاء القانون من دوره أصلا أو جعله بعد إرادة في مرتبة تالية بالنسبة للدول التي تعطي مكانة لدور المتعاقدين في العقد الدولي (1)ولكن ومهما محاولات الاستبعاد على حكم القانون إلا أنه تبقى هناك ثغرات في العقد النموذجي لا بد من الرجوع إلى القانون ليحكمها.

ثانيا :مصطلحات التجارة الدولية incoterms :ويقصد بها المفاهيم القانونية والتفسيرات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس (2) والتي تفرض نفسها عند استعمالها من أطراف التعاقد ، فكما في العقود الداخلية يلجأ إلى تفسير التعبير الذي يعتمده العقد كذلك في العقود التجارة الدولية يلجأ إلى هذه المفاهيم والاصطلاحات بقواعدها كما حددت في بيئة ذلك التعامل والتي أصبحت شائعة فيها مثل مصطلح F.O.B المتعلقة ببيع التجارة البحرية.

والخاصية الأساسية في هذه المصطلحات هو طابعها الاختياري ، كما حددته بصفة صريحة مقدمتها (3) بحيث يمكن للأطراف الرجوع إليها كما يمكنهم عدم التمسك بها.

ثالثا :عادات وأعراف التجارة الدولية تعد العادات وأعراف التجارة الدولية المصدر الأهم لقانون التجارة الدولية نظرا لأنها القواعد التي تنشأ في وسط تجاري أو مهني واحد تكون لا تنتمي إلى دولة معينة وتتميز بصفة التكرار ، فإذا اختلف هذا الوسط اختلفت معه تلك القواعد على حسب

(1) طيب زروني : مناهج تنازع في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية -جامعة الجزائر -، الجزء 36 ،رقم 03 ، 1998 ، ص130.

(2) تم التوقيع عليها في فينا من سنة 1953.

(3) “ Les incoterms ont pour objet d’établir une série des règles internationales de caractère facultatif précisant l’interprétation des principaux termes utilisés dans les contrats de vente avec étranger ”.

هناك نوعية السلعة المتعامل بها.

ولقد حاول الفقيه "جولمان" تعريفها بقوله "أما قواعد من صنع ممتهي التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي، تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص الذين يوجه إليهم". (1)

وإن الرجوع إلى عادات وأعراف التجارة لحكم موضوع النزاع أمام التحكيم دفع إلى اعتبارها بمثابة القانون القاضي *lex fori* (2) بالنسبة للمحكم، وبذلك فمن المنطقي أن المحكم لا يصدر حكمه تحت سلطة دولته، فإن قانون جنسية المحكم لا تعتبر القانون القاضي بل يأخذ المحكم بعين الاعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية عند النظر في موضوع النزاع، بالتالي القاعدة التي تقر أن اختيار القاضي يؤدي إلى اختيار قانونه يمكن تطبيقها بطريقة أخرى بحيث اختيار المحكم للنظر في النزاع حول عقود التجارة الدولية هو اختيار تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية.

رابعاً: المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة تعتبر المبادئ المشتركة للقانون من ضمن المصادر التي يمكن على أساسها اعتبار أن الخصوم قد اختاروا الرجوع إلى القانون التجاري الدولي، لكن هذا المصدر الأخير كان عرضة لنقاش بين الفقهاء حول مدى اعتبارها مصدر قانون التجارة الدولية، فمنهم من يرى أن هذه المبادئ لا تعتبر مصدراً لهذا القانون ويرجع السبب إلى أن هذه القواعد تعبر على مبادئ مشتركة بين الدول وهذا لا يتفق مع طبيعة هذا القانون الذي هو نظام قانوني مستقل عن نظم القوانين الداخلية، إضافة أنه يمكن للمحكم التعسف في تقديره لهذه المبادئ تحت ستار حرية اختيار الخصوم لهذه المبادئ، فضلاً على أن هذه المبادئ تتصف بالعمومية التي تجعلها غير كفيلة لحل بعض النزاعات التي تتصف بالدقة وتفرض تطبيق عليها مبادئ دقيقة.

على العكس من ذلك بالنسبة للاتجاه الثاني الذي يعتبر هذه المبادئ من ضمن مصادر قانون التجارة الدولية، بحيث يعتبر أن اختيار الأطراف لها يؤكد على رغبتهم في تدويل العقد نظراً لأنها موجودة في معظم الدول، ولا يمكن حصرها في حدود معينة.

(1) B. Goldman : Frontière du droit et *lex mercatoria* , op.cit , p .188.

(2) Y.Derains : Le statut des usages du commerce international devant les juridiction arbitrales , Rev .Arb. 1973 , p.122.

أبو ريد رضوان : دولية التحكيم التجاري : مجلة القانون والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة 2 ، العدد 2 ، ص35.

ويعتبر هذا هو الرأي الراجح بحيث اعترف التحكيم بعدة مبادئ يمكن للخصوم اختيارها وحتى المحكم كما سيظهر بعد ذلك، ومن ضمنها التنفيذ بحسن النية، الابتعاد عن الغش، تفويض المحكم للقيام بالصلح بين الأطراف، عدم التعسف في استعمال الحق...، وكل هذه المبادئ تعد مصدرا لقانون التجارة الدولية .

أما عن مبادئ العدالة : فلقد ثار نفس النقاش في شأنها نظرا للتشابه الحاصل بينهم وارتباطهم بأفكار صادرة عن قوانين الدول، لكن مبادئ العدالة يقصد منها الشعور النفسي الذي يجب على المحكم أخذه بعين الاعتبار بطلب من الخصوم بهدف تحقيق توازن بين الأطراف في العلاقة، فمنهم من اعتبر أنه لا يمكن فرضها على المحكم لتطبق على موضوع النزاع مدعيا اعتبارها جانب من جوانب القانون التجاري الدولي رغم عدم صدورها على القانون الداخلي، لكن الرأي الغالب يرى عكس ذلك و يأخذ بمبادئ العدالة التي تمنح الطمأنينة اللازمة للخصوم من خلال تحقيق التوازن عن طريق منح السلطة للمحكم في هذه المسألة إلى درجة إمكانية في بعض الحالات من القيام بتعديل العقد الدولي ولو كان تجاريا نتيجة لظروف طارئة، وقعت بعد إبرام العقد، كما أن تطبيق قواعد العدالة من قبل المحكم بطلب من المتعاقدين لا يترع الحكم الصادر صفة قرار قضائي بل تبقى متمتعة بهذه الصفة رغم أنها تقوم بإجراء صلح بين المتعاقدين .

وأخيرا وحسب اعتقادنا فإن المشرع الجزائري عند ذكره لعبارة قواعد القانون لم يقصد به أن تشمل عادات وأعراف التجارة الدولية، كما تم الإنفاق على تفسيرها من قبل الفقه وحتى القضاء، نظرا لأنه في الفقرة الثانية من المادة 458 مكرر 14(1) عند عرضه لدور المحكم في البحث عن القانون المطبق على موضوع النزاع عند سكوت الخصوم قد ذكر قواعد القانون منفصلة على أعراف التجارة الدولية، وهذا ما هو إلا دليل على أنه لو أراد تطبيق التفسير السابق الذكر لما استعمل الأعراف في النص واكتفى لذلك بقواعد القانون الذي يشمل في محتواه هذه الأعراف.

(1) المادة 458 مكرر 14: "نفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

المطلب الثاني: دور المحكم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

وفرض قيود على اختيار الخصوم

بعد بيان القواعد التي يختارها الخصوم لتطبيق على موضوع النزاع ، قد تطرأ في بعض الأحيان حالات عكسية لا يقوم الخصوم بهذا الاختيار مما يدفع إلى تمتع المحكم بحرية في هذا الشأن إلى درجة فرض قيود على الاختيار الذي يقوم به حتى الخصوم ، مما يؤدي بنا إلى البحث فيما يواجه المحكم من عبء في المنازعات التجارية الدولية بشأن اختيار القانون المطبق إضافة إلى تحديد القيود التي يفرضها المحكم.

