جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان:الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقـوق

التخصص : علاقات خاصة دولية

إعداد الطالب: بوخالفة عبد الكريم

بعنـــوان:

نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

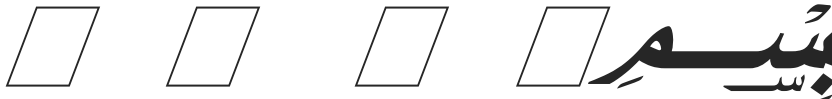
لجنة المناقشة المكونة من السادة :

الدكتورة/ لعجال ياسمينة (أستاذ محاضر أ – جامعة قاصدي مرباح – ورقلة) رئيسـا

الدكتور/ عبد القادر مهداوي (أستاذ محاضر ب– جامعة قاصدي مرباح – ورقلة) مشرفا ومقررا

الأستاذ / عياض محمد عماد الدين (أستاذ مساعد أ – جامعة قاصدي مرباح – ورقلة) مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014



يَا أَيُّهَاالَّذِينَ آمَنُواْ أوفوا بالعقود

الاية 1 من سورة المائدة

صدق الله العظيم.

دعـــاء

ربِ اشرح لي صدري

ويسر لي أمري" واحلل عقدة من لساني

يفقهوا قولي

الإهـــــداء

إلى اعز الناس و اغلي الناس ، إلى من بفضلها بعد الله عز و جل وصلت إلى ما وصلت إليه ، إلى من كانت لي نورا في طريقي إلى من كان دعاؤها سر نجاحي إلى أمي الغالية ن حفظها الله

و جزاها عني خير الجزاء .

إلى من علمني معنى الكفاح و أوصلني إلى ما أنا عليه ، إلى من زرع في قلبي روح الأمل و المثابرة إلى أبي العزيز ، و إلى العزيزة على قلبي إلهام .

وإلى من اعتز و افخر بهم و احملهم في قلبي نقشا أزليا لا يزول إخوتي و إلى صديقة دربي الهام التي ساهمت و تعبت كثيرا معي في انجاز هدا البحث .

و إلى كل أصدقائي و إلى كل زملائي الجامعة و إلى زملائي في العمل

و إلى كل من ساهم من قريب و بعيد في انجاز هذا البحث .

الشكر و التقدير

مصداقا لقوله تعالى " ولان شكرتم لازيدنكم ".

يتوجب على الإقرار بالشكر الأول و الأخير إلى الله عز و جل آن أعانني ووفقني لكتابة هاته المذكرة .

ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله، لذلك أتقدم بخالص شكري لمن يستحق الشكر و التقدير إلى الأستاذ المشرف الأستاذ مهداوي عبد القادر لقبوله الإشراف على هده المذكرة و على ما قدمه لي من نصائح و توجيهات علمية طيلة دراستي في الجامعة الى غاية إعداد مذكرة الماستر ، كما أتقدم بجزيل الشكر الغالي للأساتذة المحترمين كرام محمد الأخضر و لعجال ياسمينة اللذين قدم لي يد المساعدة كذلك ، و لن أنسى عبد القادر العامل في المكتبة والذي ساهم معي في جمع مع المادة العلمية ، و رئيس قسمنا بوليفة عمران و كل أساتذة قسم الذين لم يبخلوا في تقديم العلم و الإرشاد طوال سنوات دراستي و أنا ممتن اليهم كثيرا و الذين بفضلهم تمكنت من إعداد هده المذكرة و الذين من فضلهم أن وصلة الى هذه الدرجة العلمية و لن أنسى زملائي في الدراسة و كل أحبابي و أصحابي و أعزائي.

مقدمة

يطلق على التجارة الدولية في كثير من الأحيان بأنها محرك النمو ، كونها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم ، كما أن النمو الاقتصادي الذي يحدث في دولة ما يمكن أن يؤثر على نمط السلع والخدمات التي تتدخل فيها التجارة الدولية .

وإذا كان نمو اقتصاد الدولة يعتمد على زيادة التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها أن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية لا شك أن لها أثر في زيادة حجمها واتساع نطاقها لذا نجد أن إقرار المستثمر الأجنبي بالإقدام أوالإحجام عن التعاقد والاستثمار في بلد ما لا يتوقف على تقدير الأوضاع السياسية و الاقتصادية السائدة في ذلك البلد فحسب، وإنما يتأثر أيضاً بمدى فعالية القواعد القانونية السائدة فيه، بحسبان أن تلك القواعد عادة ما تحدد ضمان حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

و من هذا المنطلق تعد مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دارسة هذه العقود، بوصف أن تحديد قانون معين لتنظيم وحكم العقد ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يأخذ بحسبان النتائج المترتبة على هذا التحديد، ودراستنا العلمية تكشف أن تحديد القانون الواجب التطبيق يرتب نتائج وآثاراً في غاية الأهمية على مجمل العملية العقدية، إذ يتوقف تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، وتقويم الإلتزامات المتقابلة في العقد ومدى إمكانية تعديل شروط العقد.

ولذا تبقى دراسة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلاً وخلافاً في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بها ، نظراً للتطور والتنوع الكبيرين

الذين أصابا أنماط هذه العقود ، والذين أديا إلى أن أصبحت غالبية التشريعات الوطنية عاجزة عن مجاراة هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها ، إذ لم تعد هناك قيود تقف أمام تطورها الذي يلاحق التطور العلمي والتكنولوجي ولقد ازدادت أهمية هذه المسألة بظهور أنماط جديدة من العقود التي لم تعد التشريعات الوطنية قادرة على تنظيمها ، فضلاً عن تطور وسائل الاتصالات ووسائل النقل الذين أديا إلى تطور التبادل التجاري الدولي وازدهار الحياة الاقتصادية، فزادت أهمية المدن التجارية والصناعية ، والمناطق الحرة ، وتعددت المعارض التجارية الدولية التي يتهافت عليها التجار من جميع أنحاء العالم بغية إبرام العديد من العقود ، علاوة على ذلك تكمن أهمية هذه الدراسة فيما تثيره من مشاكل قانونية وفنية بالغة الدقة والتعقيد وعدم التوازن القانوني والاقتصادي لأطرافها ، وتعدد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها .

وليس بعيدا عن صعوبة البحث في مسائل تنازع القوانين ، بالنظر إلى غموض عدد من المفاهيم القانونية المتصلة به والتي يتضمنها وصعوبة ودقة العديد منها وإذا كان هذا هو حال تنازع القوانين بصورة عامة ، فما بال البحث في تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية الذي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص ، إن لم يكن أدقها على الإطلاق ، وأكثرها مشقة على الباحث ، ويكشف ذلك تعدد المناهج وتضارب الحلول وعدم استقرارها .

فعقود التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية ، وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق إذ نجد أن القضاء الوطني عند إجرائه هذا التحديد يلتزم بقواعد الإسناد في قانونه ، هذه القواعد تؤدي إلى تطبيق قانون وطني قد يكون غريباً على أحد الخصمين إن لم يكن غريباً عليهما معاً ، وقد يكون صالحاً للعقود الوطنية ولكنه لا يتناسب مع عقود التجارة الدولية ، من ناحية أخرى فانه و لعدم وجود سلطة تشريعية عالمية تعلو كافة الدول العالم و

فقد ظلت كل الجهات المتعاقدة في العلاقات التجارية تتمتع بحرية كاملة و مطلقة في تحقيق مبتغاها الاقتصادي و هذا ما فتح الباب على مصعريه **لانتعاش سلطان الإرادة** التعاقدي ، وكذلك تكشف بعض الدراسات الحديثة عن حقيقة و هي أن استخدام فقه القانون الدولي لمصطلح سلطان الإرادة و الذي نقله بعض شراح القانون الداخلي و قد تم دون اطلاع هذا الفقه على مؤلفات الفيلسوف **كانط** ،ويُعد مبدأ سلطان الإرادة , وما يعينه علي صعيد علاقات القانون الدولي الخاص، من منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، مبدأ جوهري تكرسه جميع النظم القانونية. ولكنه يعد, كما سبق أن ذكرنا السبب الرئيسي في إجحاف الطرف القوى في العقد بالطرف الضعيف. لذا كان الحد من هذه الحرية هو الوسيلة الرئيسية لتجنب هذا الإجحاف.

وقد عبر الفقيه الألمانيNeuhaus عن هذه الفكرة بجلاء, فبعد أن أكد أهمية مبدأ سلطان الإرادة يستطرد بأن هذا المبدأ يفقد معناه وأهميته علي صعيد علاقات القانون الداخلي أو علاقات القانون الدولي الخاص عندما يُسمح للطرف القوي في العلاقات بالجور علي الطرف الضعيف والإجحاف به ، و يضع بعض الشروط التعسفية الذي يستغل أحد طرفيه لتحديد شروطه مثالاً معبراً عن كيفية تحول مبدأ سلطان الإرادة إلي أداة للجور علي مصالح الطرف الضعيف ،و من هنا كانت ضرورة الحد من حرية الطرف القوى في اختيار قانون العقد. وذلك لتحقيق نوع من التوازن بين طرفي العقد ولكن يجب الإشارة في هذا الصدد إلي تقييد مبدأ سلطان الإرادة علي صعيد القانون الدولي الخاص ، وذلك بتقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، ويجب أن يكون بنفس درجة تقييد المبدأ ذاته علي صعيد القانون الموضوعي و ذلك لأن ثمة تلازم بين القيود التي ترد علي الإرادة في كل من القانونين فحيث توجد حاجة لتقييد الإرادة في القانون الموضوعي تبرز نفس الحاجة في القانون الدولي الخاص وعندما تنتفي هذه الحاجة في القانون الأول تنتفي بالمقابل في القانون الأخير وفي ضوء هذا الارتباط إذن يجب دراسة وسائل تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق أو بمعنى أكثر دقة تقييد إرادة الطرف القوى

في هذا الصدد. وفي ضوء هذا الارتباط أيضاً يجب تقييم مدى فاعلية هذه الوسائل في تحقيق الهدف المنشود بالنسبة للعقود التي تتسم بحاجة خاصة لحماية بعض أطرافها، وخاصة عقود العمل الفردي وعقود الاستهلاك، مع الأخذ في الاعتبار، وكما أوضحنا من قبل أن عقود الاستهلاك ليست محددة بوضوح تام أنها تتضمن العديد من العقود التي يقوم بعض أطرافها بشراء سلع أو الحصول عل خدمات لدواعي الاستعمال الشخصي.

أهمية الموضوع :

يتبوأ موضوع الدراسة مكانة لا جدال فيها على المستويين الفقهي والتشريعي، وهذا انعكاس لما تشهده العقود من تنامٍ وتطور يوما يعد يوم بصورة مطردة ، كما أن مجال الدراسة يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة و يؤثر تنفيدها في الحياة الاقتصادية للدول و في موازينها التجارية إضافة إلى تميزها في أحيان كثيرة بالتعقيد، لذا فلا عجب من أن عقود التجارة الدولية قد حضيت بالاهتمام على الصعيدين الدولي و الوطني،و هو ما يبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

أسباب اختيار الموضوع :

إن السبب الرئيسي الذي دفعني لمعالجة هذا الموضوع هو التوصل إلى نتيجة مفادها هل منح المشرع لإرادة الإطراف دورا مهما في العقود الدولية الى درجة إقصاء القانون أم إرادة الأطراف هي مجرد ضابط إسناد و كذالك أن هذا الموضوع من أهم الركائز في العقود الدولية و في العلاقات الخاصة الدولية وان موضوع البحث لديه الصلة الوثيقة بينه و بين التخصص.

أهداف البحث :

من الناحية العلمية، يمكن القول أن أهداف الدراسة تكمن في:

1. الكشف عن اللبس عن مكانة مبدأ سلطان الإرادة في حل مشاكل عقود التجارة الدولية من خلال اختيار للقانون الواجب التطبيق.
2. الغلو في مبدأ سلطان الإرادة و التوصل إلى نتيجة مفادها هل منح المشرع لإرادة الإطراف دورا مهما في العقد يعني إقصاء القانون أم إرادة الأطراف هي مجرد ضابط إسناد.
3. استخلاص المبدأ الذي يحكم العقود التجارة الدولية و النتائج الهامة المترتبة عليه و خاصة بعد دخول الجزائر في اقتصاد السوق الذي احدث تغيرا جذريا و انقلابا نوعيا في طبيعة العقود المبرمة سواء من الدولة او من أشخاص القانون الخاص عند تعاقدهم مع العنصر الأجنبي.

إشكالية البحث :

بناء على ما سبق، نحاول من خلال هذه الدراسة معالجة الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية ؟

و لقد إستخدمنا في هذه الدراسة ،المنهج التحليلي بهدف الوقوف على الجوانب المتعلقة بعقود التجارة الدولية والنصوص القانونية ذات الصلة وآراء الفقهاء وتناولها بالتحليل والتعليق ; ; و المنهج الوصفي من أجل تحديد المفهوم الدقيق لعقود التجارة الدولية، وتسليط الضوء على التعريفات والمصطلحات الي تدخل بشكل مباشر ضمن الإطار المفاهيمي أو تلك التي تتقاطع معه و كما استعنا بالمنهج التاريخي للتعرف على التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة و كيف عالجه فقهاء القانون الدولي الخاص.

و للإجابة على الإشكالية السابقة قسمنا خطتا بحثنا إلى فصلين :

الفصل الأول : سنتناول فيه القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية و ستكون دراستنا فيه حول التعريف بعقود التجارة الدولية ثم معرفة المعالم الأساسية لقانون الإرادة كضابط لحكم عقود التجارة الدولية و موقف المشرع الجزائري من خلال تحليننا لنص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري و مدى إعطائه الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وكذالك التطرق إلى المشكلات القانونية التي يثيرها تعيين قانون الإرادة.

أما الفصل الثاني سنتناول فيه المشكلات القانونية الناتجة عن تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية و العوائق التي تعرقل تطبيق هذه المبدأ من خلال التطرق في هذا الفصل إلى المنهج الاسنادي و خصوصية قانون الإرادة في المبحث الأول و نتطرق فيه إلى التحول الوظيفي لقانون الإرادة و كذالك نتطرق إلى الأسباب الخارجية للتحول ألا و هي القواعد ذات التطبيق الضروري و في المبحث الثاني إلى فكرة الإندماج و الإطار القانوني لفكرة الاندماج وأثارها و سنتطرق فيه كذلك الى الدور الإحتياطي لقانون الإرادة في العقود الدولية.