الفرع الأول: دور المحكم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

في بعض الأحيان يجد المحكم نفسه مضطرا لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع عند عدم وجود الإرادة ، فيمكنه على إثر ذلك تطبيق القواعد القانونية الوطنية لدولة معينة، والتي تحدده قواعد التنازع ، كما يكون له الحق في التصدي للنزاع من خلال الرجوع إلى قواعد دولية. ولقد تأكد الدور المستقل للمحكم من خلال ما أعطته النصوص التشريعية الداخلية، وحتى الدولية ، فمن ضمن النصوص الداخلية نجد المرسوم التشريعي في المادة 458 مكرر 14 الفقرة الثانية بقولها " ... في غياب ذلك ، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" ، إضافة إلى القانون الفرنسي الجديد المتعلق بالإجراءات المدنية في المادة 1496 الفقرة 2. (1) والملاحظ على هذا المرسوم أنه سار على نفس الدرب مع القانون الفرنسي من خلال منح المحكم الحرية اللازمة للاختيار ، لكن الاختلاف يكمن في ذكر العادات الملائمة إلى جانب قواعد القانون في المرسوم ، وبذلك يظهر أن المشرع الجزائري فصل بين كليهما على عكس من المشرع الفرنسي الذي اكتفى بذكر قواعد القانون بما أنه يأخذ بالتفسير الواسع لهذه العبارة بحيث تشمل هذه العبارة إضافة إلى قواعد القانون الداخلي أعراف التجارة الدولية حتى عند سكوت الأطراف

(1) Article 1496 al 2 : " ...a défaut de choix des parties , l' arbitre tranche le litige conformément au règles de droit qu'il estime appropriées "

وتولى المحكم تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع ، وعلى إثر ذلك تجنب حالة تكرار بعدم ذكر الأعراف في النص.

ولم تتوقف الحرية الممنوحة للمحكم عند نصوص القانون الداخلي بل أبعد من ذلك ، بحيث تولت بعض الاتفاقيات ذكرها من ضمنها الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي في مادتها 07، وبذلك يظهر أن دور المحكم يرتبط ارتباطاً طردياً مع دور الإرادة فيتسع عند اتساع إسناد اختيار القانون الواجب التطبيق لها ويضيق عندما يضيق هذا الإسناد (1). فرغم أن المحكم يختلف على قاضي الموضوع استقلاله على القوانين الداخلية، إلا أن هذه الاستقلالية نسبية كونه يخضع موضوع النزاع إلى إرادة الخصوم وهذا المبدأ مجسد في القانون الدولي الخاص، وبالتالي يمكن الرجوع إلى القانون الذي تحدده قواعد النزاع، ويكون هذا الاختيار واقعاً على القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

وهذه السلطة التقديرية التي تمنح للمحكم تمكنه من عدة خيارات ، حيث أن محل اختيار قد يقع على قانون وطني قد تكون له علاقة موضوعية بالدعوى ، كما يمكنه اختيار قانون محايد أو عدة قوانين ، وبذلك لا يكون هناك ارتباط مسبقاً بقواعد النزاع التابعة لقانون وطني معين .

ويدخل ضمن تطبيق قواعد النزاع الأسلوب الجامع (méthode cumulative) ويقصد به تطبيق المبادئ المشتركة لقواعد النزاع في القوانين التي يرتبط بها النزاع ، حيث أن هذا الأسلوب يجد مجاله في الأنظمة التي لها صلة مع الدعوى (2) سواء كانت تابعة لقانون جنسية المتعاقدين أو مكان التنفيذ وحتى مكان الإبرام ... ، فأى قانون يترأى للمحكم أنه يتنازع لحكم موضوع النزاع الذي يتصدى للنظر فيه يستطيع أن يدخل ضمن الأسلوب الجامع ، ومن إيجابيات هذا الأسلوب أن المحكم على إثر ذلك لا يمكن أن يقع في صعوبة تغليب أحد هذه القوانين على القوانين الأخرى المتبقية .

فالمحكم هنا ليس ملزماً بالأخذ بعين الاعتبار من ضمن قواعد النزاع التي تكون داخلية في الأسلوب الجامع قانون مقر التحكيم ، فقانون مقر التحكيم لا يطبق فقط عندما يبحث المحكم

(1) أحمد السمندان : التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق 1993 ، العدد 1 ، السنة السابعة ، ص 195.

(2) Philippe Fouchard ,Emmanuel Gaillard ,Berthold Goldman : op.cit , p.885.

على الإرادة الضمنية للخصوم، بل حتى عندما لا تكون الإرادة موجودة بحيث على إثر ذلك لا يمكن تشبيه المحكم بالقاضي الوطني بسبب عدم الأخذ بعين الاعتبار بقانون مقر التحكيم نظرا لاتسام هذا القانون بالطابع الموضوعي الذي يمنح التحكيم التجاري الدولي الطابع القضائي. (1) كذلك هناك أسلوب ثانٍ يستطيع المحكم في مثل هذه الحالة أن يرجع إلى القانون الذي يحكم النزاع من خلال تطبيق القواعد العامة للقانون الدولي الخاص، فيقع عبء كبير على المحكم بإخراج المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص من أجل تطبيقها على النزاع الذي يثور بشأن العقد التجاري الدولي دون أن يجبر على إتباع قانون اختصاص محدد مسبقا كذلك، ولقد شبه هذا الأسلوب بالاختيار الذي يقع على المبادئ العامة للقانون. (2)

أما الأسلوب الثالث والأخير وهو نادر الحدوث أين يختار فيه المحكم قاعدة النزاع التي يعتبرها الأفضل، وتكون أكثر استعمالا من قبل قضاء التحكيم (3) ليطبقها على موضوع النزاع، تحقيقا لتطبيق المحكم للقانون الأنسب، ويكون في هذا الأسلوب المحكم أكثر حرية من الأساليب السابقة في تحديد هذه القاعدة إلى درجة أنه لا يكون ملزماً بقواعد النزاع الموجودة عادة بل يمكنه خلق قاعدة تنازع جديدة تكون أكثر ملاءمة.

وكل الأساليب السابقة الذكر تحقق للمحكم المساعدة اللازمة عند بحثه عن القواعد الأنسب لحكم موضوع النزاع، بذلك يظهر مما تقدم أن الحرية التي يتمتع بها المحكم هي في الحقيقة حرية وظيفية يستخدمها هذا الأخير من أجل البحث عن القانون الأنسب أو الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، لكن ليس القانون الأنسب هو الحالة الوحيدة التي يتمتع بها المحكم بحرية، فإضافة إليها هناك اختيار من نوع آخر لا يقل أهمية عن سابقه يقوم فيها المحكم بتطبيق على موضوع النزاع قواعد عابرة للدول.

فقد يرى المحكم أن النزاع من المفروض أن يخضع إلى قواعد تعتبر مادية تتمتع بصفة الدولية فبذلك يقوم باختيار في بعض الأحيان تطبيق تلك القواعد أي كان مصدرها، هذا الحق قد يثبت له

(1) كمال إبراهيم : مرجع سبق ذكره ، ص 149.

(2) Philippe Fouchard ,Emmanuel Gaillard ,Berthold Goldman : op.cit , p.886.

(3) Philippe Fouchard : L'arbitrage commercial international , Dalloz 1965 , p.556 et s .

كما ثبت للخصوم من قبله عند سكوتهم نظرا لعدم إمكانية ربط النزاع لقانون معين نتيجة لتعارض موقف الأطراف من خلال اشتراط كل واحد منهما تطبيق قانون وطني ، لقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي سابقاً لتقدير صحة القرار التحكيمي الذي استند إلى قواعد عابرة للحدود في حالة سكوت الأطراف بدلا من قواعد دولة ما في عدة أحكام له من ضمنها الحكم الصادر في 2 ديسمبر 1981 (1)، والأخر في 09 أكتوبر 1984 (2).

ولكي يمكن للمحكم أن يتجاوز حدود قواعد تنازع القوانين يشترط :

1- أن يتحرى هذا الأخير أولا عما إذا كانت العلاقة المتنازع فيها تقع في نطاق قاعدة موضوعية دولية صالحة لأن تسود النزاع.

2- وأن يبحث فيما إذا كانت القواعد العابرة للدول تتلاءم مع مسألة موضوع النزاع (3)، وهذا الشرط أقره المشرع الجزائري من خلال النص السابق الذكر (4) ، حيث يشترط لكي يطبق الأعراف الذي تعد مصدرا لقانون التجارة الدولية أن تكون ملائمة للنزاع المطروح .

ولا يتوقف هذا الحق عند سكوت الخصومة عن تحديد القانون المطبق ، بل هناك حالات أخرى يختار فيها الخصوم تطبيق قانون دولة معينة على موضوع النزاع ، يتدخل المحكم فيها من خلال تطبيق القواعد الدولية احتراماً للإرادة الجماعية لمجتمع التجارة الدولية ، وبذلك يُجرأ القانون الذي يحكم محل النزاع من خلال تطبيق القانون المختار احتراماً لإرادة الأطراف من جهة وتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية من جهة أخرى، ويتحقق هذا الفرض في عدة حالات سواء بسبب نقص في العقد المثار عليه النزاع ولا يمكن سد هذا النقص بالرجوع إلى القانون المختص من الأطراف بل إلى عادات وأعراف التجارة الدولية أو لاستبعاد المحكم لأحكام القانون المختار المختص لمخالفته للنظام العام الدولي (5)، وليست هذه الحالات الوحيدة بل هناك أسباب أخرى تمنح هذه

(1) Cass 2e civ 9 Dec 1981 Fougerolle , JDI 1982 , p.931 note B.Oppetit .

G.Coucher : Rev. Arb. 1982 ,p .183

(2) B .Dutoit : Rev. Crit .DIP 1985 ,p .551 - B .Goldman : Rev .Arb. 1985 , p .431.

(3) Yves Derains : Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales , Rev .Arb .1973 , p .173 et s.

(4) المادة 458 مكرر 14 الفقرة الثانية بقولها "... في غياب ذلك ، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "

(5) أنظر ما سيذكر في ص 205.

السلطة للمحكم تختلف باختلاف التراع المعروض عليه، لكن قد يثور في هذه الحالة مسألة غاية في الأهمية يتم فيها تعارض بين القانون الوطني وعادات التجارة الدولية فأى من الخيارين يطبق؟. ففي هذه المسألة تغلب إرادة الخصوم على إرادة المحكم تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فالأصل أن المحكم يستمد سلطته من إرادة المتعاقدين حتى وإن سكتوا على التعبير عنها، كما أن غالبية القواعد المادية في القانون التجاري الدولي ذات طابع مكمل في بعض الحالات، مما يمكنه بأن يتيح للمتعاقدين استبعادها والإنفاق صراحة على ما يخالفها، وهذا الموقف لا يمكن اعتباره يتعارض مع ما انتهت إليه بعض أحكام المحكمين، التي قررت أن اتفاق المتعاقدين على تطبيق قانون دولة معينة لا يعني استبعاد القواعد المادية في القانون التجاري استبعاداً كلياً، ذلك لأن التشريعات الداخلية قد لا تتمكن من حسم كل المسائل المرتبطة بمتطلبات التجارة الدولية مما يدفع في بعض الأحيان إلى الرجوع لعادات وأعراف التجارة الدولية بدون أن يتجاوز المحكم حدود مهمته.

لكن بعد دراسة أهمية اختيار كل من الأطراف والمحكم تطبيق القواعد العابرة للدول يطرح تساؤلاً أخيراً حول ما إذا كان التحكيم يأخذ بالقاعدة المشهورة في القانون الدولي الخاص التي تشترط أن يخضع العقد لقانون دولة معينة، من خلال تحديد ما إذا كانت طبيعة هذه القواعد تعبر على القانون بمعنى الكلمة.

ولقد رأى فليب كاهن: أنه لا يكفي وجود علاقات اقتصادية دولية منظمة بمقتضى عقود، لكي يكون هناك ظهور لقانون مادي مستقل يحكم التجار، بل يجب أيضاً أن يتواجد صحته منظمو لسوق دولية يكونون وحدة متجانسة يمكن معها الإحساس بأن هناك تضامناً مهنياً بين أعضائها، ويعمدون إلى وضع حلول متجانسة بشأن المسائل التي قد تعرض عليهم. (1)

وبذلك فالواقع أثبت أن القواعد العابرة للدول لم تصل بعد إلى درجة اعتبارها نظام قانوني

(1) Philippe Khan : " Lex mercatoria " et pratique des contrats internationaux -l'expérience française- in contrat économique international , op.cit ,p.173 "il ne suffit pas qu'il y ait relations économiques internationales formalisées dans des contrats pour qu'il y ait apparition d'un droit national autonome des marchands , il faut également que les opérateurs du marché international constituent un milieu suffisamment homogène , pour que les solidarités professionnelles se fassent sentir et que s'expriment des besoins requérant des solutions juridiques cohérentes et adéquates" .

وضعي متكامل، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الداخلي لدولة معينة، لكن هذا لا يمنع المتعاملين من اعتباره قانوناً يحكم التجار، وهذا القانون رغم أنه متغير إلا أن قواعده تتمتع بفعالية القواعد القانونية من حيث إلزاميته وتكراره من قبل المتعاملين في عقود التجارة الدولية عند عرض نزاعهم للتحكيم، وبما أنه لا يعد قانوناً بمعنى الكلمة فإن قاعدة إلزامية خضوع العقد لقانون دولة ما تتمتع حسب رأينا بالمرونة في التحكيم التجاري الدولي الغير موجودة في القانون الدولي الخاص، فهي وجدت تهرباً من نظرية العقد المتجرد من أي قانون، وهذه النظرية لا يوجد لها مجال للتطبيق لأنه وإن لم يخضع العقد لقانون دولة ما في التحكيم فإنه يبقى خاضعاً لقواعد موضوعية. وأخيراً فتمنح المحكم حرية واسعة في اختيار القانون قد يدفع إلى ابتعاد المحكم على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من خلال اختياره لحكم النزاع قانون لم يتوقعه المتعاقدان.

الفرع الثاني: دور المحكم في فرض قيود على اختيار الخصوم.

إن اختيار الخصوم لقانون ليس له صلة بالعقد لكي يحكم موضوع النزاع بمنح مجالاً واسعاً للإرادة، وتصل حرية الأطراف فيها إلى أقصاها عندما تحل العادات وقواعد التجارة الدولية محل القانون الداخلي في بعض الحالات التي يختص فيها التحكيم التجاري الدولي للنظر في النزاع القائم، ويتفقد على إثرها المحكم بما اختاره بحيث لا يمكنه استبعاد القانون المختار ووضع قانون آخر بداله وهذا ما أكدته المحكمة التحكيمية في قضية فصل فيها في 1971 حيث أقرت أنه: "لا يمكن للمحكم أن يبدل القانون الذي اختاره الأطراف صراحة بقانون آخر يختاره هو، عندما يكون هذا الاختيار واضحاً لا يقع على أساسه أي التباس، ولا يكون للمحكم أي عذر مقنع يدفعه إلى عدم تطبيق هذا الاختيار". (1)

لكن هذا لا يدفعنا إلى عدم تقييد الأطراف في بعض المسائل التي تكون معارضة للقواعد القانونية لدولة معينة، والتي من المفروض أن تكون مستبعدة لو عرض النزاع على قاضي الموضوع،

(1) Y. Derains : JDI 1974 , p.904 , sentence n 1512 : " arbitre n'a pas le pouvoir du substituer son propre choix a celui des parties des lors qu'il existe un choix express, clair et sans aubiguïté et [qu] aucune raison valable n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet a un tel choix".

ومما تقدم فإن الخصوم يمكنهم وضع شروط أو نصوص يتم الاتفاق عليها، والتي لا تكون مأخوذة من نظام قانوني معين، وذلك من أجل تثبيت ما يبدو لهم مناسباً أو مفيداً (1)، بينما المحكم يطبق هذه النصوص تحقيقاً لمتطلبات التجارة الدولية بشرط أن يفرض عليهم قيوداً يجب على المحكم احترامها أثناء إصداره للقرار التحكيمي ومن ضمنها:

أولاً - قيد النظام العام الدولي : صحيح أن الأخذ بالعادات وقواعد التجارة الدولية يؤدي إلى حرية واسعة لأطراف النزاع في اختيار القانون المطبق إلا أنه يبقى قيد النظام العام موجوداً وله فعليته، كما هو الشأن في القانون الدولي الخاص لكن وظيفته تختلف عن التحكيم لكي تصبح وظيفته مادية (2)، فللمتعاقدين إمكانية إدراج شرط الدفع بالذهب في العلاقة العقدية التي قد يكون مخالفاً للنظام العام في دولة معينة بينما وتطبيقاً لقانون التجارة الدولية التي اختاره الخصوم يعتبر المحكم هذا شرطاً صحيحاً ومنتجاً لآثاره نظراً لتعلقه بالنظام العام الدولي، وبمأن النظام العام يتم تحديده وفقاً للوظيفة التي يقوم بها والمتمثلة في حماية مصالح المجتمع في دولة معينة فمحاولة إدراج فكرة النظام العام الدولي ما هي إلا أثر مخفف للفكرة الوطنية للنظام العام في القانون الدولي الخاص استجابة للاعتبارات الدولية التي يؤدي إلى اختلاف دوره في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص.