الفصل الأول

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

استقر في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي تنشأ فيها و للقانون و بحسبان أن العقود و الاتفاقات هي من انسب الوسائل لتحقيق العدل في المعاملات المالية للأفراد ، إذ من الطبيعي أن يرتض الشخص التعاقد كلما كان في صالحه فالرضا دليل و أن كان غير بات على العدل و في حدود المصلحة العامة ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم و تضمينها عقودهم ما يكفل تحقيق مصالحهم و هذا ما يسمى بسلطان الإرادة ""، و قد تطورت العلاقات و امتد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات و الاتفاقات ذات العنصر الأجنبي ، فكما إن للمتعاقدين حرية بناء و إنشاء عقدهم في القانون الداخلي فلهم أيضا بخصوص العقود الدولية حرية اختيار القانون الذي يحكم اختياراتهم الإرادية ، حتى و أن كانت العقود تتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة فهذا لا يعني وجود فراغ قانوني بل لابد إن تخضع في تكوينها و شروطها و أثارها لقانون أو نظام قانوني معين و تحديد ذلك النظام أو القانون هو من عمل المتعاقدين فلهم حرية الاختيار القانون أو النظام الواجب التطبيق على عقدهم و هذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية ، فلذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول سنتناول فيه قانون الإرادة كضابط يحكم عقود التجارة الدولية أما المبحث الثاني بعنوان تعيين قانون الإرادة .

المبحث الأول : قانون الإرادة كضابط يحكم عقود التجارة الدولية

إن كان العقد الدولي لا يرتب أثاره إلا بمقتضى القانون، الذي يمنح الإرادة الفردية مكانة في إبرام العقد فقد استقر فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة وهو الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم و عند هذا الحد يتوقف قانون الإرادة ، غير أن هذا المفهوم لفكرة قانون الإرادة بدا غير ملائم لمعطيات التجارة الدولية و بما أن لعقود التجارة خصوصية لا يتناسب معها القانون الوطني لتنظيمها ، لذا قد يكون من المناسب تخويل إرادة الأطراف دورا يجعل تلك العقود في مأمن من مثالب القوانين الوطنية ،و من تلك العجالة يبدو من المهم أن نعرض في هذا المبحث إلى المقصود بالعقود التجارة الدولية و الذي نتناوله في المطلب الأول أما في المطلب الثاني نطاق تعيين قانون الإرادة .

المطلب الأول : المقصود بعقود التجارة الدولية

تعد عقود التجارة الدولية من أكثر العقود انتشارا في الواقع الاقتصادي و التجاري ، بدليل ابرماها من طرف المتعاملين في ميدان التجارة الدولية من أفراد و شركات و مؤسسات مالية و تجارية على مدار الساعة فكان لها أن أصبحت من أكثر الوسائل خلق النشاط التجاري و الاقتصادي العالمي ، و الأداة القانونية التي يتحدد بها اليوم تسيير و استقرار التعاملات الاقتصادية الدولية فلذا ارتأينا إلى تقسيم هذا

المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه التعريف بعقود التجارة الدولية أما في الفرع الثاني إلى معايير دولية هذه العقود

الفرع الأول : التعريف بالعقد الدولي التجاري

لقد أصبحت عقود التجارة الدولية من بين الوسائل التي خلقت نشاطا تجاريا واسعا ، وان هذه العقود هي الأداة القانونية التي يتحدد بها اليوم تسيير واستقرار التعاملات التجارية ،[1] و إن تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية كان و لا يزال مثار جدلا كبير لذاك يعد تحديد مفهوم هذه العقود مسالة صعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه و القضاء حولها حيث أن وضع تعريف محدد للعقد الدولي التجاري يشبه المستحيل بالنظر إلى الصعوبات المرتبطة بتحديد دولية العقد[2] .

و لقد أعطى البعض من الفقه وصفا أخر لمفهوم العقد الدولي على أساس انه تعبير عن إرادتين أو أكثر لإحداث اثأر معينة و قد عرفه الأستاذ محمد وليد المصري بأنه "" **عقد يرتبط بأنظمة قانونية تعود لدول مختلفة و يهدف إلى تحقيق الربح و المضاربة أو نقل خدمات و الأموال عبر الحدود لتحقيق مصالح التجارة الدولية** "" ،[3] وعرفه البعض الأخر على : انه عقد يبرم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص و يتركز بكافة عناصره في نطاق قانون داخلي واحد و هذا العقد هو من عقود القانون الخاص ، و انه اتفاق بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص و يتجاوز بطبيعته

[1] محمود محمد ياقوت ، مفهوم الجديد لقانون عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر 2012 ، ص 13 .
[2] بلاق محمد ، قواعد التنازع القواعد المادية منازعات التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ،2010-2011 ص 11 .
[3] هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2007، ص ،111.

القانونية و الاقتصادية حدود نظام واحد أو يقع في ذات الظروف مع شخص من أشخاص القانون العام الداخلي أو من أشخاص القانون الدولي لا يظهران في العلاقة التعاقدية بوضعهما سلطة عامة داخلية أو دولية و هذا هو العقد الدولي.[4]

الفرع الثاني: معيار دولية عقود التجارة الدولية

كما وضحنا سابقا فيما تقدم أن الفقه يكاد يكون متفقا على صعوبة وضع تعريف جامع مانع للعقد الدولي و لقد اختلف الفقهاء حول هذا التعريف فكان لزاما علينا أن نتطرق في دراستنا إلى البحث عن معيار يساعدنا في تحديد المقصود بالعقد الدولي و من الملاحظ وجود ثلاثة معايير تستخدم في تحديد الصفة الدولية للعقد الدولي ، فبينما ذهب اتجاه أول الاعتداد بعناصر الرابطة العقدية و مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها و ذهب اتجاه آخر إلى البحث عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية في حين فضل اتجاه ثالث الجمع بين المعيارين ، و سوف نعرض فيما يأتي على التفصيل .

أولا : المعيار القانوني

استند هذا المعيار في تحديده لدولية العقد على فكرة مؤداها أن العقد يعتبر دوليا لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية ، بيد أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية و اثر كل منها على اتصاف هذه الرابطة بالصفة الدولية على

[4] سعد الدين أحمد ، العقد الدولي بين التوطين والتدويل ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ،2007-2008 ، ص 9 .

نحو يمكن معه القول بوجود صورتين للمعيار القانوني الأولى تقليدية و الثانية حديثة و ذلك على النحو التالي :

أ : المعيار القانوني التقليدي

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية حيث يشتمل العقد على الصفة الأجنبية إلى اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص بمعنى انه يكفي لاعتبار العقد دوليا أن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن تكون جنسياتهم مختلفة أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان التنفيذ العقد مختلفا عن دولة القاضي أو عنصر الواقعة المنشئة للالتزام في غير دولة القاضي ،[5]و هذا المعيار وفقا لأنصاره هو القادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص ، و قد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد كونه معيارا أليا جامدا فهو يقضي باعتبار العقد دوليا لمجرد ان يتوافر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية[6] ، و هو ما أدى إلى ظهور المعيار القانوني الحديث .

ب : المعيار القانوني الحديث

وفقا لأنصار هذا المعيار فانه يتعين التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد و التي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة و بين العناصر الفاعلة و المؤثرة في العلاقة التعاقدية ، فتحديد دولية العقد من عدمه هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية.

فمثلا إذا كانت جنسية المتعاقدين تعد عنصرا سلبيا غير مؤثر في عقود المعاملات المالية فهي على العكس تعد عنصرا حاسما في عقود الزواج حيث أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء

[5] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص419 .

[6] انظر احمد صادق القشيري ، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد الحادي و العشرون ، ص 85 .من الموقع Site spécialisé sur le Maghreb, banques de données consultables en langues latines et en arabe يوم 21ديسمبر 2014 على الساعة 22.44 .

الصفة الدولية على العقد ، و يؤكد الطابع النسبي للصفة للرابطة العقدية و أن تحديد هذه الصفة يتم من خلال معيار كيفي هو العنصر الأجنبي المؤثر في هذه الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تتطرق اليها .[7]

ثانيا : المعيار الاقتصادي

ظهر هذا المعيار في أواخر العشرينات من القرن الماضي في مجال القانون النقدي و المدفوعات الدولية حيث يعتبر العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية ، و لما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف فقد اتخذ هذا المعيار صور متعددة.[8]

فالصورة الأولى هي معيار المد و الجزر و يعني هذا لكي نعتبر العقد دوليا يجب أن ينطوي على حركة مد و جزر لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر أما الصورة الثانية فهي معيار المصالح التجارة الدولية بمعنى نعتبر أن هذا العقد دوليا يجب أن يكون العقد متصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة للأموال و الخدمات أو بمدفوعات عبر الحدود حتى و أن كانت في اتجاه واحد[9] .

و قد ظهرت هذه الصورة للمعيار الاقتصادي بمناسبة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية في قضية مشهورة طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 19 فبراير 1930 و تتلخص وقائعها في عقد بيع ابرم بين فرنسيين بشان بيع مئة طن من القمح بموجب عقد بيع CAF وفقا لشروط جمعية لندن

[7] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ،2001 ،ص 75و76.
[8] بشار محمد الأسد ، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2006 ، ص 82 .
[9] منير عبد المجيد،تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية مصر ، دس ن ، ص 24و25 .

لتجارة الحبوب ،و لقد تبنى المشرع الفرنسي معيار المصالح التجارة الدولية كمعيار لدولية التحكيم ،[10] و هكذا فان المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد و جوب انتقال رؤوس أموال عبر الحدود الدولة الواحدة و إن كانت له صورتين : صورة المد و الجزر و صورة معيار مصالح التجارة الدولية و التي تكتفي بان يكون الانتقال في اتجاه واحد .

ثالثا : المعيار الاقتصادي القانوني

يجمع هذا المعيار بين المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني بمعنى انه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بل لابد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية و قد استندت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في 4 يوليو 1972 إلى كل من المعيارين الاقتصادي و القانوني في نفس الوقت لتقرير دولية العقد المبرم بين شركة هولندية و شخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاها و كيلا للشركة الهولندية مما يجيز له تسويق منتجاته في فرنسا ،[11] إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر معيار القانوني لتقرير دولية العقد ، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية .[12]

و نخلص مما تقدم في شان معيار دولية العقد إلى أن هذا المعيار قد تطور بصفة عامة من معيار قانوني تقليدي يكتفي بمجرد توافر عنصر أجنبي إلى معيار حديث يتطلب في العنصر الأجنبي أن يكون

[10] http//www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981./doc

[11] احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،دسن،ص 157 و158 .

[12] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ص 84 .

مؤثرا في العلاقة العقدية لوصفها دولية ، ثم إلى معيار اقتصادي في صورة المد و الجزر و الذي يتطلب انتقال أموال عبر الحدود ثم إلى معيار مختلط ليتحدد به دولية العقود .

و بعد تعرفنا على مفهوم العقد الدولي فان مسالة تحديد القانون المطبق على العقد تحظى بأهمية كبيرة لما يترتب على هذا التحديد من أثار قانونية هامة، فلذا سنتطرق في المطلب الثاني إلى دور إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم و مدى فاعلية هذا الاختيار .

المطلب الثاني : الإرادة كضابط إسناد يحكم عقود التجارة الدولية

من المتعارف عليه بخصوص قواعد التنازع أن تحديد القانون الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبد ا القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ استقلالية الإرادة و هو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة ، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية ، و لدارسة الأسس الفنية لهذه الإرادة ارتأيت لتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول يتضمن التعريف بمبدأ قانون الإرادة أما الفرع الثاني فيوضح صور قانون الإرادة

الفرع الأول : التعريف بمبدأ قانون الإرادة

لما كان العقد الدولي لا يرتب أثاره إلا بمقتضى القانون الذي يمنح الإرادة الفردية مكنة ابرام العقد إبتداء فقد إستقر فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة هو الإعتراف لأطراف بحق إختيار القانون الواجب التطبيق و عند هذا الحد يتوقف دور إرادة الأطراف و يخضع العقد بعد ذلك خضوعا

كاملا لذلك القانون و لا يتدخل الأطراف للحد من هذا الخضوع فلذا ستكون دراستنا في هذا الفرع إلى المعالم التاريخية لفكرة قانون الإرادة في البند الأول أما في البند الثاني تعريف قانون الإرادة .

أولا : المعالم التاريخية لفكرة قانون الإرادة

إن إسناد عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين هو حل لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص،[13] في فترة حديثة نسبيا و بالتحديد في نهاية القرن التاسع عشر بدايات القرن العشرين أما الفقه القديم فلم يكن يسند عقود الدولية لقانون الإرادة و إنما كان يخضع هذه القوانين لقانون محددا سلفا[14] و هو قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ و هو في الحالتين إسنادا أمرا لا تملك الإرادة تغييره.[15]

و حقا كان بعض الشراح قد برروا تطبيق هذا القانون أو ذلك على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضته ومع ذلك فان الفقه لم يرتب على أفكاره هذه نتائجها المنطقية و هي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون أخر يحكم عقدهم .

و بهذه المثابة بدت فكرة قانون الإرادة لدى هؤلاء الشراح كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بطابع أمر و لا تملك إرادة المتعاقدين تغييره ، و لم سلم الفقه بقدرة الإرادة على اختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد الدولي إلا في نهايات القرن التاسع عشر ، و في ظل المذاهب الفردية التي أكدت فيها سلطان الإرادة بوصفها الانعكاس القانوني للفلسفات الاجتماعية و الاقتصادية السائدة خلال هذه الحقبة من الزمان ، و رغم أن اصطلاح سلطان الإرادة بمعنى قدرة الإرادة الذاتية على خلق قواعد تحكمها أو قدرة المتعاقدين فيما نحن بصدده خلق قانونهم الخاص ، و هو اصطلاح قديم أول من قال به هو الفيلسوف

[13] للمزيد أنظر عيد عبد الحفيظ ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، 2005 ، ص 24 .

[14] هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 22 .

[15] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 409.

الألماني **كانت** في مضمون مقالاته المختلفة إلا أن شراح القدماء المعاصرين له أو اللاحقين عليه لم يلتفت إليه حتى عام 1883 م حيث استخدمه لأول مرة أستاذ القانون الدولي الخاص السويسري بروشيه ، و تكشف بعض الدراسات الحديثة عن أن استخدام فقه القانون الدولي الخاص لاصطلاح سلطان الإرادة و الذي نقله عنهم بعد ذلك شراح القانون الداخلي قد تم دون اطلاع هذا الفقه على مؤلفات الفيلسوف ""كانت "" التي استخدم فيها هذا الاصطلاح لأول مرة[16] ، و هكذا كان فقهاء القانون الدولي الخاص هم أول من استخدموا اصطلاح ""سلطان الإرادة "" أو الاستقلال الذاتي للإرادة "" و ذلك بعد أن كانون يعبرون عنه هذه الفكرة في البداية بمسميات و اصطلاحات مغايرة مثل ""سلطان الأطراف أو ""سلطان المتعاقدين. "[17]"

و اصطلاح سلطان الإرادة يقصد به في المجال القانوني بصفة عامة اعتبار الإرادة مصدرا و معيارا للحقوق الشخصية فهي الأداة الخالقة للقانون و بهذه المثابة عبر الاصطلاح عن فكرة الأساسية التي سيطرت فلسفة القانون القرن التاسع عشر و التي أكدت للفرد إرادته الحرة بصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه فلإرادة هي أساس القانون و غايته ،[18] و تتفرع هذه الفكرة كذالك في القانون الداخلي و لها عدة مبادئ هامة مثل : حرية التعاقد و احترام إرادة المتعاقدين في تفسير و تنفيد العقد ، فالإرادة هي أساس للقانون الخاص و القانون العام أيضا ، فالدولة ذاتها قامت لدى الفقيه روسو على فكرة العقد الاجتماعي آما في مجال القانون الدولي الخاص فان أهم النتائج المترتبة على التأصيل السابق لسلطان الإرادة هي قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد في مجال المعاملات الدولية .

و كما تشير مؤلفات القانون الدولي الخاص إلى المحامي الفرنسي ""ديمولان "" بوصفه أول من نبه في القرن السادس عشر إلى إمكان خضوع قانون العقد مع ذلك إلى قانون الإرادة و ذلك حينما أفتى بخضوع

[16] بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ،ص 96 .
[17] هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 30 .
[18] على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 106 .

النظام المالي للزوجين بوصفه عقدا ضمنيا لقانون الموطن الزوجية الأول الذي ابرم فيه العقد على سند من القول بان إرادة المتعاقدين الضمنية انصرفت إلى تطبيق هذا القانون ،[19] و رغم ما قد توحي به كتابات القانون الدولي الخاص من أن ديمولان هو أول من اعتنق فكرة تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية إلا أن حقيقة الأمر هي أن استخدامه لهذه الفكرة كان استخداما أفلاطونيا على حد تعبير جانب من الفقهاء أي أن استخدامه للإرادة قد تجرد في حقيقة الأمر من نتائجه العلمية،[20] و هي قدرة الإرادة على اختيار قانون أخر ، و لهذا يشير الفقه الحديث إلى إن ما قدمه ""ديمولان "" حقيقة في هذا المجال قد ينحصر في إمكان استبعاد قانون بلد الإبرام إذا تبين من الظروف أن هذا إسناد مجرد إسناد عارض يقوم على محض الصدفة .

و هكذا ظل فقهاء القانون الدولي الخاص حتى منتصف القرن التاسع عشر يستخدمون فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لحلول التنازع التقليدي في شان إسناد عقود الدولية لقانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ و قد كان من المتوقع بعد كافة المقدمات أن يأتي من يتخذ الخطوة التالية فبرتب على إعمال سلطان الإرادة في هذا المجال نتائجه المنطقية فان كان تطبيق قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ يفسر برضاء المتعاقدين ضمنيا بهذا التطبيق فيكون هؤلاء بداهة قد اتفقوا بإرادتهم الصريحة على تطبيق قانون أخر و هذا ماقرره الفقيه البلجيكي الشهير ""لوران "" في مؤلفه في القانون المدني الدولي الذي نشر في نهاية الثمانينات و الذي نصب كأب روحي لفقه قانون الإرادة في مجال العقود الدولية ، و بهذه المثابة لم يعد لدى لوران مبدأ سلط الإرادة مجرد تبرير لحل مسبق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية بل أصبح المبدأ هو الحل ذاته .[21]

[19] منصور يحيى عبد الله ، تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية ، رسالة قدمت لنيل شهادة الماجستير في جامعة الموصل ، كلية الحقوق، بغداد 2002 ، ص 35 .

[20] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 304.

[21] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 412 و413 .

و البادئ بعد دراستنا إلى الجذور التاريخية لفكرة قانون الإرادة و الاختلافات الفقهية حول هذا المبدأ نستطيع القول أن التكييف السليم لقاعدة قانون الإرادة على أنها قاعدة من قواعد تنازع القوانين كغيرها من قواعد التنازع تكتفي بمجرد الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، و تشارك قواعد التنازع في ميزتها و هي قاعدة تستند إلى عرف دولي عتيق جذوره إلى عصر ما قبل الميلاد و جدت لتسهيل العمليات التعاقدية في التجارة الدولية و للحفاظ على التوقعات المشروعة و للحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون التزاماتهم .[22]

ثانيا : تعريف قانون الإرادة

لقد ذهب البعض إلى تعريف قانون الإرادة بأنه "" السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ماكان لهذه المراكز من وجود ، أو لو وجدت و لكن في صورة مختلفة ""[23]، و هناك من يعرفها بأنها "" **الاعتراف للأطراف بحق اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم و إعطائهم الحرية الكاملة و عدم تقييدهم .""[24]**

و لكن أن السلطة المعترف بها للأفراد في ضل نظام قانون معين و إنشاء مراكز قانونية بها هو جوهر مبدآ سلطان الإرادة و هذا راجع إلى أسباب عملية و خاصة في عقود التجارة الدولية ، حيث يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الأنسب لحكم علاقاتهم التجارية و الوصول إلى الغاية المرجوة من إبرام تصرفاتهم القانونية ، و من باب ثاني أن أداة تداول الثروات و الخدمات و أطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي بلائمهم و الذي لا يعرقل مصالحهم .

---

[22] عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ، ط1 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 162 .

[23] عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة تلمسان ، 2011/2010 ص 212 .

[24] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية ، قانون الإرادة و أزمته ، دار النهضة العربية ،الاسكندرية ، 2008 ، ص 157 .

الفرع الثاني : أساس فكرة قانون الإرادة

سنتطرق في هذا الفرع إلى الأساس الفني لفكرة قانون الإرادة في البند الأول و في البند الثاني و المتضمن طبيعة القاعدة التي تحتويها فكرة قانون الإرادة

أولا : الأسس الفنية للفكرة

يسمح القانون للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من ناحية لان القانون اعترف للأطراف بحق إنشاء و تكوين عقدهم و معروف في الفن القانوني أن العقد هو نظام قانوني له القدرة باعتراف القانون ذاته منذ أن اعتمد مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية و إن كانت فردية. [25] و إذا كان الحال كذلك ألا يسمح القانون من باب أولى للأفراد باختيار القواعد القانونية أو القانون الذي يحكم عقدهم فمن يملك الأكثر يملك الأقل[26].

و من ناحية أخرى لان العقد هو أداة تداول الثروات و الخدمات و أطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول و يستجيب لحركة التجارة الدولية،[27] و ازدهارها عبر الحدود هذا لاسيما و أن هناك قوانين متقدمة لبعض الدول في مجال تنظيم عمليات تلك التجارة بينما توجد قوانين للبعض من الدول تزال بدائية لا تصلح إلا للمبادلات الداخلية .

[25] شبة سفيان ، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، مقال من مجلة دفاتر السياسة و القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة ورقة ، العدد الرابع ، 2011 ، ص 228 .

[26] هشام علي صادق ، عكاشة عبد العال ، التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية ، ج1 ، دار الفتح للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص 389 .

[27] H.KELSEN، Theorie juridique de la convention ، in arch ، dr ،1940 ، p33

و من جهة أخرى لأن ذلك وسيلة للاقتصاد في تحرير العقود الدولية و صياغتها فبدلا من أن يضمن الأطراف عقدهم كافة الأحكام القانونية لقانون أجنبي معين و يقدرون على انه أكثر ملائمة ومناسبة و يكفيهم أن يشيروا في سطر أو سطرين باختيارهم إلى هذا العقد ليصبح هو الواجب التطبيق.

و رغم تلك الدعائم المقدمة فان فكرة قانون الإرادة لم تنج من النقد فقد قيل أن تلك الفكرة تفتح الطريق أمام الأفراد للتهرب من القواعد الآمرة و أن كان لابد من الإبقاء عليه فيجب حصر مجالها في المسائل التي تنظمها القواعد المكملة ، كما قيل أن نترك الأمر للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم و اختيارهم للقانون يعني حلولهم محل القانون في تنظيم الروابط القانونية التي من مظاهرها أن يحدد هو متى يسري عليه و ليس إرادة الأفراد هي التي تحدد حالات سريانه و أن إخضاع العقد لقانون الإرادة يتضمن مصادرة على المطلوب لان ذلك يفترض وجود العقد أولا و اختيار القانون لاحقا و كما قيل أن فكرة قانون الإرادة التي نبتت مع المذهب الفردي و الاقتصاد الحر لم تعد تتماشى مع سياسة التوجيه .[28]

و لكن رغم كل هذه الانتقادات لم تحمل الأنظمة القانونية في مختلف الدول على هجر قاعدة قانون الإرادة بل على العكس زادت رسوخا في كل التشريعات و كما يرى الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة أن تلك القاعدة ستظل هي الوسيلة المفضلة لتحديد النظام القانوني للعقود الدولية و لا يجب أن نتناسى أنها كانت أساس نمو التجارة الدولية من أواخر القرن التاسع عشر و حتى الآن نجدها و خاصة في العقود الاستهلاكية الدولية .[29]

ثانيا : طبيعة القاعدة التي تحتويها فكرة قانون الإرادة

يرى جانب من الفقه الحديث أن القاعدة التي تقرر للمتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ، هي قاعدة موضوعية أو مادية من قواعد القانون الدولي الخاص بمعنى أن القاضي

[28] P.MAYER et VINCENT heuze : droit international prive ، 8eme، Edition ، Montchretien paris ، 2005 p536 .
[29] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ،ص 150 .

يطبقها مباشرة على منازعات العقود الدولية التي تعرض عليه و موضوعها المباشر هو تحديد القانون المختص و ذلك عندما يعبر المتعاقدون صراحة عن إرادتهم و إن قاعدة قانون الإرادة ليست من قواعد التنازع القوانين و ليس لها نصيب في خصائص قاعدة التنازع ، إلا أن هذا الرأي لاقى انتقادا كبيرا على أساس أن حجج أنصاره ليست كافية .

فمن ناحية لا يتفق هذا التكييف لقاعدة قانون الإرادة و المفهوم الفني للقاعدة الموضوعية أو المادية فتلك القاعدة تقدم الحل الموضوعي للمسالة المثارة بنحو مباشر بالنظر إلى صفتها الدولية كاعتبار مثلا شرط الدفع بقيمة الذهب أو بعملة أجنبيا صحيحا و كإلزام المورد التكنولوجيا بضمان حدة الابتكار أو السر التكنولوجي أو الصناعي .

و هذا الوصف لا ينطبق على قانون الإرادة لأنها لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل هي قاعدة غير مباشرة أو إرشادية تقتصر على بيان القانون الذي يستمد منه الحل الموضوعي و النهائي للنزاع ، و من ناحية ثانية فان الرأي محل المناقشة يستند للقول بالطبيعة الموضوعية أو المادية لقانون الإرادة إلى ذيوع تلك القاعدة في كافة النظم القانونية حيث لا ينكرها أي منها .[30]

و تلك أيضا حجة واهية إذا كان ذيوع قاعدة معينة و انتشارها في النظم القانونية يجعل منها قاعدة موضوعية فانه يجب الاعتراف بها ، بالضرورة بالصفة الموضوعية و ليست بالصفة الاسنادية لغالب قواعد تنازع القوانين لاسيما قاعدة خضوع المال إلى قانون موقعه مثلا و خضوع المسؤولية المدنية لمحل وقوع الفعل الضار و خضوع الأهلية للقانون الشخصي أخيرا فانه على رفض اعتبار قانون الإرادة قاعدة موضوعية فكيف يستقيم ذلك مع القول بان دور الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي يستمد من قاعدة التنازع ذاتها فتلك القاعدة هي التي ترخص للمتعاقدين في اختيارهم لقانون العقد،ونصل

[30] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع نفسه ، ص 168 .

إلى القول بان التكييف السليم لقاعدة قانون الإرادة هو أنها قاعدة من قواعد تنازع القوانين كغيرها تكتفي بمجرد الإرشاد أو الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي و تشارك سائر قواعد التنازع في خصائصها المميزة ،[31] و هي قاعدة تستند إلى عرف دولي وجدت لتسهيل العمليات التعاقدية في التجارة الدولية و للحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون التزاماتهم.

المطلب الثالث : محددات فكرة قانون الإرادة

تعرف مختلف النظم القانونية بأن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو الذي يختاره المتعاقدون بإرادتهم الصريحة أو الضمنية ، و لكن الدور الحقيقي لإرادة الأطراف يكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق أو تركيز العلاقة و في هذا الصدد ظهرت عدة نظريات و عدة اختلافات سواء من الفقه أو من القضاء ، فلهذا ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول بعنوان حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد في حين الفرع الثاني المعنون بقابلية الخضوع إلى قانون الإرادة

الفرع الأول : حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد

سنتناول في هذا الفرع أهم النظريتين التي جاءت في خصوص تطبيق قانون الإرادة في العقود الدولية و هما نظرية وحدانية التحديد في البند الأول النظرية الثانية إزدواجية التحديد و التي سندرسها في البند الثاني

أولا : نظرية وحدانية التحديد

[31] احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع ، دار النهضة العربية ، 2001 ،ص 87و 88 .

ظهرت نظرية الوحدانية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في أفكار الأستاذ الفرنسي باتيفول و هي تسمى أحيانا ""نظرية التركيز و التوطين و قوام هذه النظرية إن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز العقد و توطينه في دولة معينة يلتزمه القاضي ، بل يركزان عقدهما في مكان معين و من هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق ، و الفقيه باتيفول في تفسيره لهذه الفكرة القائل بها يقول انه يتفق و يسلم بفكرة قانون الإرادة و لا يمكنه التشكيك فيها.

فالأطراف فقط يقدمون الوقائع التي يتوطن عن طريقها العقد في مكان معين كإبرام العقد أو تنفيذه .[32] وبتلك المثابة فان اختيار الأطراف صراحة قانونا معينا لحكم العقد و كان لا يتقابل ذلك الاختيار مع التركيز أو التوطين الموضوعي أو الحقيقي لبيان العقد ، كان للقاضي حق أن يهمله و يسعى هو إلى البحث عن هذا التوطين واستخلاص القانون الواجب التطبيق فالتوافق بين القانون المختار و التوطين الموضوعي للعقد و هو الشرط الضروري لفعالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق .

بيد أن التركيز و التوطين الموضوعي للعقد هو **المناط** الوحيد لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه وليس للإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين في شان ذلك لتحديد إلا دورا ثانوي أو احتياطي أي أن القاضي في النهاية هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق .[33]

و تحظى النظرية محل البحث بدعم من الفقهاء و أحكام القضاء و هي تقدم بعض الفوائد في نظر أنصارها و منها أنها تتلاقى تحايل المتعاقدين على الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي يرتبط بها العقد أكثر من غيرها و تحول دون التعسف في اختيار القانون المعين ليس له أية صلة باقتصاديات العقد. ومنها أنها تحول هيمنة الأطراف المتعاقدة على قانون العقد و تحويله إلى مجرد شرط تعاقدي بإدماجه في بنود العقد و إجرائهم عليه يجرونه على شروط عقدهم من تعديلات و هروبهم بالتالي من العنصر

[32] عوض الله شيبة الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ،ط2 ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1998 ، ص 510و511 .
[33] سعد الدين أحمد ، العقد الدولي بين التوطين و التدويل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، بكلية الحقوق و العوم السياسية بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ، 2008/2007 . ص 140 .