فالنظام العام أمام المحكم يختلف عنه أمام القاضي الوطني نظراً لأنه ولا شك فيه أن المحكم يستبعد نصوص القانون الواجب التطبيق الذي اختاره المتعاقدان (الخصوم) باسم النظام العام الدولي عندما يكون هذا الأخير مخالفاً له (3) من أجل حماية المصالح العليا للمتعاقدين في التجارة الدولية ومن تطبيقاً استبعاد المحكم للقانون المطبق لمعارضته لشرط الدفع بالذهب مثلاً، فإرادة التعاقدية إذن تفرض نفسها مباشرة في التحكيم، من خلال احترام العادات والأعراف التي تفرضها مصالح التجارة الدولية التي تعتبر هذا الشرط صحيحاً.

(1) ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش : القانون الدولي الخاص (الأردني والمغارني) مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة 1998، ص 166.

(2) Jean Baptiste Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public (Resumé de la thèse), R.A.S.J.E.P, Université d'Alger, volume 36 n 3-1998, p.62.

(3) Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman : op.cit, p.874.

وبما أن القرار التحكيمي يجب تنفيذه في دولة معينة فإنه من المفروض على المحكم احترام النظام العام في دولة التنفيذ فما هو الحل إذا كانت دولة التنفيذ تعتبر أن الدفع بالعملة الوطنية من قواعد النظام العام الوطني التي لا يجوز مخالفتها؟.

في هذه المسألة يضطر المحكم مراعاة أحكام النظام العام الوطني في الدولة التي يتوقع تنفيذ حكمه فيها نظرا لأن الحكم التحكيمي المخالف للنظام العام يرفض الإقرار به (1) ولا يمكن إعطاء له الصيغة التنفيذية لأن دولة التنفيذ تفرض نوع من الرقابة عند تنفيذ قرارات التحكيم (2) مما يدفع إلى احترام أحكامها هذه، ولقد تنبه القضاء الفرنسي لهذه المسألة فحاول حسمها من خلال اعتبار أن شرط الدفع بالذهب صحيحا في قضية الإرسالات البحرية Messageries Maritimes السابقة الذكر، والتي تأكد على إثرها حرية اختيار عملة الوفاء في العقود ذات الطبيعة الدولية. (3)

فإذن إذا عرض قرار تحكيمي الذي يقر فيه صحة شرط الدفع بالذهب مثلا: أمام القضاء الفرنسي باعتبارها دولة التي ينفذ فيها هذا الحكم، فإن هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لأنه يتعلق بالنظام العام الدولي، لكن من جهة أخرى فإنه ليست كل متطلبات أو جوانب التجارة الدولية الخاصة وأحكامها مما يتعلق بالنظام العام. (4)

وأخيرا فإن المحكم الدولي يقع عليه عبء ثقل يكون فيه ملزماً من جهة باحترام متطلبات التجارة الدولية التي من خلالها يتم استبعاد القوانين الداخلية لدول معينة التي تكون واجبة التطبيق إذا كانت تتعارض مع مصالح التجارة الدولية ومع ما أراده المتعاقدان، لكن في حدود مراعاة دولة تنفيذ الحكم التحكيمي على الرغم من عدم نص تشريعات القوانين الوضعية لدول مختلفة على النظام العام إلا أن المشرع الجزائري (5) تنبه لهذه المسألة عند اعترافه بإمكانية خضوع العلاقة العقدية للتحكيم عند تعلقها بالتجارة الدولية من خلال المرسوم المعدل لقانون الإجراءات

(1) Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard ,Berthold Goldman : op.cit , p.874.

(2) أبو زيد رضوان : مرجع السابق ، ص 11.

(3) أنظر ما سيذكر في ص 93.

(4) نروت حبيب : مرجع سبق ذكره ، ص 428.

(5) نص المادة 458 مكرر 17 من المرسوم 9/93: "بم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية... المتمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

المدنية السابقة الذكر.

ثانيا - الدفع بالغش نحو القانون: تبين أن الخصوم ليسوا ملزمين باختيار قانون له صلة بالرابطة العقدية أو حتى بالمتعاقدين ليطبق على موضوع نزاعهم أمام التحكيم، لكن رغم ذلك فالغش نحو القانون يطرح على المحكم، فالمحكم مضطر للبحث على ضوابط الإسناد في حالة اختيار الأطراف من جهة إلزامية وجود صلة، كما يمكن إثارة هذا الدفع كذلك أمام قضاء التحكيم عندما تعتبر العلاقة المطروحة تعبر على عقد داخلي تحايل فيها الأطراف على القانون الذي من المفروض أن يكون هو المختص بحكم النزاع إلى قانون دولة أخرى تختلف عن الدولة التي تتركز فيها عناصر العقد، فمن المفروض على المحكم الدولي أن يتنبه لهذه المسألة من خلال التأكد من أن العقد له صفة الدولية وفي الحالة العكسية عليه تطبيق القانون المختص أصلا نظرا لأن عناصر العقد داخلية فلا يمكن لقانون أجنبي أن يحكمها.

ثالثا - القواعد ذات التطبيق المباشر: تأخذ القيود التي تفرض على الإرادة أثناء تحديد القانون المطبق أثرا مخففا في التحكيم التجاري الدولي سواء فيما يتعلق بالنظام العام أو الغش نحو القانون ونفس الشيء بالنسبة لقواعد ذات التطبيق المباشر أو ما يعرف بقانون البوليس احتراماً لما أراده الخصوم. تعتبر القواعد ذات التطبيق المباشر نوع خاص من القيود وتكمن هذه الخصوصية في أنه لا يؤدي إلى استبعاد القانون المختار كما هو الشأن بالنسبة للقيدين السابقين بل يبقى القانون المختار مختصا في موضوع النزاع إنما يعطل أعماله نظرا لتهرب الخصوم من القواعد الأمرة الموجودة في قانون دولة معينة أو حتى في قانون الدولة التي اختاروها.

ولقد حاول البعض (1) إعطاء تعريف لقواعد ذات التطبيق المباشر (loi application immédiate) والتي يفضل تسميتها بقانون البوليس على أنه: "القانون الذي تكفل الدولة بوضع تنظيم له"، فوفقا لهذا التعريف هناك بعض الميادين تتولى تنظيمها بوضع قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها من قبل المتعاقدين.

لكن الاعتراض الذي وجه لهذا التعريف أن اعتراف بأحقية الأطراف في اختيار القانون

(1) Jean -Michel Jacquet : opcit ,p.270.

المطبق قد تم من خلال نصوص تكفلت الدولة بوضعها ضمن قواعد التنازع، مما دفع إلى التفكير إلى إيجاد تعريف آخر لهذا القانون باعتبارها: "مجموعة من القواعد القانونية الضرورية التي توضع لحماية التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي". (1)

ومما تقدم فإن قواعد البوليس هي السلطة الممنوحة للقاضي، أو المحكم التي على إثرها يأخذ بعين الاعتبار بالقواعد الأمرة الموجودة في أنظمة قانونية تابع لدولة معينة قد لا تكون تابعة للقانون الذي اختاره الأطراف لحكم موضوع، لكن قانون هذه الدولة يبقى محل إشكال نظرا لأنه يختلف المقصود منه إذا كان النزاع معروضا على قاضي الموضوع عنه إذا كان من اختصاص التحكيم.

فإذا كان النزاع معروضا على القاضي: فلقد استقر العمل في القانون الدولي الخاص على أنه يطبق القاضي قواعد تابعة لدولته (قانون القاضي) إلى جانب طبعاً القواعد الأمرة التابعة للقانون المختار بوصفه يعبر على جزء من القانون الذي حددته قاعدة التنازع في دولة القاضي، أما عن مسألة قواعد البوليس التابعة لدولة ثالثة لم يختاره المتعاقدان ولا تعبر على قانون القاضي فقد كانت محل نقاش لعدة سنوات، نظرا لأن القاضي من المفروض أن هناك حالة استقر القضاء على إعمالها تتعلق بإمكانية تطبيق القواعد الأمرة التابعة لقانون أجنبي إذا عبر هذا الأخير على صلة وثيقة بالعقد محل النزاع (2) وهذا ما أكدت عليه اتفاقية روما في مادتها السابقة في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أما أمام المحكم الدولي: فالمسألة تطرح نفس الإشكال، فالمحكم غير مقيد بقانون القاضي يحكمه، ولا يمكنه الرجوع إلى قانونه من أجل تطبيق تلك القواعد، نظرا لأنه لا يصدر قراره باسم هذه الدولة فكل القوانين تعد أجنبية عليه، لكن الشيء المؤكد هو تطبيق هذه القواعد في حالة إذا كانت تابعة لدولة القانون المختار لكن بشرطين:

- أن يقع الاختيار من قبل الخصوم على دولة معينة وليس على عادات وأعراف التجارة الدولية لتطبيق على موضوع النزاع.

- أن لا تكون مخالفة للنظام العام الدولي.

(1) Rev.Crit .DIP 1979 : " Loi application immédiate et droit du travail ", p.273.

(2) Pierre Mayer : DIP , op.cit ,p.121 et s.

ويرجع كل هذا إلى أن المحكم يصدر قرارته التحكيمية باسم المتعاقدين ولحسابيهما .
أما عن القانون الثالث فحسب القرارات التحكيمية العملية التي صدرت في هذا الشأن
فيلاحظ تضاربا واضحا في الأحكام (1) فمنها من يأخذ بقواعد البوليس الموجودة في القانون
الأجنبي أما البعض الآخر فلا يأخذ بها، مما يدفع إلى الاعتقاد أن للمحكم سلطة تقديرية في تحديد
مدى إمكانية الأخذ بهذه القواعد، لكن الشيء المؤكد هو أنه في حالة إذا قام المحكم بالأخذ بها
فتعتبر كعنصر واقع (l'élément de fait) (2) وليس كقانون .
لكن الحقيقة إلى هذا اليوم، ما يزال الإجتهد القضائي التحكيمي متحفظاً بالنسبة لقواعد
البوليس الأجنبية عن القانون المختار (3)، وبذلك يظهر الأثر المخفف لقواعد البوليس، فهو يحترم
إرادة المتعاقدين بتطبيق القانون المختار، كما أنه لم يجعل من تطبيق قواعد البوليس الأجنبية قاعدة
عامة بل يمكن تجاهلها في بعض القضايا المعروضة.

(1) هشام صادق : مدى سلطة المحكم في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، مجلة المصرية للقانون الدولي ، طبعة 1994 ، ص 113.

(2) Philippe Fouchard ,Emmanuel Gaillard ,Berthold Goldman : op.cit , p.861.

(3) Ibid : p.870.

الخاتمة

وما نختتم به بحثنا هذا حول القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أن للإرادة ولا تزال لها الدور الحاسم في تحديد هذا القانون كمبدأ أساسي في مادة العقد الدولي وخاصة التجاري، هذا إذا تعلق الأمر بالجوانب الموضوعية للعلاقة العقدية دون جوانبها الشكلية، فالإرادة تعتبر صاحبة الحق الأصلي الذي يمكن للمتعاقدين على أساسه ممارسة حقهم في الاختيار من جهة والمطالبة باستمرارية العقد وتنفيذه من جهة أخرى.

لكن الأطراف ليسوا الوحدين الذين يتمتعون بهذا الحق بل هناك طرف آخر يؤدي في المرتبة الثانية منح له الاختصاص في هذا الشأن ولو بطريقة احتياطية، فرغم ذلك إلا أنه يبقى له الحق في الاختيار، بحيث يمكنه اختيار القانون المطبق كبديل على صمت المتعاقدين عن تحديده بطريقة صريحة أو ضمنية، وهذا الشخص هو بطبيعة الحال قاضي الموضوع.

ولم يتوقف تدخل قاضي الموضوع عند هذا الحد بل لوحظ أن هناك تقييد لإرادة المتعاقدين فرغم تكريس الفقه والقضاء الدولي وتبعته في ذلك التشريعات الحديثة مبدأ حرية الاختيار، إلا أنه لم تترك للإرادة مطلق الحرية، كما كانت تتمتع بها في بداية الأمر، فأصبح القاضي يتدخل حتى في الحالات التي يختار فيها المتعاقدان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

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

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

2- إضافة إلى الشرط الأول هناك شرط آخر لا يقل أهمية على سابقته يتعلق بأن يقع اختيار المتعاقدين على قانون دولة معينة.

فلقد أثبتت الدراسات الحديثة التي أجريت حول هذا الموضوع أنه يمكن للقاضي أن يتجاوز حدود الحق الممنوح له احتياطيا، ليصبح له الحق حتى مع وجود الإسناد الأصلي في جعل العلاقة العقدية خاضعة لقانون معين تتوفر فيه الشرطين السابقين إذا انعدمت في اختيار المتعاقدين، وذلك من أجل منع: "وجود عقد بدون قانون يحكمه"، نظرا لأن القاضي عندما يتبين له انعدام

الشرطين في الاختيار فإنه بمساعدة أحد الدفيعين، إما الدفع بالنظام العام إذا توفرت فيه شروطه أو الدفع بالغش نحو القانون إذا توفرت كذلك شروطه السابقة دراستها يقوم باستبعاد هذا القانون ، وبذلك تصبح العلاقة بدون قانون يحكمها ، ويستحيل للقاضي أن يترك المسألة معلقة نظرا للأهمية التي يكتسبها تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي لذلك يقوم هو بهذا الاختيار، ويرجع تقيد الإرادة إلى عدة أسباب قد تكون سياسية، اجتماعية، اقتصادية من جهة، كما أنه قد تحدد لها إطارات عن طريق اتفاقيات عند تكون الدولة طرفا في العلاقة من جهة أخرى.

وليس معنى ما تقدمنا به تجاهل القاضي بالضرورة لاختيار المتعاقدين للقانون المطبق ، بل يبقى لهم الحق الأصلي في اختيار القانون الملائم سواء قام بذلك بصفة صريحة أو ضمنية إذا توفرت في العقد صفة الدولية الذي تحدد بأحد المعيارين أي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي أو كلاهما معا بدليل أن حريتهم قد تصل إلى درجة اختيار أكثر من قانون واحد لحكم العلاقة العقدية أو اختيار قانون يبطل العقد باعتبار أنهم يختارون القانون أكثر قابلية للإجابة على مصالحهم.

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

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فلقد رأى في معيار بلد الإبرام التي يعتبر من ضمن الضوابط العامة الملائمة لحكم موضوع العقد الدولي ومن ضمنها العقد التجاري الدولي في حالة عدم اختيار المتعاقدين له ، إلا أنه يصعب تحديده سواء عندما يكون محل الإبرام محدد بصفة عرضية أو في حالة التعاقد بين غائبين ، والذي كثر التعامل بهذه الطريقة خاصة مع التطور التكنولوجي الذي حصل في السنوات الأخيرة ، وإنشاء شبكة الأنترنت التي يتم فيها إبرام عقود التجارة الإلكترونية خاصة عقود البيع الإلكتروني بين أطراف موجودين في دول مختلفة وقت إبرام العقد مما يصعب فيها تحديد محل الإبرام ، لذلك حاولت الدراسات الحديثة التي أجريت حسم هذه المسألة من خلال تطبيق القواعد العامة التي تحكم التعاقد بين غائبين أي أحد نظريات الأربعة والذي أخذ بها

المشروع الجزائري أحدها

وبالنسبة للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي المختار من المتعاقدين أو من القاضي عندما يتم تطبيقه فإنه يأخذ بالقواعد الموضوعية في هذا القانون دون قواعد النزاع ذلك لأنها تحيل إلى قانون آخر غير القانون الملائم على العلاقة العقدية .

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

فالخصوم عندما يختارون القانون المطبق على موضوع النزاع لا يكونوا مقيدين بالشرطين السابقين ، بل يمكنهم اختيار قواعد دولية تكون غير صادرة على دولة معينة تعرف ب "قانون التجارة الدولية " ، كما يمكنهم اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة دون أن يكون اختيارهم محل استبعاد من المحكم الدولي .

ورغم ذلك إلا أنه لا يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي هو تجسيد لنظرية الشخصية (الاختيار المادي) التي تمنح حرية مطلقة للمتعاقدين نظرا للقيود التي يفرضها المحكم على اختيارهم لإحساسه بضرورة احترام النظام العام الذي له مفهوم واسع أمام التحكيم إلى درجة اعتبار بعض الشروط المدرجة في العقد التجاري الدولي صحيحة رغم أنها تعد باطلة إذا كان قاضي الموضوع هو الذي ينظر في النزاع ومن ضمنها شرط الدفع بالذهب ، وإضافة إلى دفعين آخرين هما الدفع بالغش نحو القانون الذي له مدى ضيق مقارنة بالغش إذا كان النزاع من اختصاص قاضي الموضوع ، والدفع المتعلق بتطبيق القواعد الأمرة التي نص عليها المشروع في قانونه الداخلي والذي تعرف بقواعد البوليس .