الآمر الذي تحتويه قواعد القانون و تحييدهم لأثر التعديلات التشريعية التي قد تطرأ تلك القواعد مستقبلا من قبل واضعها .

و التي قد تقلل من أهمية الجدل الفقهي حول إعمال نظرية الإحالة في مجال العقود الدولية ، حيث أن الفقه المعاصر و المناصر لاحترام إرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق تخوفون من ضياع ذلك الاحترام في حالة قبول الإحالة و إعمال قواعد التنازع في ذلك القانون ، إما مع نظرية التركيز الموضوعي للعقد فقانون الدولة التي يتركز فيها العقد هو ذو المصلحة الفعلية في حكم العقد.

و منها أنها ترفع التناقض بين كيفية حل تنازع القوانين التنظيم الموضوعي للعقد فإذا أنيط تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادة المتعاقدين و تم فعلا اختيار القانون المعين و اتضح عند إعماله أن العقد باطل وفقا لأحكامه فهل يكون سائغا بان المتعاقدين قد اختار قانونا يبطل عقدها ؟ و ذلك التساؤل لا محل له إذا اعتبرنا أن دور إرادة المتعاقدين ينحصر في تركيز العقد لا اختيار قانونه لذا سنتطرق إلى ذالك في النظرية الموالية .[34]

ثانيا : نظرية ازدواجية التحديد

البادئ من النظرية السابقة أنها تعطي الدور الأساسي للقاضي في تحديد القانون للعقد ، و لا عبرة بالإرادة الصريحة فهي لا تعدو أن تكون احد العوامل توطين العقد و حسب على أن هذا التحليل يرقى في نظر فريق أخر من الفقه الذي يرى أن القانون الوضعي تسوده ازدواجية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

[34] زياد محمد فالح بشاشه ،دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية ،ج1 ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات ، العدد33 ،2013 ، ص 260 .

فمن ناحية إذا وجد اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق وجب احترام للاختيار صريح و أن دور الإرادة هنا ينقصر على مجرد توطين أو تركيز العقد في المكان يستخلص منه القاضي القانون المختص بل انه من غير الجائز للقاضي تجاهل ذلك الاختيار الصريح و احترام إرادة المتعاقدين هنا يمليه آمران : الأول التقليد أو العرف التاريخي الذي دفع القانون المعاصر إلى الاعتراف ""بحق "" المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد و هذا الحق هو حق اختيار قانون معين للعقد ، لا تركيز العقد في مكان معين و الأمر الثاني أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية آو مادية خاصة بالعقود الدولية ،واجبة الاحترام من قبل القاضي فهي ضرورية التطبيق و لتنظيم العلاقات التجارية الدولية و تجاهلها يضر بذلك التنظيم ليس هذا فحسب بل لا ينبغي تقييد حرية الأطراف ،[35] و اشتراط صلة بين العقد والقانون المختار كما لا ينبغي قبول الإحالة في وجود الإرادة الصريحة للمتعاقدين.

و من ناحية ثانية إذا انعدم الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فمن هنا يمكن قبول التوطين أوتركيز العقد و قيام القاضي بدوره البحث عن الإرادة الضمنية [36] .

و لقد ظهر اتجاه أخر يوفق بين النظريتين حيث قال أصحاب هذا الاتجاه نحن لا نقبل الإطلاق في شمولية التوطين أو التركيز الذي ألتزمته النظرية الأولى كما لا نقبل الإطلاق في قطعيه الفصل بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية خصوصا الإرادة الصريحة و إعطاء كامل في تحديد قانون العقد للقاضي هذا في حين إن ازدهرت المبادلات الاقتصادية عبر الحدود يرجع الثقة التي أولاها القانون لتلك الإرادة كما أن في تجاهل الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد تحت ستار التركيز الموضوعي تضيع لقاعدة التنازع التي تعترف للمتعاقدين بحق تحديد القانون الواجب التطبيق .

[35] احمد عبد الكريم سلامة ،مرجع سابق ص 173 .

[36] اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، 2003 ص 44 .

و كما يؤخذ على النظرية الثانية تجاهلها للإرادة الضمنية volonte implicite للأطراف و اعتبار أنها تساوي مع فرص انعدام أو غياب الإرادة ،[37] هذا في حين أن الأمر يتعلق بإرادة حقيقية لها قرائن ، و أن الحكم الذي ينتهي إليه تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بناء على التركيز أو توطينه مباشرة د البحث على الإرادة الضمنية للمتعاقدين يكون مشوبا بخطأ في تطبيق القانون مم يستوجب نقضه

الفرع الثاني : قابلية الخضوع إلى قانون الإرادة

سنتطرق في هذا الفرع إلى دور إرادة المتعاقدين في اختيار قانون للعقد و مدى إجماعهم على خضوعهم الى قواعد القانون الوطني و الذي سنتناولها في البند الأول أما في البند الثاني الى ثانيا : مدى تباين قبول الخضوع في حالة وقوع الاختيار إلى قانون أجنبي .

أولا : الإجماع على الخضوع لقانون وطني معين

معروف أن المجتمع الدولي يفتقد إلى السلطة العالمية التي تنهض بوضع قواعد قانونية لازمة لتنظيم العلاقات بين أعضائه من الدول أو المنضمات الدولية آو بين الإفراد العاديين و الحال كذلك فقد اعترف القانون الدولي لكل دولة بالاختصاص بوضع القواعد القانونية المنظمة ليس فقط لعمل و سير سلطاتها العامة و أجهزتها بل أيضا لعلاقات الأفراد و هذا الاختصاص بالتشريع الذي تستمده الدولة من القانون الدولي العام ،[38] هو اختصاص قاعدي و اختصاص مانع قاعدي بوضع قواعد النظامية التي تشكل القانون فيها و مانع ليس مشتركا حيث يمتنع على الدولة التدخل بالتشريع للدول الأخرى ، و الحال كذلك

[37] هشام علي صادق ، مرجع سابق ص 565 .
[38] احمد عبد الكريم سلامة ،.نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989،ص 159

فان فكرة قانون الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة إن بدا أكثر ملائمة و مناسبة و المتأمل في قواعد التنازع في نختلف النظم المقارنة يدرك أنها تتكلم عن قانون الدولة "" فالقانون الدولي الخاص الاسباني ينص على أن يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة "" كما ينص القانون المصري في المادة 19 الفقرة الأولى من القانون المدني "" على أن تخضع العقود لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف "" و المادة 18 من التقنين الجزائري المدني [39].... و هذا يعني ان التحديد لمعنى قانون العقد يجد أساسه في القانون الوطني .[40]

ثانيا : مدى تباين قبول الخضوع في حالة وقوع الاختيار إلى قانون أجنبي

من العرض السابق يتضح لنا أن العقد الدولي يخضع إلى القانون الوطني لدولة معينة و لكن هنا يكون التساؤل حول كيفية تطبيق قواعد موضوعة أساسا للعقود الداخلية على العقود الدولية و أن لتلك الأخيرة معطياتها و خصوصيتها ، و يكفي أن نقول أنها أداة تبادل الثروات و الخدمات عبر الحدود و من ثم يناط بها مهمة توثيق روابط التبادل و التعاون بين النظم القانونية و الاقتصادية و التجارية لمختلف الدول ،[41] و أن القوانين الوطنية ليست قادرة لحكم العمليات التجارية الدولية المتطورة سواء من الكم أو من النوع .

و من هنا يكون البحث عن قواعد قانونية جديدة غير وطنية Régles anationales أكثر اتفاقا و ملائمة و هذه القواعد تتجسد في العقود الدولية و النموذجية أو في الشروط العامة و العادات و الأعراف التي استقرت عليها الأوساط المهنية،[42] و مثلا الحلول التي أرساها قضاء التحكيم و قضاة التجارة الدولية و هي تشكل في مجموعها نظاما قانونيا خاص بالتجارة الدولية و يستهدف السلام بين رجال التجارة

[39] أنظر نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري
[40] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ص 176و 177 .
[41] هشام على صادق ، مرجع سابق ص 390 .
[42] محمود محمد الياقوت ، مرجع سابق ص 106 .

الدولية و تامين المبادلات التجارية أكثر من العدالة الصماء في القانون الداخلي و عن طريقه يحاول المتعاقدون الهروب من سلطان القوانين الوطنية التي نسميها قوانين غير متطورة و هذا المنهج هو منهج القواعد الموضوعية في حل تنازع القوانين .[43]

و هذا المنهج لا يطبق إلا بمقتضى إرادة المتعاقدين في العقود الدولية و هنا نقول انه بدلا من أن تلعب إرادة المتعاقدين دورها التقليدي كقاعدة إسناد وطنية ، فيجب أن تلعب دور التعايش بين النظم القانونية فقد ضحت بتلك المهمة العليا للتجارة الدولية و بدت هكذا كوسيلة دفاعية لتلك المصالح في مواجهة النظم القانونية الوطنية .

المبحث الثاني : تعيين قانون الإرادة

إذا كانت النظم القانونية لمختلف الدول قد اعترفت بان العقود الدولية تخضع إلى قانون إرادة المتعاقدين فان هذا الاعتراف يبدو بسيطا نظريا غير انه يثير الكثير الصعوبات تحديد قانون الإرادة من الناحية الفنية إذا كان للمتعاقدين اختيار قانون العقد فمتى يمكنهم ممارسة هذا الاختيار هل يكون قبل العقد أو وقت المنازعة و هل يكون لهم حق الاختيار في كل العقود الدولية ، و من الناحية التطبيقية كيف يقع اختيار قانون الإرادة أما أن يكون صريحا آم يكفي استخلاصه من بنيان العقد و ظروف الحال خصوصا مع ظهور العديد من العقود التجارة الدولية الحديثة التي قد يتعذر معرفة القانون الواجب التطبيق عليها بأمان فلذا ستكون دراستنا في هذا المبحث مقسمة إلى مطلبين ، و نتناول في المطلب الأول كيفية تعيين قانون الإرادة و في المطلب الثاني المشكلات القانونية التي يثيرها تعيين قانون الإرادة .

المطلب الأول : كيفية تعيين قانون الإرادة

[43] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الطليق ، مرجع سابق ص 258 .

تعد الإرادة ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية و لذلك يتعين على أطراف العقد إخضاع عقدهم إلى القانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على إختياره ، و إذا سكت الأطراف عن الاختيار فيتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق قرائن التي تدل على وجودها . و بناءا لما سبق فلقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، الفرع الأول المعنون بالتعيين الإرادي لقانون العقد فحين الفرع الثاني بالتعيين القضائي لقانون العقد أما الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري بالاعتداد بالإرادة الضمنية

الفرع الأول : التعيين الإرادي لقانون العقد

إذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في التعيين أو تحديد القانون الذي يحكم عقدهم فان المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون تلك الدولة أو القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين هو الواجب التطبيق عند المنازعة فان تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح أو الإرادة الصريحة لقانون العقد ،[44] و الأصل في اختيار القانون الواجب التطبيق هو تلاقي إرادة الطرفين برضاء تام ،[45] وذلك بان يتضمن العقد نصا صريحا يشير إلى القانون الواجب التطبيق بحيث يلتزم القاضي إذا أحيل عليه النزاع أن يحترم تلك الإرادة ، و تكون تلك الإرادة كضابط إسناد و يكون اختيار للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح و بعبارة تعبر عن نيتهما الحقيقية أما بالكتابة أو بالإشارة أو ما شابه ذلك ،[46]

و نرى انه من الأهمية أن يضمن المتعاقدون عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي فان هم عملوا ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل و ما يكتنفه من أخطار فالمتعاقد يرغبون في السلمي لالتزاماتهم المتبادلة و لا مانع مع ذالك أن يعدو مقدما للقواعد القانونية التي

---

[44] محمود محمد الياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،2000 ، ص 10

[45] محمد وليد المصري ، العقد الدولي بين النظرة التقليدية و الحديثة ، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون ، العدد عشرون ، 2004 ، ص 159 .

[46] فوزي محمد سامي ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، 2008، ص 123

تساعد على حل ما عسى أن يثور بينهما من منازعات في المستقبل يجب أن يعكس هذا التحديد قانون العقد اهتماما يشغل بال المتعاقدين في العقد الدولي و يحذر البعض من الفقهاء من التقاعس عن تعيين قانون العقد لأنه من الخطورة بمكان بالنسبة لرجل قانون المشروعات في قوانين العمل ألا يشترط في العقد القانون الواجب التطبيق لأنه سيجد نفسه في ضباب مجهول و كما يقول البعض لماذا لا ندرج شرطا من سطرين يقول به الأطراف صراحة ما هو القانون الذي يقصدونه للخضوع إليه.

و لقد كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية و من ابرز هذه الاتفاقيات اتفاقية روما التي نصت في **المادة الثالثة فقرة الأولى على انه ""يخضع العقد لقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة ، و يتعين أن يكون هذا الاختيار صريحا ناتجا على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف التعاقد ""**[47] ويتبين من هذا النص أن هذه الاتفاقية تكرس الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ،[48] و اتفاقية روما من ابرز الاتفاقيات التي نصت على حرية الأطراف في اختيار قانون لحكم عقودهم الدولية ، تبرز أهمية التعيين الصريح إلى مدى فعاليته و قوته في مواجهة القانون .[49]

ولقد اختلف البعض حول هذه الفعالية فلقد اتجه فريق إلى أن حرية المتعاقدين كاملة في اختيار قانون العقد و يستندون إلى انه إذا وضعنا قيود على هذه الحرية سيخرج بقاعدة التنازع في خصوص العقود عن مضمونها و هدفها مبدأ هذه القاعدة إلى تيسير الأطراف في المبادلات التجارية الدولية و أن القانون الذي سيتحدد مع وجود أي قيد سيعتبر قانون العقد و ليس قانون الإرادة و يكفي أن يكون قد تم اختيار قانون العقد بنحو قانوني و بحسن النية و على نحو لا يتعارض مع فكرة النظام العام آو ينطوي على غش نحو القانون ، و على العكس من ذلك اتجه فريق أخر إلى اعتبار اختار الأطراف لقانون عقدهم

[47] انظر نص المادة 3 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة سنة 1980 .

[48] paul lagard "" le nouveau droit internatinal prive .des contrat aprés lentrée en vigueur de la convention de rom 19 juin 1980 ""crit.1991.p228 ets .

[49] فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1974 ص 596 .