وحق اختيار تطبيق قانون التجارة الدولية ليس حكر على المتعاقدين ، بل يمكن للمحكمن أن يختاروها عادات وأعراف التجارة الدولية بوصفها القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، ولا

ينحصر ذلك على سد الفراغ في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار بل حتى في الحالة التي يختار فيها المتعاقدان القانون المطبق، ويكون تابعا لدولة معينة ، فسلطة المحكم تتجاوز بكثير سلطة القاضي، الذي لا يمكنه تطبيق هذه القواعد من جهة ، وفرضها على المتعاقدين حتى عند اختيارهم الصريح للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي من جهة أخرى .

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

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

قائمة المراجع

المراجع باللّغة العربية :المراجع العامة :

- بلحاج العربي : "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري " ، الجزء الأول -التصرف القانوني - ، ديوان المطبوعات الجامعية 1995.
- علي علي سليمان : " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة 1993.
- عبد الرزاق السنهوري : " الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دار إحياء التراث العربي .

المراجع الخاصة بالقانون الدولي الخاص :

- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : "القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن) ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، 1998.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر : " دراسات في القانون الدولي الخاص " ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1997.
- ناريمان عبد القادر : " إتفاق التحكيم " - وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1996 .
- هشام صادق :
- *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،(دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي)، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1995.
- *تنازع القوانين ،(دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) ، منشأة المعارف الإسكندرية 1993.
- علي علي سليمان : "مذكرات في القانون الدولي الخاص " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، 1993.
- سامي بديع منصور : "الوسيط في القانون الدولي الخاص " ، دار العلم العربية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى، 1992.

- كمال إبراهيم: "التحكيم التجاري الدولي"، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، 1990.
- محمود الكيلاني: "عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا"، منشأة المعارف الإسكندرية 1989.
- سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال: "القانون الدولي الخاص"، مكتبة القانونية، الدار الجامعية 1987.
- ثروت حبيب: "دراسة في قانون التجارة الدولية"، (مع الاهتمام بالبيع الدولية) القاهرة 1985.
- حسن الهداوي: "القانون الدولي الخاص"، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، 1983.
- عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص"، جزء الثاني، الإسكندرية 1977.
- ممدوح عبد الكريم حافظ: "القانون الدولي الخاص العراقي"، طبعة الثانية، بغداد 1977.
- فؤاد عبد المنعم رياض: "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، الجزء الثاني، 1974.

الرسائل:

- خليفاتي عبد الرحمن: "مدى اعتداد القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، 1992.
- طيب زروقي: "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن"، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990.
- جبار محمد: "قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن"، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1988.
- نصيرة بوجمعة سعدي: "عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1987.

المقالات:

- قادري عبد العزيز: "دراسة في العقود بين الدول ورعايا دولة أخرى في مجال الاستثمارات الدولية - عقد الدولة -"، منشور في مجلة المدرسة الوطنية للإرادة، المجلد السابع العدد 1، 1997، ص 33.
- أحمد عبد الفتاح الشلمناني: "التحكيم في العقود التجارية الدولية"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الرابع 1966، ص 41.
- هشام خالد:

* "عقود الدولية الخاصة"، مجلة المحاماة المصرية لسنة 1991، العددان 2.1 السنة 71، ص 105.

*" الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة " ، مجلّة المحاماة المصرية 1992 ، العددان 2.1 ليناير وفبراير ، السنة 72 ، ص 100.

- هاني صلاح سري الدين : "المفاوضات في العقود التجارية الدولية" -دراسة مقارنة في القانون المصري و الإنجليزي - ، مجلّة إتحاد الجامعات العربية لدراسات والبحوث القانونية ، العدد الرابع ، 1996 ، ص 4 .
- أبو زيد رضوان :

*" الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي " القسم الرابع : "القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع" ، مجلّة الحقوق ، السنة 4 العدد 1 ، 1980 ، ص 14.

*"دولية التحكيم التجاري الدولي " ، مجلّة القانون والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة 2 ، العدد 2 ، ص 35.

- طيب زروقي : مناهج تنازع في العقود الدولية ، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر ، الجزء 36 ، 1998 ، ص 130.

- أحمد السمدان : " التحكيم التجاري الدولي " ، مجلّة الحقوق 1993 ، العدد 1 ، السنة السابعة ، ص 195.

هشام صادق : " مدى سلطة المحكمين في أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري " ، مجلّة المصرية للقانون الدولي ، 1994 ، ص 113 .

الإتفاقيات الدولية :

1) "اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .

2) "اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى معروفة باسم إتفاقية B.I.R.D

النصوص القانونية :

- الأمر رقم 02 /75 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .
الجريدة الرسمية السنة 12 ، العدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، ص 990 .

المراسيم :

- المرسوم رقم 93-09 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أبريل 1993 والمتعلق بالتحكيم الدولي المعدل والنتم لأمر 66-154 المؤرخ في 8 يوليو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، المؤرخة في 27 أبريل 1993 ، ص 58.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET THESES:

OUVRAGES :

- Jean Carbonnier : Droit civil - Les obligation - Tome 4 , 21 e édition refondue , themis 1998 .
- Alain Benabent : Droit Civil - Les obligations – 6e édition , Montchrestien 1997 .
- Jean – Louis Baudouin : Les obligations , Yvon Blais , Cowansville , édition 1989 .
- G.Demolombe : Traite des Contrats ou des obligation conventionnelles en général , Tome 1,Hachette , Paris .
- Vincent Henzé :
 - *La réglementation des contrats internationaux ,étude critique des méthode, GLN Joly1989 .
 - *La vente internationale de marchandises – droit uniforme – L .G .D . J , éditions D.E.L.T.A 2000
- Jean –Michel Jacquet : Principe d”autonomie et contrats internationaux ,Publié avec le concours du ministère des universités , ECONOMICA1983 .
- Sylvie Graumann- yettou : Guide pratique du commerce international , Librairie de la cour de cassation 1997 L.I.T.E.C , quatrième édition .
- Jean Maurice Verdier : Droit Du Travail , Huitième édition , Dalloz: 1986 .
- Pierre Mayer :
 - * Droit international privé , 6eme édition , Montchrestien 1998.
 - * Droit international privé , 5eme édition , Montchrestien 1994.
- Nour-eddine Terki : L’arbitrage commercial international en Algerie, Office des publications universitaires 1999 .
- Veronique Ranouil :L’ autonomie de volonté naissance et évolution d’un concept , presses universitaires de France 1980 .
- Marie –Noelle Jobard Bachellier : L’ apparence en droit international privé , Librerie générale de droit et de jurisprudence 1984 .
- A.Barelier ,J.Duboin ,F.Duphil , N.Gevanda ,L.Grataloup ,G.Kuhn ,C.Levy ,J.Paveau , J.M.Sarhan : Pratique du commerce international, 15 e édition , les édition Foucher 1999 .
- Jean Dabin : Le contrat économique international -stabilité et évolution- , Travaux des journées d’études juridique 1975 .
- Henri Batiffol , Paul Lagarde : Droit international privé , Tome 2, sixième édition 1976 .

BIBLIOGRAPHIE

- Henri Batiffol : Droit international privé , édition 1981 .
 - Paul Lagarde: Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris , édition 1959.
 - Annie Toubiana , Le Domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique) ,Librerie Dalloz 1972.
 - Francois Rigaux ,F. Larcier :La Théorie de qualification en droit international privé , édition S.A 1956 .
 - Jacks –Maury : L'éviction de la loi normalement compétente : "L'ordre public et la fraude de la loi , édition1952 .
 - Etienne Pataut : Prinpe de souveraineté et conflits de juridiction , (Etude de droit international privé) , L .G .D .J .1999. internat-
 - A .Pillet: Principes de droit international privé ,Imprimerie Allier freres1903 .
 - Niboyer : Cours de droit international privé , édition 1949 , Paris .
- Mohand Issad :
- * Droit international privé , Les règles conflits , 2 édition 1983 ,Tome 1 . office des publications universitaires.
 - * Le jugement étrange devant le juge de l' exequetur de la révision au contrôle édition 1968 .
- Raymond Mertens :Synthèse de droit international privé , S. D. I, 5 Octobre 1999.
<http://www.chez.co, /jurisfac/prive/>.
 - Jean Derrupé : Droit international privé , 8 eme édition , D .E.L.T.A 1988 .
 - Jean –Marie Leloup : Les agents commerciaux - Status juridiques - Stratégies professionnelles , 1er édition , J.Delma et cie.
 - Francescakis : La théorie de renvoi et les conflit de systèmes ,PARIS 1956.
 - Pierre Engel : La détermination des points de rattachement en droit international privé , Université de Genève 1953 , Pezzotti S.A
 - Francis Lemener : Principes et pratique du droit commercial , Droit des affaires " ce qu'il nous faut savoir " ,12 eme édition , J .Delma et cie .
 - Jean Marc Mousserou , Jacques Raymand , Regis Fabre , Jean –Luc Pierre : Droit du Commerce International (droit international de l'entreprise) , deuxième édition 2000 , LITEC.