يكون عديم القيمة و عديم الفعالية مالم توجد صلة جوهرية أو روابط طبيعية بين العقد و الدولة التي اختير قانونها لحكم العقد الدولي ،[50] فإذا انعدمت تلك الصلة أو الرابطة حق للقاضي أن لا يعتد بالقانون المختار و يبحث القاضي عن القانون الذي له صلة حقيقية بالعقد.

و يرى اتجاه ثالث التخفيف من تشدد الرأي الثاني و يقرر انه يجب من حيث المبدأ،استلزام رابطة أو صلة بين العقد و البلد الذي اختير قانونه لحكمه حيث لا يجب أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد و لكن يكفي أن توجد صلة فنية معينة من ذلك أن يجري العقد في صورة عقد نمطي أو نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة و تقبله أوساط التجارة الدولية و مثال ذلك أن يختار أطراف في مجال النقل أو التامين البحري القانون الانجليزي لحكم عقدهم ، بحسبان تقدم القانون الانجليزي في ذلك المجال مقارنة بغيره هذا و لو يكن لإبرام العقد أو تنفيذه روابط واقعية في انجلترا . و لكن إذا أخدنا بهذا الرأي الأخير و الذي يمكن تفسير بعض القوانين المقارنة في معناها [51]، و يرى الأستاذ عبد الكريم في هذه الخصوص أن المسألة نظرية بحتة و الغالب أن العقد يكون على صلة بالدولة التي ينتمي إليها القانون المختار و المتأمل في كل الأحكام القضائية يدرك أنها لم تغفل القانون الذي حدده المتعاقدان و في غير حالة الدفع بالنظام العام إلا لان إذا كان هناك غش نحو القانون كان يجب تطبيقه على العقد أصلا لوقوع معظم الآثار التعاقدية في نطاق سريان ذلك القانون أو لان القانون المختار يتعذر إعماله كان يختار المتعاقدين قانون دولة علم السفينة بالنسبة للعقد البحري مثلا ، في حين أن الشحنة ستقل على أكثر من سفينة لكل منها علمها المستقل ، و نضيف انه يكفي إلى جانب غياب الغش المشار أليه أن يخضع العقد للقواعد الآمرة أو الضرورية التطبيق في القوانين الأخرى التي لها مصلحة أن تطبق على العقد لتحقيق أهدافها .

[50] احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ص 1090و 1091 .
[51] عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،ج 2 ، مطابع البيئة المصرية للكتاب ، الإسكندرية ،مصر ، ص 470 .

الفرع الثاني : التعيين الضمني لقانون العقد

إذا كلن الغالب هو إهمال أطراف العقد و تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي أي انعدام التحديد الصريح لقانون العقد فان هذا لا يعني انتهاء كل دور لهم ،[52] و لكن إلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف هناك إرادتهم الضمنية و هي إرادة ينبغي اعتبارها و عدم تجاهلها لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح إلى نظام قانوني معين بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني لقانون العقد ، أو اعتقاد حقيقي و كاف بشأنه ، و إذا كانت النية الضمنية حول تحديد القانون تستخلص من ظروف الحال و ملابسات العملية التعاقدية ، و لكن التساؤل حول أهم الظروف و الملابسات التي تستنتج منها الإرادة الضمنية ، فانه من الغير المتعذر أن الاجتهاد القضائي و الفقهي استقر على وجود عدة قرائن على الإرادة أو النية الضمنية بخصوص "" قانون العقد "" لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على تلك الإرادة أو النية بل يتم الجمع بين أكثر من قرينة على حسب الأحوال و منها : المحكمة التي اتفق على تفويضها الاختصاص بمنازعات العقد و هي قرينة ذات وزن و قيمة في استخلاص نية الأطراف حيث صار مقبولا القول بان يختار القاضي يختار قانونه و منها كذالك العملة التي سيتم الوفاء بها أو مكان التنفيذ أو محل التنفيذ ،[53] و منها تضمين العقد أحكام و قواعد مستمدة من قانون الدولة المعنية لتنظيم أحكام العقد و نضيف أن استخلاص النية الضمنية للأطراف حول قانون العقد هي مسالة واقع يتمتع بشأنها القاضي بسلطة تقديرية و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا طالما جاء استنتاجه مبنيا على أسباب سائغة و تلك السلطة التقديرية تتسع حينما يقع عبئ تحديد قانون العقد على عاتق القاضي أساسا على ما سنفصله في حديثنا عن التعيين القضائي.

ثانيا : التعيين القضائي لقانون العقد :

[52] عوض الله شيبة الحمد السيد ، المرجع السابق ، ص519 .
[53] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 195.

حقيقة إن دور القاضي عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار الأطراف لقانون للعقد و يتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية فهنا لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق و يطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع و إنما الواجب هو أن يجتهد للوصول إلى تحديد العقد، و في اجتهاده يبحث القاضي عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحو وثيق و جدي و كما جاء في اتفاقية روما لعام 1980 في نص المادة الرابعة الفقرة 1 "" **في الحدود التي لم فيها يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.. ع العقد قانون البلد الذي له أكثر الروابط وثوقا** ""[54] و على أن فكرة التركيز و البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد ، تترك مجالا واسعا للاجتهاد القاضي و تقديره ، و لذلك تلجا القوانين الوضعية عادة إلى إيراد ضوابط إسناد يلتزم بها القاضي بتطبيقها و لا مجال بشأنها للاجتهاد و هذا ما يسمى بالإسناد الجامد. .

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من الاعتداد بالإرادة الضمنية مقارنة بالتشريعات المقارنة

سنتطرق في هذا الفرع الى تحليل نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري من خلال التعرف على الشروط الذي وضعها المشرع الجزائري لاختيار قانون العقد الدولي و كذلك الى نطاق تطبيق نص المادة و إلى فكرة الأداء المميز.

أولا : شروط اختيار قانون العقد الدولي

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري " على انه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ....."[55]

[54] انظر المادة 4 فقرة 1 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من الرابط :
http//www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.htm

[55] انظر نص المادة 18 من الأمر 75-58 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري

واضح من خلال النص أن المشرع الجزائري يشترط مجموعة من الشروط لكي يسمح للمتعاقدين باختيار قانون يحكم علاقاتهم التعاقدية سنوضح هذه الشروط كالأتي :

1. أن يكون العقد دوليا

يجب أن يتضمن العقد العنصر الأجنبي سواء الموضوع أو السبب العقد أجنبيا ، مع الملاحظ أن بعض التشريعات تشترط أن يكون العنصر الأجنبي مؤثرا لكي نقول أن العقد دوليا .[56]

2. الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد

إن الأصل في القانون المدني الجزائري أن التعبير على الإرادة يكون بالشكل ألرضائي ،لكن قد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة بالشكل الكتابي، و بما أن المشرع الجزائري لم بنص في نص المادة 18 على شكل خاص للاتفاق المنصب في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي و معنى ذلك أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون رضائي و مكتوب ،[57] و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فالمشرع الجزائري يعتبر التعبير عن الإرادة إما إن يكون صريحا أو أن يكون ضمنيا .[58]

و بالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل نجد أن المشرع الجزائري قد اسقط عبارة ((**أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه**)) .

و لقد فسرها البعض من الباحثين على أن المشرع الجزائري يعتد بالإرادة الضمنية ،[59] و لكن ما نلاحظه أن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بان التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا أو ضمنياو لكن بعد تعديل نص المادة 18 من القانون المدني الجديد لم يشترط المشرع

---

[56] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 370 .

[57] عيلوش قربوع كمال ، ص325

[58] انظر نص المادة 60الفقرة 2 من الأمر 75-58 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 20 جوان 2005

[59] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 309 .

التعبير الصريح و بذالك علينا الأخذ بالتعبير الضمني طبقا للقواعد العامة[60] ، و كذالك نجد في هذا الصدد اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نص المادة 3 فقرة 1 نصت على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ناتج بصفة أكيدة من الظروف والملابسات التعاقد و كذلك نجد اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي للبضائع "" **تنص على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا . و لكن عدم التطرق إلى ذكر القانون الواجب التطبيق بشكل صريح يعني ذلك أن طرفي التعاقد لم يوفقا في اختيار قانون للعقد و ذلك ما يفتح مجال واسعا للقاضي للبحث عن القانون من خلال البحث عن الإرادة الضمنية ، أو أن لا تكون مشكلة تنازع القوانين ظاهرة أصلا عند التعاقد.**[61]

3. أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد

ذكر هذا الشرط في نص المادة 18 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري و الحقيقة أن هذا الشرط فيه مغالاة في تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، و أن المشرع الجزائري تأثر بما ذهب إليه الفقيه باتيفول في تأسيس حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية ،[62] و إ ن المعنى الصحيح للصلة الحقيقية لإمكان تطبيق قانون الإرادة على حسب المشرع الجزائري أن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتهما أو أن يمثل صلة بالعقد آو أن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان التنفيذ العقد ، فمن هذه الزاوية نجد تقييد لإرادة الأطراف في اختيار أي قانون ليحكم عقدهم فلم يعد لهم إلا أن يختاروا إما قانون موطنهما أو موطن احدهم أو قانون جنسيتهما ، و لم يعد لهما الإمكانية أن يختاروا قانونا أخر مثلا اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة كما هو الحال في القانون الانجليزي عند تنظيمه لعقد النقل البحري .

---

[60] موكه عبد الكريم ، القانون الواجب التطبيق على العقد البيع الإلكتروني ، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق ،جامعة بجاية ، العدد2 ،2010 ، ص 197 .

[61] للمزيد أنظر: بن غرابي سمية ، عقود التجارة الالكترونية و منهج تنازع القوانين ، مذكرة لنيل شهادة القانون ، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 2009 ، ص 101 .

[62] منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، 128 .

و يرى الأستاذ زروتي الطيب أن المشرع عند وضعه لهذه الصلة الحقيقية قد أجحف في حق الطرفين و قيد من إرادتهم التعاقدية و انه تخول للقاضي مراقبة عملية الاختيار لاستبعاد الاختيار الغير النزيه المشوب بالتحايل و لكن لنظرية الغض كافية لتصدي لاحتمال التحايل عند اختيار القانون الواجب التطبيق .[63]

ثانيا : حدود قانون الإرادة المنصوص عليه في نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري

إعترف نص المادة 18 من التقنين المدني بحرية للأطراف بإختيار قانون ينظم علاقتهم التعاقدية و لكن هذه الحرية مقتضية إلى ابعد الحدود لان الأطراف لما يختارون القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بكل حرية عليهم أن يبحثوا القانون الذي يمثل الصلة الحقيقية بالمتعاقدين أو العقد المبرم و إلا سيستبعد القاضي هذا القانون المختار و لقد منح المشرع الجزائري سلطات واسعة للقاضي في الأخذ بقانون إرادة الأطراف أو استبعاده فالمشرع يعترف للقاضي بدور أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و ذلك بالبحث في مسالة تركيز العقد الذي ابرمه الأطراف فان توصل الأطراف إلى تركيز العقد وفقا للقانون المختار صحيحا يطبقه ، أما إن رأى أن القانون الذي اختاره الأطراف لا يشكل صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد فسيستبعده فالقاضي لا يطبق القانون المختار إلا إذا تأكد بصلته الحقيقية بالمتعاقدين ،[64] وبالتالي إرادة الأطراف لا يعمل بها إلا في حالة تحقق القاضي أن القانون المختار هو القانون الذي تم تركيزه ، فإن ركزو العقد فأننا نقول أن الأطراف قد ساعدوا القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق .[65]

---

[63] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، تنازع القوانين (فى ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي ، مطبعة الفسيلة ، الجزائر ، 2008 ، ص244 .

[64] موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ،ج1 ، قواعد التنازع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1989 ص 359 .

[65] الطيب زروتي ، مرجع سابق ،ص 242 .

و من خلال ذلك يفهم أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 18 من التقنين المدني على قاعدة إسناد أصلية ، ليست بتطبيق قانون الإرادة بل هي تطبيق القانون الذي له صلة وثيقة و حقيقية بالمتعاقدين كما اشرنا سابقا و بما أن القاضي ما عليه إلا البحث و التأكد من أن القانون المختار من قبل المتعاقدين له صلة حقيقية و هو ما يتنافى مع مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة فالأجدر من المشرع أن ينص على تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية .[66] و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين ، على عكس ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 20 الفقرة1 من القانون المدني و المشرع السوري في نص المادة 19 الفقرة 1 من التقنين المدني صحيح أنهما قد حسما الأمر بوضع قواعد إسناد جامدة غير مرنة و إ ن كانت ذات الخيارات ، فبعد أن أعطى الأولوية لحرية الأطراف لاختيار القانون الذي يحكم عقدهم في المجال الدولي و قضوا في حالة غياب الإرادة الصريحة هو قانون الموطن المشترك للأطراف إذا إتحدوا في الموطن ، أما إذا اختلفا في الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد و بذالك فان قانون الدولة التي ابرما فيها العقد لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع في تلك الدول قد جعل من مكان الإبرام كضابط احتياطيا إضافة إلى قانون الموطن المشترك بينما يعد مكان التنفيذ هو الضابط المفضل في القانون الفرنسي الذي عد مكان إبرام العقد دليلا عن الإرادة الضمنية .[67]

و كان من الأجدر على المشرع الجزائري حسب رأي الأستاذ الطيب زروتي أن يشير بوجع عام عن فكرة الأداء المميز و التي سنعرضها في البند الثالث

ثالثا : فكرة الأداء المميز

[66] الطيب زروتي ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص 257 .
[67] زياد محمد بشاشة ، المرجع السابق ، 270 .

تعد فكرة الأداء المميز فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود و تحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني و الأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام في العقد مكان الوفاء به أو تقديمه و لما كان ذلك الأداء أو الإلتزام ليس سواء في العقود فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدا ، و قد ظهرت هذه الفكرة أولا في الفقه و القضاء السويسري و كان طبيعيا أن تقنن في بلد إبداعها و بالفعل جاءت المادة 17 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الجديدة ناصة على ""يسري على العقد عند غياب اختيار القانون ، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا.[68] و تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز ....."" و كما نص عليها ن و تحث تأثير الفقه السويسري ، وكذالك نصت اتفاقية روما لعام 1980 في نص المادة 4 الفقرة 2 "" بقولها أنه عند انعدام الإختيار الصريح يسري على العقد قانون البلد الذي به أكثر الروابط وثوقا و تعتبر تلك الروابط موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية وقت إبرام العقد للطرف الذي يجب ان يقدم الأداء المميز """[69] .

كما ذهبت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية بشأن منازعة بين منازل سابقة التجهيز بين بائع من تكساس و إحدى الوزارات السورية إلى إختيار قانون ولاية تكساس ، ذلك أن الأداء المميز الأساسي للعقد يتمثل في بيع مواد تتصنف أساسا بكونها أمريكية عن طريق شركة ولاية تكساس بموجب التسليم سيف إنطلاقا من ميناء تكساس و الوفاء في الولايات المتحدة الأمريكية .[70]

و لقد إجتدبت فكرة الأداء المميز تأييد العديد من الفقهاء و هي تلتقي في بعض النقاط مع نظرية التوطين أو التركيز ، على أن لحظة تقدير أو وزن الأداء المميز هي وقت إبرام العقد عادة و تصور

---

[68] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، ص 201 .

[69] انظر نص المادة 4 الفقرة 2 من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة سنة 1980 من الموقع الالكتروني: http//www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

[70] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ،ص 260 .

الأطراف لها في ذلك الوقت و لا يلزم التنفيذ المادي أو الفعلي للأداء فذلك يأتي في مرحلة لاحقة و هنا تفترق فكرة الأداء المميز من نظرية التوطين و التركيز التي يميل أنصارها إلى محل التنفيذ .

و هكذا تقوم الأداء المميز في العقد تحليل موضوعي بحث للطبيعة الذاتية للعقد وصولا إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه حتى يمكن للقاضي في ضوء ذلك اسندا الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين باللإلتزام عند التعاقد أو مركز إرادته فيما لو كان الشخص إعتباريا بوصفه الحل المفترض لتنفيذ هذا الأداء ، غير أنه و إن كان معيار النظام القانوني السائد في موطن المدين بالأداء المميز هو الذي يكشف وفقا للنظرية محل الدراسة عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية و هو ما يسهل على القاضي مهمته عند التركيز الموضوعي الرابطة و يحقق الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون فإنه يتبن أن ظروف التعاقد و ملاباساته تشير إلى وجود قانون أخر أوثق صلة بالرابطة العقدية و هو ما قد ينهار معه أساس الإفتراض بأن محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة بمعنى أن هذه النظرية تجيز للقاضي أن يخرج على هذا الإسناد المسبق القائم على فكرة محل الأداء المميز فيما لو تبين لهذا القاضي ظروف التعاقد و ملابساته أن هناك قانونيا أخر أكثر إرتباطا بالعقد بإعتباره النظام الذي تؤدي فيه الرابطة العقدية في إطاره وظيفتها الاقتصادية و الاجتماعية.[71]

و هكذا إذا تبين للقاضي أن محل الأداء المميز لا يعبر عن أوثق صلة بالعقد جاز له ألا يعتد به كأساس لإسناد الرابطة العقدية و هو ما يستلزم الرجوع في هذا الفرض الاستثنائي للقانون الذي هو أكثر صلة بالعقد.[72]

[71] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ،ص 211 .

[72] هناك العديد من التشريعات التي أعتدت بنظرية الأداء المميز ، إلا أنها حرصت على إحترام توقعات الافراد ، و من بين التشريعات القانون الألماني في نص المادة 28 الفقرة 1 و القانون التركي لعام 1982 في نص المادة 24 و القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 نص المادة 29 .

و الواقع أن مثل هذه العقود الاستثنائية للمعيار العام لإسناد العقود للقانون الأوثق صلة يستلزمها إعتبارات المرونة المتطلبة في الإسناد إزاء تنوع الروابط العقدية و تعدد صورها في الواقع العملي على نحو يستحيل معه أحيانا مواجهتها بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته ، و في تقدير هذه النظرية لكونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة من غير أن تؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأفراد لكون الاختلاف الإسناد لا يرتد إلى تنوع ظروف التعاقد و ملاباساته في كل حالة على حدة و إنما إلى طبيعة الرابطة العقدية و محل الأداء المميز فيها و الأمر الذي يمكن المتعاملين من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على مثل العقد المزمع إبرامه .

و يضاف إلى ما تقدم أن نظرية الأداء المميز تكتسب طابعا موضوعيا خالصا لكونها لا تلقي بالا لأي عناصر واقعية خارجية عن طبيعة العقد و ذاتيته فهي لم تعتد في تركيز الرابطة العقدية بظروف التعاقد و ملاباسته في كل حالة على حدة و هو ما قد يختلط بالبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون أو ذاك القانون فيلقي على التركيز الموضوعي في هذه الحالة طابعا شخصيا و إنما من المستحسن أن تلقي الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية و الأداء الجوهري فيها بصرف النظر عن ظروف التعاقد الواقعية و التي قد تختلف من حالة إلى أخرى . [73]

و خلاصة ما تقدم إن نظرية الأداء المميز بما تحققه من الأمان القانوني للمتعاقدين و ما تمتاز به من وضوح و التحديد و لما تتسم به من مرونة في الإسناد يمكن من خلالها أن يخالف القانون الواجب التطبيق بحسب الطبيعة العقدية محل النزاع ،[74] حيث يتم التركيز الموضوعي وفقا لهذه النظرية على أساس الطبيعة الذاتية للعقد بغض النظر عن إرادة المتعاقدين كما قد تشير إليها ظروف التعاقد فإنها تحتل مركزا وسطا بين الإسناد الجامد و الرابطة العقدية و هو الإسناد و إن كان يتميز بالوضوح

[73] حبار محمد ، المدخل الى دراسة القانون الدولي الخاص ، مطبوعات جامعة وهران ، الجزائر ، 2000 ، ص 99 .
[74] عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2004 ،ص 59 .

و التحديد ألا أنه يفتقد للمرونة التي يتطلبها إختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة من ناحية و بين الإسناد المرن من خلال التركيز الموضوعي بناء على ظروف التعاقد .[75]

و بناء على ما سبق فيرى الباحث انه من المستحسن و لو أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية في حالة سكوت أطراف التعاقد عن إختيار القانون و ذلك لمزايا عديدة التي تتسم بها هذه النظرية و التي أهمها مراعاة للطبيعة القانونية و الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود .

المطلب الثاني :المشكلات القانونية التي يثيرها تعيين قانون الإرادة

من الناحية الفنية إذا كان للمتعاقدين حق إختيار القانون العقد فمتى يكون هذا الاختيار و ممارسة حقهم وهل يكون قبل إبرام العقد الدولي أو وقت نشوء المنازعة . فلذا كانت دراستنا في هذا المطلب مقسمة إلى فرعين ، الفرع الأول سنتناول فيه النطاق الزمني لاختيار قانون العقد أما في الفرع الثاني بعنوان الفرع الثاني قانون الإرادة و تجزئة العقد الدولي

الفرع الأول : النطاق الزمني لاختيار قانون العقد

يتم تحديد قانون العقد أساسا من قبل المتعاقدين فهم المخاطبون بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية و لا تثور الصعوبة في حالة تحديد القاضي لقانون العقد فالوقت الذي يحدد فيه القاضي قانون العقد هو وقت طرح النزاع عليه لأن دور القاضي عموما يبدأ برفع النزاع عليه.

[75] عوض الله شيبة الحمد السيد ، المرجع السابق ، ص540.

و كلامنا عن القاضي هنا ينصرف إلى قاضي الدولة و إلى قاضي التحكيم أو المحكم عموما، أما عندما يناط تحديد القانون العقد بالمتعاقدين أنفسهم خصوصا في حالة إرادتهم الصريحة فإن إختيار قانون العقد يكون عادة عند تحرير العقد حيث يتم تضمين البنود العقد بندا يحدد فيه القانون الواجب التطبيق وعلى أن هذا لا يمنع من إمكان تحديد الأطراف لقانون العقد بعد إبرامه في إتفاق مستقل عن العقد مكتوب أو شفوي و حتى أمام المحكمة المختصة و قبيل الفصل في النزاع ،[76] و هذا ما يقتضيه التسيير على المتعاقدين و تحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة .[77]

و على هذا نصت بعض القوانين المقارنة ، فالقانون الدولي الخاص المجري نص على أنه """ يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف وقت إبرام العقد أو بعده "" ومنا نص القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أنه إختيار القانون يمكن إجراؤه .... أ وقت كان ..."""" و كما أن إتفاقية روما لعام 1980 ، المشار إليها سابقا تفيد إمكانية تحديد أو إختيار القانون وقت أبرام العقد أو بعده .[78] و هو أمر مقبول في الفقه على وجه عام أما فيما يخص تعديل المتعاقدين على إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء عند إبرامه أو بعد ذلك فهل يكون بإمكانهم تعديل ذلك الاختيار و جعل الاختصاص إلى قانون أخر ؟

للجواب على التساؤل السابق الذكر من الناحية الفنية يبدو أن هناك مانعا من الاعتراف للمتعاقدين بحق تغيير إختيار قانون العقد و إجراء إختيار جديد فقد يتبين أن القانون الأول الذي إختاره لا يتماشى مع إقتصاديات العقد و الطبيعة الخاصة لموضوع التعامل و تبدو أحكامه متخلفة ، بالمقارنة بأحكام القانون الذي يريدان تعديل الإختيار إليه و كما قد تبين لهما أن القانون المختار لا يرتبط بوثوق

[76] عيلوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ،ح1 ، دار هومة ، الجزائر ،2007، ص 324 .
[77] صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، 131 .
[78] أنظر نص المادة 3 الفقرة 2 من اتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على الرابط :
http//www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

بعقدهم الذي سينفد في دولة ستفرض عليه لزاما قانونها بحيث يكون الملائم تقرير الاختصاص لذلك القانون .[79]

و إذا كان بعض الفقهاء يعارض فكرة تعديل إختيار قانون العقد و على أساس أنه بمجرد التحديد أو الإختيار الأول لقانون العقد ينتهي دور التنازع في مجال العقود و تمكين الأطراف من تعديل التحديد أو الإختيار و يعني نشأة تنازع القوانين مرة أخرى و إعادة إعمال قاعدة التنازع مرة ثانية إلا أن القانون الوضعي يعترف بتلك الفكرة ، فالقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 **ينص صراحة "" على لأنه يجوز للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا ...""** كما نص في هذا الخصوص القانون الدولي الخاص السويسري "" على أن اختيار القانون يمكن إجراءه أو تعديله في أي وقت ، و إذا كلن لاحقا على إبرام العقد فيرتد أثره إلى لحظة إبرام العقد .[80]

و مهما يكن من أمر و فإنه يرى الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة أنه إذا كنا نقبل فكرة الإختيار فإنه مع ذلك لا يجب أن يضر ذلك بحقوق الغير الذين بنو توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه و كما ينبغي أن يؤدي ذلك إلى التأتير على سلامة و صحة العقد الدولي .

الفرع الثاني : قانون الإرادة و تجزئة العقد الدولي

إذا كان للأطراف في العقود الدولية الاختيار الصريح لقانون عقدهم عند إبرامه و لهم كذالك حق تعديل إختيار القانون استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة فإن التساؤل يثور حول حرية الأطراف في ممارسة حقهم التعاقدي من خلال تجزئة العقد الدولي ؟

[79] محمود محمد الياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ،ص 125 .

[80] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 179 .

لقد ظهرت في هذا الخصوص أراء فقهية ، فهناك اتجاه ذهب إلى إلزامية الحفاظ على وحدة العقد و إخضاعه إلى قانون واحد و مستند ذالك أن تقطيع أوصال العملية التعاقدية و إخضاع كل جانب منها لقانون مختلف مما يخل التوازن العقدي ، و الاستقرار اللازم للعلاقة التعاقدية و تجنيبها أسباب البطلان التي قد يقررها أحد القوانين الواجبة التطبيق ، و أضف إلى ذلك أن العقد هو وحدة اقتصادية و ليس شتاتا من عناصر و إلتزامات ، و تجزئته لا يشوه فقط تلك الوحدة بل تؤدي أيضا إلى النيل من فعالية العقد كمخلوق قانوني منشئ لقواعد قانونية فردية.[81]

و يبدو أن بعض القوانين المقارنة تدعم هذا الاتجاه كالقانون الدولي الخاص الإسباني الذي نص على أن"" القانون الذي يحكم الالتزام يحكم أيضا شروط تنفيده و نتائج عدم التنفيد و كذلك انتقاضه""" و لقد نص القانون الدولي الخاص المجري على "" أن يسري قانون العقد على مجموع عناصر رابطة الالتزام وخصوصا على إبرامه و صحته من الناحية الموضوعية ،[82] و شكل العقد و أثاره المتعلقة بقانون الإلتزامات كما يسري ما لم توجد اتفاق مخالف للأطراف و ما لم يوجد نص مخالف في هذا القانون . والبادئ أن المشرع الجزائري يميل إلى ذالك و يتضح لنا من خلال نص المادة 18 من التقنين المدني و لقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تعليقا على نص المادة 42 من المشروع التي أصبحت المادة 19 من القانون و لذلك توخي المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام و استقرارا في نطاق التشريع .[83]

و بعد قراءتنا للقوانين المقارنة و موقف التشريع الوطني ، ففي الواقع العملي يفرض علينا تجزئة العقد فهناك استحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من قانون ، فالتجزئة أو التوزيع مفروض و يمكن أن نميز بين نوعين منه :

---

[81] عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 231 .

[82] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، مصر ، 1998، ص 468 .

[83] عيلوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص 350 . و 351 .

1. **التجزئة الأفقية و فيها نجد أن الغالب إن لم يكن كل النظم القانونية تعترف بما يلي :**

الأهلية القانونية و تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين و شكل العقد الدولي يخضع لقانون محل إبرامه للقوانين البديلة و الأثر العيني و نقل الملكية محل التعاقد يخضع إلى قانون موقع المال ، و إجراءات التنفيذ تخضع لقانون محل او لقانون القاضي على حسب الأحوال .[84]

2. **التجزئة الرأسية** : و فيها نجد أن العقد يخضع بالإضافة إلى قانون الإرادة فقد يخضع إلى الكثير من القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يسمى بقوانين البوليس العقدي ،[85] و ذالك سواء في مرحلة إبرامه او في شأن أثاره و نطاق الحقوق و الإلتزامات الناشئة عنه أو عند تنفيذه و لا يقتصر الأمر على قواعد قانون القاضي ذلك النوع على قواعد الأجنبية التي يكون على العقد صلة بها ، و هذا النوع من القواعد بدأ يتزايد عدده مع تعاظم دور الدولة و سياستها التدخلية في مختلف المجالات ، و تعترف الأعمال التشريعية الاتفاقية بذالك و يكفي أن نذكر في هذا الخصوص إتفاقية روما لسنة 1980 التي أشرنا إليها سابقا و التي جاء في نص المادة 7 الفقرة الأولى "" عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى الاتفاقية الحالية يمكن أن يعطي أثرا للنصوص القانونية الآمرة في قانون بلد أخر تحتفظ الرابطة الوثيقة ، و إذا كانت هذه النصوص وفقا لقانون هذا البلد الأخير الواجبة التطبيق أيا كان القانون الذي يحكم العقد و لتقرير ما إذا كان يجب إعطاء أثر لهذا النص الأمر و يؤخذ في الاعتبار طبيعتها و موضوعها و أيضا النتائج التي تترتب عليه او على تطبيقها أو عدم تطبيقها .[86]

و مبدآ التجزئة في العقد الدولي يعترف به إتجاه كبير من الفقه المقارن الحديث ، بل قننته بعض الأعمال التشريعية من ذلك القانون الدولي الخاص الألماني في نص المادة 28 فقرة 1 على مايلي "" انه يسري على العقد القانون الذي إختاره الأطراف و بمقتضى هذا الاختيار

[84] أحمد صادق القشيري ، نطاق و طبيعة القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، السنة 10 ، عدد 1 ، ص 128 .
[85] محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة و قواعد ذات التطبيق الضروري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 41 .
[86] منير عبد المجيد، المرجع السابق ، ص 177 و 178 .