BIBLIOGRAPHIE

- Philippe Khan : " Lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux –l'expérience française- in contrat économique international .

THESES:

- Amar Zahi : L'Etat et L'arbitrage (Etude comparée) principalement du droit des états arabes, Thèse pour le Doctorat D'état ,Orléans 1979 , p.216.

- Georg Lang : La fraude a la loi en droit international privé Suisse,Thèse de doctorat , d'université de Lausanne .

- André –chapelle :Les fonctions de l'ordre public en droit international privé ,Thèse Paris. 1979

ETUDES DOCTRINALES, ARTICLES ET CHRONIQUE :

- Mari Laure Niboyet –Hoegy : Contrats internationaux , J.Class. D.Int ,fas 552/1 - 552/2 - 552/3 - 552/4 - 555/5 , 2e App Art 1134-1135.

- Patrick Courbe : contrats commerciaux internationaux , J.Class. D.Com .Fas 335-336 , 1991.

- Rogea Dayant : J. Class . D. C .1959, Fas : 552/A – 552/B - 552/C –552/D – 552/E –552/F, App art 1134-1135 .

- Henri Batiffol :

*contrats et conventions , Ency .Dalloz DIP , p.566.

*Rev .Crit .DIP 1960 , p. 83

* Rev Crit DIP 1957 , p. 680

* Rev .Cri .DIP 1967, p. 334

- J. Mestre : Rev . Crit . DI P, 1981 , p. 319 et s.

- Niboyer : Sirey 1933 Tome I, p. 41.

- Mezger : Rev. Crit. DIP 1972 , p.621.

- Oppetit : 04 Juillet 1972 , JDI 1977, Tom II , p. 843 .

- Jacques Foyer :Entrée en vigueur de la convention de Rome de 19Juin 1980 sur la loi applicable aux obligation contractuelles , Clunet 1991 , p.601.

- Paul Lagarde :

*Rev . Crit . DIP 1972 Tome I, p. 82.

* Le nouveau droit international privé des contrats , Rev. Crit.DIP1991,p332.

- P. Level :

*Rev. Crit . DIP 1984 ,p.82.

BIBLIOGRAPHIE

- Christine Bitouzet : Le Commerce Électronique , création de valeur l'entreprise , Hermes Science.
- Marc Lauglois et Stephane Gasch : Le Commerce Électronique B to B , de L'EDI a l'internet DUNOD , Paris 1999.
- Xavier Massy : L'internet et le Commerce Électronique : S D I 1997 , avec la collaboration de cyril Tardif.
<http://www.Rabenou.org/massy.htm/>.
- Tony Maalouli : La notion du contrat international , SD I
<http://www.dm.net.ib>.
- Pipeline , Droit international privé et questions spéciales , S. D. I. 2000,
(<http://www.pipeline.da.tu>).
- Claude Retornaz : Le Commerce Électronique international' quelque réflexions sur la loi applicable a la Vente consommateur' , SDI expertises n 215.
- Nicole Tortello et Pascal Lointier : Internet pour les juristes ,Dalloz –DELTA 1996.
- Frederic Huet : La fiscalité du Commerce Électronique , LITEC fiscal 2000 .
- Conférence des nations unies sur le Commerce et le Développement de Commerce Électronique : Considérations Juridique , Etude établie par la secrétaire du CNUCED le 15 Mai 1998.
- Vincent Gantrais ,Didier Godert ,Rosa Julia Barcelo ,Etienne Montero ,Anne Salaun , Quentin Vin daele : Cahier de centre de recherches informatique et droit Commerce électronique ,Bruyant Bruxelles 2000 .
- Dominique Carreau : Droit International , étude internationales n: 1 1986 , Pedone.
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux Contrats du Commerce International 1994,
Chapitre 1, Disposition Générales , Article 1/1 (Liberté contractuelle) , SDI .
<http://www.unidroit.org>.
- E. Montero : "L' internet et le droit des obligations contractuelle , édition de jeune barreau de Bruxelles , 1997 .

- Lionel Thoumyre : L'échange des consentements dont le commerce électronique , S D I,
Lex electronica , Vol.5 , n 1, 15 Mai 1999 .
- Andre Bertrand :Internet et le droit , P.U.F 1999, édition Que sais-je ?.
- Philippe Fouchard ,Emmanuel Gaillard ,Berthold Goldman : Traité de l'arbitrage commercial international : LITEC , Delta 1996.

BIBLIOGRAPHIE

- Philippe Khan : " Lex mercatoria " et pratique des contrats internationaux –l'expérience française- in contrat économique international .

THESES:

- Amar Zahi : L'Etat et L'arbitrage (Etude comparée) principalement du droit des états arabes, Thèse pour le Doctorat D'état ,Orléans 1979 , p.216.

- Georg Lang : La fraude a la loi en droit international privé Suisse,Thèse de doctorat , d'université de Lausanne .

- André –chapelle :Les fonctions de l'ordre public en droit international privé ,Thèse Paris. 1979

ETUDES DOCTRINALES, ARTICLES ET CHRONIQUE :

- Mari Laure Niboyet –Hoegy : Contrats internationaux , J.Class. D.Int ,fas 552/1 - 552/2 - 552/3 - 552/4 - 555/5 , 2e App Art 1134-1135.

- Patrick Courbe : contrats commerciaux internationaux , J.Class. D.Com .Fas 335-336 , 1991.

- Rogea Dayant : J. Class . D. C .1959, Fas : 552/A – 552/B - 552/C –552/D – 552/E –552/F, App art 1134-1135 .

- Henri Batiffol :

*contrats et conventions , Ency .Dalloz DIP , p.566.

*Rev .Crit .DIP 1960 , p. 83

* Rev Crit DIP 1957 , p. 680

* Rev .Cri .DIP 1967, p. 334

- J. Mestre : Rev . Crit . DI P, 1981 , p. 319 et s.

- Niboyer : Sirey 1933 Tome I, p. 41.

- Mezger : Rev. Crit. DIP 1972 , p.621.

- Oppetit : 04 Juillet 1972 , JDI 1977, Tom II , p. 843 .

- Jacques Foyer :Entrée en vigueur de la convention de Rome de 19Juin 1980 sur la loi applicable aux obligation contractuelles , Clunet 1991 , p.601.

- Paul Lagarde :

*Rev . Crit . DIP 1972 Tome I, p. 82.

* Le nouveau droit international privé des contrats , Rev. Crit.DIP1991,p332.

- P. Level :

*Rev. Crit . DIP 1984 ,p.82.

BIBLIOGRAPHIE

- * Le contrat dit sans loi , Trav .Com .Fr.Dr.Int .Pr 1964 –1966 , Dalloz , p.209
- *Rev . Crit 1971 ,p.692.
- Tomas –Zezski , La désignation , postérieure a la conclusion du contrat , De la loi qui le régit , Rev .Crit .DIP 1972 ,p. 567.
- Jean Michel Jacquet : 13 Juillet 1988 , JDI 1990 , p.403.
- Philippe Fouchard : L'arbitrage international en France , JDI 1982 , p.375.
- E. Gaillard : JDI 1987 ,p.161 ; et JDI 1991 , p.186.
- B .Goldman :
 - * Frontière du droit et lex mercatoria , Arch .Phil .Dr 1964 , p.177 et s
 - *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux ,JDI1979,p475
 - * Rev .Arb. 1985 , p. 431.
- Y. Derains :
 - *JDI 1974 , p.904 , sentence n 1512.
 - *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev .Arb .1973 , p. 173 et s.
- D. Bureau : Rev .Arb 1993 , p685.
- G .Coucher : Rev. Arb. 1982 ,p .183
- B .Dutoit : Rev. Crit .DIP 1985 ,p .551.
- Jean Baptiste Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public (Resumé de la thèse) , R.A.S.I.E.P , Université d'Alger , volume 36 n 3-1998 , p.62.
- Rev.Crit .DIP 1979 :'' Loi application immédiate et droit du travail '' ,p.273.
- Legier et Mestre , Rev .Crit .DIP 1983 P 480 , et 1986 P 322 .
- Philippe Kahn :
 - * L interprétation des contrats internationaux ,JDI 1981 .p.5.
 - * JDI 1967 , p.736.
- Mizjer : Rev .Cri .DIP 1972 ,p.124 dans l'arrêt de la cour de du18/5/1971.