يستطيع الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم "" و كما نصت اتفاقية روما لعام 1980 في نص المادة 3 الفقرة الأولى انه عند انعدام اختبار المتعاقدين لقانون العقد ، فيسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بأكثر الروابط وثوقا .[87]

و مع ذلك إذا كان جزء من العقد قابل للانفصال عن باقي العقد و يرتبط بوثوق ببلد أخر فيجوز بصفة إستثنائية تطبيق قانون تلك البلد على هذا الجزء من العقد ، و مهما يكن من أمر فانه إن توافرت الدولية للعقد و اخذ في الاعتبار استحالة تفادي التجزئة فان للأطراف حق الاختيار و حق التعيين و حق التجزئة في العقود الدولية مهما كانت ملابسات التعاقد .[88]

و خلاصة القول في دراستنا في هذا الفصل أن القول بأن إرادة المتعاقدين قد أولاها المشرعون في كل الدول اهتماما كبيرا إيمانا منهم بأن الحرية التعاقدية سواء في تكوين العقد أو في تحديد نظامه القانوني تكون فقط في خدمة مصالح المتعاقدين ، بل كذلك في خدمة مصالح المبادلات و عمليات التجارة الدولية عموما .

و لكن أن تلك الثقة في إرادة الأطراف العقد الدولي قد استدارت لتضع مبدأ قانون الإرادة في أزمة كبيرة و مشكلات قانونية و التي ستكون محل دراستنا في الفصل الثاني .

---

[87] انظر اتفاقية روما على الرابط : l http//www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.htm

[88] احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المرجع السابق ، ص 792 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : الإشكالات الناتجة عن تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

لم تنشأ أزمة قانون الإرادة من فراغ و إنما هناك عدة أدوات قانونية ساعدت على ذلك و الغريب في الأمر أن تلك الأدوات هي ذاتها استعملت من قبل في إخضاع العقود التجارة الدولية للقانون أو التحقيق

الفعلي لذلك الخضوع وهذا بفعل التطور الفكر القانوني في خصوص الدور الفني المنوط بكل أداة. فإن الأداة الأولى و المتمثلة في الغلو في فهم دور إرادة الأطراف في العقد الدولي **و** استنادا إلى أن الأمر يتعلق بالمصالح الخاصة للمتعاقدين والتي يجب على القانون أن يقف بعيدا عنها ، و يبدو رغم هجر ذلك المذهب على أثر انتشار الإيديولوجيات الاجتماعية والاشتراكية أن المتعاملين في ميدان التجارة الدولية يعملون على بعث تلك الأفكار في مجال القانون الدولي الخاص ، فهم يحاولون إذا دعتهم الحاجة الاحتكام إلى قانون طني معين بموجب قاعدة الإسناد ، استنادا إلى مبدأ الحرية و سلطان الإرادة ويمارسون بعض السلطات عليه على نحو يخلع عنه صفته كقانون و يحولونه إلى مجرد شرط تعاقدي لا سلطة له على الأطراف. أما الأداة الثانية و هي تخلف منهج قاعد الإسناد و أضحت غير قادرة على مجابهة الأساليب الحديثة للتجارة الدولية ووثباتها السريعة ، و حتى على فرض ملاحقتها لتلك الأساليب فهي تقوم على منهج تقليدي من حيث أساسه و من حيث نتيجته ، و قد يؤدي إلى إعمال قواعد قانون دولة معينة و تطبيقها على الروابط الدولية و تلك القواعد لا تستطيع حل مشكلات الناجمة عن عقود التجارة الدولية المتطورة نوعا و كما و هذا ما يدعو إلى اجتناب هذا المنهج و إخراج العقود الدولية من نطاق سريانه .

فلذا ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة إلى مبحثين ، المبحث الأول سنتناول فيه المنهج الاسنادي و خصوصية قانون الإرادة أما المبحث الثاني المتضمن اندماج قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

المبحث الأول : المنهج الاسنادي و خصوصية قانون الإرادة

يحل تنازع القوانين في العقود الدولية عن طريق قاعدة الإسناد و هذه الأخيرة تحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط إسناد يقوم أساسا على إرادة المتعاقدين و هو ضابط معنوي و مجرد و هنا يكمن

الداء ، فالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي التجاري يتم تحديده بطريقة مجردة دون الاهتمام بمضمون أحكامه و مدى ملائمة أحكامه للعقد و أن أصل هذا القانون هو القانون الداخلي لدولة ما و الموضوع بصفة أساسية لتنظيم العقود الدولية و الاتفاقات الوطنية البحتة أي الخالة من العنصر الأجنبي وهذا يجعل عدم الملائمة المشار إليها احتمالا محقق الوقوع ، و هنا بدأت تظهر أعراض أزمة قاعدة الإسناد و تمثل ذلك في مظهرين : التحول الوظيفي لإرادة الأطراف كضابط إسناد في المطلب الأول ، و الابتعاد عن استخدام قانون الإرادة لحكم العقود الدولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول : التحول الوظيفي لإرادة الأطراف

في محاولة لعلاج مثالب قاعدة الإسناد في مجال العقود الدولية التجارية ، اتجه بعض الفقهاء إلى القول بعدم هجر قاعدة الإسناد كمنهج بل العمل على إصلاحها باستخدام مركباتها و عناصرها خصوصا كضابط إسناد فيها ، و هو إرادة المتعاقدين ، فلذا ارتأينا في هذا المطلب تقسيمه إلى فرعين، الفرع الأول المعنون بإرادة الأطراف مجرد ضابط للإسناد أما الفرع الثاني و المتضمن إرادة الأطراف أداة لاستكمال الشكل التعاقدي .

الفرع الأول : إرادة الأطراف مجرد ضابط للإسناد

يعتبر ضابط الإسناد في العقود الدولية من الضوابط المعنوية غير المادية و هو في ذات الوقت ضابطا قانونيا ، و يتدخل المشرع ليحدد مفهومه و الآثار المترتبة عليه ،[89] و هذا هو ضابط إرادة المتعاقدين و هذه الصفة لضابط إرادة الأطراف يجعل التساؤل يثور حول المراد به و مدى صلاحيته لتحديد القانون الواجب التطبيق ، و لقد ذهب اتجاه فريق من الفقه على أساس أن الدور الحقيقي لإرادة الأطراف هو تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي ،[90] قد تحول في تعريفه و ذلك استجابته لتغير معطيات البيئة المعاصرة للأوضاع القانونية التي تسود معاملات التجارة الدولية ،[91] و إن كانت قاعدة الإسناد على أساس الضابط الإسناد و يتم بها تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإنها لا تفعل سوى الإسناد و كما يدل ذلك على تسميتها و الإسناد يعني الاعتماد على القانون الذي إختاره الأطراف .

في حين يرى فريق من الفقه أن اعتماد العقد على القانون يجب أن لا يكون مطلقا و أن يفهم على أنه خضوع الأول للثاني و إنما له معنى سلبيا و حسب فالعقد يجب احترامه و إلزام أطرافه بما ورد فيه استنادا إلى قوته الذاتية الملزمة و كل ذلك بشرط عدم معارضته للنظام العام في دولة القاضي المختص بالنظر المنازعة في شان العقد.

و إذا كان القضاء قد أكد في أحكامه الشهيرة ""أن كل عقد دولي يستند بالضرورة إلى قانون دولة معينة فإن تأكيده كان واضحا فهو يتكلم عن العقد الدولي المسند فقط ، و هذا الفهم يجب اعتماده ليس وحسب في القضاء الفرنسي بل أيضا لدى كل القوانين الوضعية التي تؤسس القيمة القانونية للعقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة .[92]

---

[89] محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص 252 .
[90] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 275 .
[91] أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 ، ص 36 و37 .
[92] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع نفسه ، ص 276 .

و لقد ظهر فقه أخر في هذا الخصوص نادى بإبعاد العقود الدولية عن القوانين الوطنية و على أساس أن الواقع العملي يظهر أن التجارة الدولية تكون بحاجة كبيرة إلى حرية كبيرة و استبعادها الحتمي للخضوع إلى القوانين الوطنية و يعني ذلك إعطاء الحرية الكاملة للمتعاقدين ، و يضيف البعض في هذا المعنى قوله بأن التجارة الدولية لا تعرف أحسن الشروط لنموها إلا عندما لا تتحمل أية قيود أو إختلاف في التشريعات لأن هذه الأخيرة تظهر بعض المشاكل في شأن أثار الاتفاق المبرم في الزمان و المكان و بمعنى أخر إذا تم وضع العقد في مأمن من آثار القانون .[93]

وإن هذا التحول في فهم ضابط إرادة الأطراف يقود في نهاية المطاف إلى تحرير العقد الدولي من الخضوع لقانون وطني معين .

و هذا ما يجعل أصحاب هذا الاتجاه محل مناقشة ، فهم من جهة يعترفون صراحة بأن الأطراف في العقد الدولي يستطيعون جيدا تصور عقد من غير قانون و رجال القانون في مجال المشروعات سيقولون أن همهم الوحيد هو الإفلات من القانون ، و الحال كذلك فإن التساؤل يثور حول السند القانوني لتحديد حقوق و التزامات الأطراف في العقد الدولي و على أن أنصار هذا الرأي الذي نعرضه لا يعدمون الإجابة.

حيث يرددون بأن المفاوضون في العقود يؤكدون صراحة بأن قانون العقد في نظرهم هو العقد ذاته كما هو في مختلف شروطه و أحكامه ، إلا أن أصحاب هذا الرأي لاقو نقدا شديدا على أساس أن قانون الإرادة و كما وضحنا في السابق و منذ فقه العلامة ""سافيني "" حرص على إبراز أن المراد ليس هو مجرد الاختيار الإرادي و الإسناد إلى قانون معين بل هو الخضوع الإرادي للقانون و هذا مايؤكده الفقه

[93] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 277 .

الحديث و يقرر أن فكرة الخضوع الإرادي للقانون هي فكرة عامة ،[94] صالحة فقط في المجال التعاقدي كما يقول ""فيور "" فإنه لما كان العقد لايمكن توطينه في المكان أضحى من الضروري أن يتم تحديد القانون الذي يحكمه استنادا إلى الخضوع الحر للأطراف .

و تلك الانتقادات تصلح أيضا بشأن الوجه الأخر للتحول الوظيفي لإرادة الأطراف و هذا ما نوضحه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني : إرادة الأطراف مجرد أداة لاستكمال الشكل التعاقدي

يرى بعض من الفقهاء و رجال القانون أن كل العقود الدولية بخصوص الشركات و العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص الغاية منها هو الإفلات من القانون و يذكر البعض أن غالب العقود الدولية تبرم خالية من شرط الاختصاص التشريعي أي من تحديد القانون الذي يحكم تلك العقود .[95]

و يبدو أنه إذا استجاب القائمون على تحرير العقود الدولية إلى التحذير الأتي : "" **أن من الخطورة بمكان بالنسبة إلى رجل قانون المشروعات ألا يشترط العقد القانون الواجب التطبيق عليه لأنه سيجد نفسه في ضباب مجهول** "" .[96]

و على هذا الأساس فإن فكرة تحرير العقود من سلطان القانون قد لا تغيب مع ذلك عن مذهبهم وباستقراء الواقع العملي للعقود الدولية يبصر بأن الأطراف لا يدرجون في عقودهم الشرط المتعلق بالاختصاص التشريعي إلا من اجل واجب تعاقدي و هو بالضرورة استكمال إجراء شكلي و ملئ الفراغ أو البند الخاص بالاختصاص التشريعي، ويشير البعض إلى أن تحديد الأطراف لقانون معين

---

[94] غالب الهداوي ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، ط2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ،1997 ، ص 239 .

[95] سعد الدين أحمد ، المرجع السابق ، ص 43و 44 .

[96] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 283 .

و تضمينه أحد البنود هو مجرد عادة متعارف عليها في الأوساط المهنية بالصياغة القانونية للتجارة الدولية دون أن يعكس هذا اهتماما أو هما و إن صح التعبير و يشغل بال الأطراف في العقد الدولي بحيث يتم التفكير فيه و يختاره الأطراف عن علم و يقين بضرورته ، فالملاحظ أن هؤلاء رغم تراضيهم على وضع شرط يحدد القانون المختص لا يعطون اهتماما يذكر لسبب اختيار ذلك القانون دون غيره[97] .

و إذا كان الأطراف يختارون قانونا معينا في عقدهم عند تعاقدهم ، فذلك فقط كخط دفاع أخير إذا لم تسعف نصوص و أحكام العقد في تقديم إجابة للنزاع الناشئ بين الأطراف أو كما يشبه البعض بقوله أن هؤلاء عندما يختارون القانون الواجب التطبيق على عقدهم فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل و ما يحتويه من أخطار محتملة و كل ذلك و عندهم الأمل الكبير في ألا تتحقق تلك المخاطر فالمتعاقدون يرغبون في التنفيد السلمي للالتزامات المتبادلة و مع ذلك فهم يعدون مقدما القواعد القانونية التي ستساعدهم على حل المشكلات التي ستثور من منازعات حول عقدهم.

و على أن التحليل لا يخلو في رأي الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة من النقد ورغم استناده إلى الواقع العملي، و على أساس أن فكرة إرادة الأطراف أجراء شكلي و أن غالب العقود الدولية لا تتضمن شرط الاختصاص التشريعي.

و ليس صحيحا أن غالب العقود تخلو من هذا الشرط ، و لعل أبلغ دليل أن العقود الدولية النمطية و الشروط العامة التي وضعتها بعض الهيئات العلمية ذات الطابع الدولي لم تنس شرط القانون الواجب التطبيق و كذالك الاتفاقات الدولية و من بينها اتفاقية روما سنة 1980 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و كل هذا بالرغم من أن غياب هذا الشرط لا تكون له اية خطورة

[97] سعد الدين أمحمد ، المرجع السابق ،ص ، 54 .