OBSERVATIONS ET PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE :

- Cass .Civ 12 Juin 1950 : Messagerie Maritime ,J.C.P 1950 ,II ,p.5812 , note J.PH.Jery.
Rev .Crit. DIP1950 ,p.609 note Batiffol.
S.1951,1,p.1 note Niboyet .
D.1951.p.749 note Hamel.
- Cass.Civ 5 Dec 1910 : S.1911 , p.129 note Lyon Caen ; voir Rev .Crit DIP.1911,p.395
- Cass 19/2/1930 .Sirey 1933 , Tome 1 , p. 41 Note : Niboyer.

BIBLIOGRAPHIE

- C.A.Paris 9 nov 1984 : clunet 1986 , p.1939 , note E. Loquin ;
Somm :Rev .Crit .DIP .1987 , p. 824
- Cass.Civ 5 Dec 1910 : affaire "American Trading co" ,S.1911 , p.129 note Lyon Caen ; voir
Rev .Crit DIP.1911, p.395 ,JDI1912 p.1156
- Cass.Civ 19 Fev 1930 et 27 Janv 1931 : S. 1933 , 1 , p. 41 Note Niboyet (Affaire Mardelé
et Dambricourt).
- Cass .Civ 1 , 25Mars 1980 , JDI 1980, p.560 Note Kahn .
Rev .Crit .dip 1980 , p.576 ,Note Batiffol.
- C. cass Belgique 27/11/1974 ,et 21/2/1975 en Rev .Crit.DIP1976 , p.660.
- Cass.Req 3 Mars 1924 : S .1924,1 ,p. 252 ; Clunet 1926 p.349
- Cass .Civ .1 , 11 Decembre 1984.JDI1985 ,p. 945 note PH.Kahn.
- Cass .Civ , 1 ,29 Janvier 1975 , voir Henri Batiffol , Rev .Crit .DIP 1976, p.338
- Arret 28 Juin 1966 , J.D.I 1968, p.377 .
- Cass 3 Janv 1963 : JDI 1963 , P 1043 note Level ; D .1963 p.241 note Holleaux.
- Cass .Civ .1.10 Decembre 1974 : JDI 1975 p. 542 note Kahn , D .1975 p.685 note Malaurie
et Morin .
- Cass .Civ 1 , 6 Juillet 1959 . Bull .Civ .1 , n 334 ; Rev .Crit .DIP .1959 , P 708 note
Batiffol.
- Cass de Belgique 27/11/1974 et 21/2/1975 en Rev. Crit DIP 1976. P.660
- Cass .Civ .1 ,6 Juillet 1965 : Bull .civ 1 n 334 , Rev. Cri .DIP 1959 ,P 708 note Batiffol .
- Cass .Com: 7 Janvier 1981.
Rev .Trim .1981 p. 849.
- Hebdomadaire 176e année -1 er cahier (rouge), 2 Mars 2000 , n 9/6974 ,Recueil Dalloz
2000 , p.65.
- Cass.Civ 1 .9 Nov 1972 : Gaz . Pal 1973 , 1 Somm 9.
- Cass 2e civ 9 Dec 1981 Fougerolle , JDI 1982 , p.931 note B.Oppetit .

BIBLIOGRAPHIE

CONVENTIONS INTERNATIONALES :

- Convention de Rome Signée a Rome le 19 juin 1980 : Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes).
- Convention de la Haye Signée ale 22 décembre 1986 : Convention sur la loi applicable aux contrats de vente international de marchandises .

الفهرس

الباب الأول

11 دور الإرادة في تمديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

الفصل الأول

13 العقد التجاري الدولي و حرية المتعاقدين في اختيار القانون المطبق عليه

15 المبحث الأول : تكييف العقد التجاري الدولي

15 المطلب الأول : المعيار القانوني و الاقتصادي في تمديد دولية العقد

15 الفرع الأول : المعيار القانوني

20 الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي

25 مطلب ثانوي : جمع المعيارين و موقف التشريع الجزائري منه (مرسوم 09/93).

25 الفرع الأول : الجمع بين المعيارين

32 الفرع الثاني : موقف التشريع الجزائري

36 المبحث الثاني : مبدأ حرية الاختيار

36 المطلب الأول : الاختيار المادي والاختيار التنازعي

36 الفرع الأول : الاختيار المادي

43 الفرع الثاني : الاختيار التنازعي

49 المطلب الثاني : الاختيار الصريح والضمني

49 الفرع الأول : الاختيار الصريح

56 الفرع الثاني : الاختيار الضمني

	الفصل الثاني
62	تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين
64	المبحث الأول : تحديد القانون المختار ونطاقه
64	المطلب الأول : تحديد القانون المختار
64	الفرع الأول : تحديد القانون المختار من حيث المكان
70	الفرع الثاني : تحديد القانون المختار من حيث الزمان
76	المطلب الثاني : نطاق القانون المختار
76	الفرع الأول : تكوين العقد
83	الفرع الثاني : آثار القانونية للعقد
88	المبحث الثاني : موانع تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين
88	المطلب الأول : النظام العام
89	الفرع الأول : شروط إعمال الدفع بالنظام العام
97	الفرع الثاني : آثار الدفع بالنظام العام
103	المطلب الثاني : الغش نحو القانون
103	الفرع الأول : شروط الغش نحو القانون
111	الفرع الثاني : آثار الغش نحو القانون

الباب الثاني

116 غياب القانون المطبق ومصير الإرادة في الحال الدولي

الفصل الأول

118 البديل في حالة عدم اختيار قانون يحكم العقد التجاري الدولي

120 المبحث الأول : الحل المعمول به دوليا

120 المطلب الأول : سلطة القاضي في تحديد القانون بعد عدم اختياره من المتعاقدين

120 الفرع الأول : أساس استناد القاضي للقانون الأوثق صلة

127 الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي في تمزئة الرابطة العقدية وتطبيق نظرية الإحالة

133 المطلب الثاني : الضوابط المتبعة في تحديد القانون الأنسب

133 الفرع الأول : الضوابط العامة في تحديد القانون الأنسب

138 الفرع الثاني : الضوابط المتعلقة بظروف وملايسات التعاقد

142 المبحث الثاني : موقف التشريع الجزائري في حالة غياب القانون المنطبق على العقد التجاري الدولي

142 المطلب الأول : قانون محل إبرام العقد

143 الفرع الأول : محل الإبرام العرضي

148 الفرع الثاني : التعاقد بين غائبين

153 المطلب الثاني : إشكالية التجارة الإلكترونية

153 الفرع الأول : ماهية التجارة الإلكترونية

159 الفرع الثاني : كيفية تحديد قانون محل الإبرام في التجارة الإلكترونية

الفصل الثاني

163	مصير الإرادة في المجال الدولي
165	المبحث الأول : الحل المقدم من اتفاقية روما
165	المطلب الأول : الضابط الأصلي الذي تستند له اتفاقية روما
165	الفرع الأول : اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم التزامهم التعاقدية.
172	الفرع الثاني : مجال ضابط الإسناد الأصلي
177	المطلب الثاني : ضابط الاحتياطي الذي تستند له اتفاقية روما
177	الفرع الأول : تحديد الضابط الاحتياطي
182	الفرع الثاني : القيود المفروضة على الضابط الاحتياطي
187	المبحث الثاني : إعادة النظر لسلطان الإرادة من قبل التحكيم التجاري الدولي
187	المطلب الأول : اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
188	الفرع الأول : اختيار قانون دولة ليطبق على موضوع النزاع
193	الفرع الثاني : اختيار قانون التجارة الدولية
199	المطلب الثاني : دور المحكم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع
199	الفرع الأول : دور المحكم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع
204	الفرع الثاني : دور المحكم في فرض قيود على اختيار الخصوم
210	الخاتمة
218	قائمة المراجع
226	الفهرس