و خصوصا أن تلك العقود النموذجية تحتوي على التفصيلات و الدقائق و هذا ما يجعلها تتمتع بنوع من الكفاية الذاتية بحيث أن الرجوع إلى نصوصها و أحكامها كفيل لحل النزاعات التي ستنشأ بمناسبتها .[98]

و لكن الأمر بالنسبة للطابع الملزم لقاعدة الإسناد يتطلب عمليا تحديد قانون العقد ، و الإدعاء بأن المراد بشرط الاختصاص التشريعي ليست له حاجة عملية بل تمليه العادة التعاقدية فالواقع أن قاعدة الإسناد تلزم الأطراف القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي التجاري ، لأنه في حالة المنازعة تكون الحاجة إلى القانون الذي تتأسس عليه الصفة القانونية للالتزامات التعاقدية ، و إن تضمين العقد الدولي شرط الاختصاص التشريعي و بناء على قول الأستاذ ""نيبوابيه "" و يقول لماذا لا ندرج شرطا يقوم فيه الأطراف بتحديد القانون الذي يقصدونه ... أن الواقع العملي غالبا ما يهمل الأطراف هذا البند.[99]

المطلب الثاني : الابتعاد عن استخدام قانون الإرادة لحكم العقود الدولية

لم تعد قاعدة الإسناد ، المنهج ذي الاختصاص الاستشاري بتنظيم العلاقات التي تتم بين الأفراد عبر الحدود فالفقه يؤكد بأن قاعدة الإسناد ليست إلا طريقة من بين الطرق في تنظيم الروابط ذات العنصر الأجنبي و هذا القول لم يكن صحيحا إلى حد ما ، و لما كان منهج قاعدة الإسناد يتربع عرش ذلك التنظيم ، ألا أنه قد تراجع و تقلص دوره و ذلك لأسباب تعود إلى جوهر ذلك المنهج و بعضها الأخر يعود إلى عوامل أخرى . فستكون دراستنا في هذا المطلب مقسمة إلى فرعين ، الفرع الأول نتناول فيه مشكلات استخدام قانون الإرادة في حكم العقود الدولية أما في الفرع الثاني بعنوان القواعد ذات التطبيق الضروري .

[98] للمزيد أنظر نص المادة 3 و 4 من إتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية و التي دخلت حيز النفاذ في عام 1991 و الجزائر لم تصادق عليها

[99] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع نفسه ، ص 287

الفرع الأول : مشكلات استخدام قانون الإرادة في حكم العقود الدولية .

يمكننا التعرف على المشكلات القانونية و ذلك من خلال دراستنا في هذا الفرع تركيبة قاعدة الإسناد في البند الأول ومثالب قاعدة الإسناد في البند الثاني و صعوبة إعمال تلك القاعدة في البند الثالث

أولا : تركيبة قاعدة الإسناد

تتركب قاعدة الإسناد من الناحية الخارجية من ثلاثة أركان : ضابط الإسناد و موضوع الإسناد و القانون المسند إليه ،[100] و كما أن قاعدة الإسناد كغيرها من القواعد القانونية تكون من الناحية الداخلية من عنصريين : عنصر الفرض و عنصر الحكم أو الأثر القانوني ،[101] و الفرض عبارة عن شروط انطباق القاعدة و متى توافرت تلك الشروط تعين إعمال الحكم الوارد في القاعدة ،[102] و الحكم الوارد في القاعدة والحكم هو الحل أو الأمر الذي يقرره القانون عند توافر الشروط و الظروف المحددة في الفرض.[103]

فالقاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين الفرض و الحكم بحيث إذا توفرت الشروط في الفرض وجب إعمال الحكم ، و كذلك الطابع المجرد لقاعدة الإسناد و على أساس أن تفاعل أحد العناصر الخارجية وهو ضابط الإسناد مع أحد العناصر الداخلية و هو الأثر القانوني أو الحكم ،[104] يفضي إلى قاعدة هامة وهي أنهما يجعلان من قاعدة الإسناد قاعدة مجردة و صفة التجريد في قاعدة الإسناد تعني أن تلك القاعدة لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي فهي تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي و أحد القوانين الواجبة

---

[100] محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص 429 .
[101] أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 ، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، 2000 ، ص 67 .
[102] عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 22 .
[103] فؤاد رياض و سامية راشد ، المرجع السابق ، ص101
[104] كرام محمد الأخضر ، محاضرات في تنازع القوانين ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2014،2015 .

التطبيق فهي تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في تلك العلاقة.[105]

و بعبارة أخرى نقول أن الأثر القانوني أو الحكم في قاعدة الإسناد يتمثل في إعطاء الاختصاص لقانون دولة معينة بالنظر إلى اعتبارات لا تقوم في الواقع على مقارنة مسبقة بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة و هي مقارنة مسبقة بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة و هي مقارنة تبدو في ظل البناء التقليدي لقاعدة الإسناد صعبة أن لم تكن مستحيلة ،[106] بالنظر إلى عدم معرفة القاضي الوطني أو توقعه للقوانين المتزاحمة التي يمكن أن تتزاحم بشأن قانونية معينة .[107]

و إن التأمل في حياد قاعدة الإسناد تبدو لها عدة مظاهر من عدة نواح ، فمن الناحية الأولى حياد علاقة قاعدة الإسناد بكافة القوانين التي تتزاحم على حكم علاقة محل للنزاع المطروح التي تقدر أنه أكثر ملائمة و مناسبة دون النظر إلى المضمون الموضوعي لأحكامه ،[108] و يتم تقدير تلك الملائمة بالنظر إلى عناصر خارجة فقط ، و قوامها وزن الصلة بين العلاقة و القوانين المتنازعة بحيث يكون الاختصاص للقانون الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقا و جدية ، و من الناحية الثانية أنه حياد في علاقة قاعدة الإسناد بنظام قانوني في مجموعة تحدد أو تعطي الاختصاص التشريعي للنظام القانوني لدولة معينة أن تحدد قاعدة موضوعية معينة في ذلك النظام ليحكم المسألة المعروضة ، فكأن الحياد في قاعدة الإسناد مقتضاه اعتماد فكرة الإسناد الإجمالي إلى النظام القانوني وهي فكرة أشار إليها الفقه الحديث

---

[105] صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ،ص 41 .

[106] أحمد محمد الهواري ، إستثناءات تقويم الإسناد ، دراسة تحليلية في ضوء التشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ، 1995 ، ص 99و 100 .

[107] كريم مزعل شبي الساعدي ، مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين) ، مجلة جامعة كربلاء ، المجلد الثالث ، العدد13 ،2005 ، ص 22 .

وتلك المظاهر تتضافر مع بعض العوامل الأخرى لتبرر مثالب إعمال منهج ألإسنادي في العقود الدولية على وجه خاص .[109]

ثانيا : مثالب قاعدة الإسناد

من التحليل السابق يمكن إدراك أن قاعدة الإسناد لا تخلو من بعض العيوب لتي قد تدعو إلى التفكير على الأقل في مجال العقود الدولية في تحرير هذه الأخيرة من منهجها و بعض تلك العيوب يتصل في قاعدة الإسناد و البعض الأخر يتصل بصعوبة إعمال تلك القاعدة .

1- المثالب المرتبطة بصفة الحياد

إن بخصوص صفة الحياد في قاعدة الإسناد فهي تقود إلى نتيجتين النتيجة الأولى ، و هي أن القاضي لا يكون له البحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة فطالما أن القاضي يجب عليه من حيث المبدأ أن يجهل طوال المرحلة الأولى مرحلة تحديد القانون المختص و مضمون القواعد المتنازعة فانه يكون من غير المتصور استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمضمونه و عندما يصل القاضي إلى المرحلة الثانية من حل التنازع و هي تطبيق و إعمال القانون المسند إليه ،[110] بالنظر إلى الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد و احترام القانون الذي أراده المشرع ليكون مختصا بالنزاع ، أما النتيجة الثانية و هي أن القانون الذي سيحكم النزاع هو أصلا قانون وضع ليحكم العلاقات الداخلية و بالتالي قد لا ينتسب مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي ،[111] و في هذا المعنى يقول "" باتيفول أن منهج تنازع القوانين قد أضحى زائفا لأنه يقود إلى تطبيق قواعد موضوعة أساسا لأوضاع داخلية أوضاع

[109] هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص (الجنسية ، تنازع الاختصاص القضائي ، تنازع القوانين) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 351 .

[110] عوض الله شيبة السيد ، المرجع السابق ، ص 340 .

[111] سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص وحلول النزاعات الدولية ، دار العلوم العربية ، بيروت ، لبنان ، 1994 ، ص 287 .

دولية و تلك القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية و الأمر يتعلق هنا بإنعدام القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدولية .[112]

ثالثا: صعوبة إعمال تلك القاعدة

إن قاعدة الإسناد تتجاهل عن عمد إذ نرى أن المشرع الذي وضع هذه القاعدة كان يعلم بخصوصية العلاقات الدولية فكيف نسوي مثلا بين عقد بيع دولي و أخر داخلي ، فالأول له سماته و مقتضياته الذاتية التي تختلف عن العقد الداخلي ، و يكفي أن نقول أن الأول هو أداة تبادل الثروات و ثوتيق روابط التبادل و التعاون بين الأفراد في الدول المختلفة و إن كان على النحو غير مباشر و هو ما لا نراه في العقود الداخلية وليس هناك مغالاة في القول بأن المنهج قاعدة الإسناد يعد فقط منهجا تحكيميا بيد القاضي ، و من غير المتعذر كذلك أن ندرك تجاهل هذه القاعدة و تعارضها مع الفكرة الاجتماعية لعلم القانون بوجه عام .[113]

فالقانون ظاهرة اجتماعية يوجد لحل مشكلات الحياة في المجتمع و يدلل علم الاجتماع القانوني على أن المشكلات القانونية التي توجد في أوساط الحياة الاقتصادية الدولية التي تكون ما بين الأفراد ، والإختلاف المتباين بين نوعية المشكلات لا يتفق معه نقل القواعد الموضوعية الداخلية إلى ميدان الحياة الدولية وأن خصوصية روابط و علاقات تلك الأخيرة يقتضي إيجاد حلول و قواعد تتفق و تتلائم معطياتها مع العقود التجارية الدولية[114] ، و أن خروج منهج قاعدة الإسناد عن هذه المسلمات يجعل منه منهجا فريدا و غريبا لتنظيم الروابط الدولية لأنه يفتقد الى الصفة الدولية و ليس هذا و حسب فان الإسناد ومنهجا يلاحظ عليه افتقاده للوظيفة الوقائية فهي قاعدة لا يعملها إلا القضاء و بالتالي تفتقد إلى الوظيفة الوقائية أي

---

[112] الطيب زروتي ، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الجزء 36 ، رقم 3 ، 1998 ، ص 139 .

[113] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 297 و298 .

[114] محمد إبراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، مصر 2005 ، ص 28 و29 .

الحيلولة دون وقع النزاع بين الأفراد و التي هي من خصائص قواعد القانون الموضوعي و من ناحية أخرى فان هذه القاعدة تكتسي بالتعقيد لأنها غير سهلة الإعمال حيث أن ذلك يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل الوصول إلى ما تبتغيه ، أي التعرف على القانون الواجب التطبيق من ذلك **و** تفسير قاعدة الإسناد و تكييف العلاقة و تحديد القاعدة الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي ، ناهيك بعد ذلك عن أن العلاقة القانونية التي لا يغطيها قاعدة إسناد واحدة بحيث يكون من الضروري البحث عن قوانين تحكم باقي جوانب النزاع ، فكأن تجزئة أو تقطيع المسألة المعروضة أمر وارد في خصوص قاعدة الإسناد و هو ما قد يترتب أثارا غير محمودة في مجال العقود الدولية و على نحو يبرر إخراج تلك الأخيرة من نطاق تلك القاعدة ، و قد يجعل تلك النتيجة الأخيرة أدعى إلى القبول و البحث عن الأسباب الخارجية لتحول قاعدة الإسناد ألا و هي القواعد ذات التطبيق الضروري .[115]

الفرع الثاني : القواعد ذات التطبيق الضروري

قد يبدو من الغريب أن المشرع الذي وضع قاعدة الإسناد بقصد تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي فقد وضع عدة نصوص قانونية للحد من حرية الأطراف في اختيارهم للقانون الذي يحكم عقدهم الدولي و ذلك عن طرق وضع لقواعد آمرة واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في سريانها أيا كانت طبيعتها داخلية أم دولية، [116] و لقد أدرك الفقه منذ القديم خطورة تخويل المتعاقدين حرية الاختيار قانون العقد على هذا النحو لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمامهم للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية و هو ما دعا شراح القانون إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية و الاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى .

---

[115] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 96 .

[116] محمود محمد الياقوت ، قانون الإرادة وقواعد ذات التطبيق الضروري ، دراسة تحليلية و تطبيقية دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ص 23 .

و لقد ظهر ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري ببروز مبدأ تدخل الدولة في المجال النشاط الاجتماعي و الاقتصادي للأفراد و تحقيقا للصالح العام و حماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية و قد **عرف الفقه هذه القواعد بأنها "" القواعد التي تلازم تدخل الدولة و التي ترمي الى تحقيق المصالح الحيوية و الضرورية و الاقتصادية و الاجتماعية للجماعة و التي يترتب على عدم احترامها ما تبتغيه السياسة التشريعية ، و تكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أو دولية** ""[117] ، و لا شك أن إدراك قواعد البوليس لأهدافها المرجوة على هذا النحو بوصفها قواعد تتضمن قيودا على حرية الأفراد إبرام العقود و تنفيذها يقتضي الأمر إعمالها على كافة الروابط العقدية التي تدخل في إطار سريانها بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد بمقتضى منهج تنازع القوانين .[118]

و من هذا المنطلق رغم خضوع عقود التجارة الدولية وفقا للمعنى الذي حددناه من قبل لقانون الدولة الذي اختارته إرادة الأطراف بمقتضى منهج التنازع المزدوج فان الفقه الحديث قد ذهب من ناحية أخرى إلى إخضاع هذه العقود في نفس الوقت إلى للقواعد الآمرة التي قد تضعها دولة أخرى سواء كانت دولة القاضي أو دولة أخرى أجنبية[119] ، تنفيذا لسياستها في التوجيه الاقتصادي و ذلك في حدود المسألة التي تدخل في إطار السريان المكاني لهذه القواعد الآمرة و بصرف النظر عن قانون الإرادة المختص و الذي يقتضي إعماله على هذا النحو على كافة الجوانب الرابطة العقدية عدا ما كان منها داخلا في مجال تطبيق هذه القواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري ، و إذا كان العقد الدولي يخضع على هذا النحو لقانون الإرادة وفقا لمنهج التنازع ، إلا أن خضوعه في نفس الوقت لقواعد البوليس الآمرة سواء في قانون القاضي أو غيره من القوانين الأخرى الأجنبية المرتبطة بالعلاقة العقدية لن يتأتى من خلال منهج قواعد التنازع

[117] محمد بلاق ، المرجع السابق ، ص 70 .
[118] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 774 .
[119] منير عبد المجيد ، المرجع السابق ،ص152 .

و الحال أنها لا تشير إلى القانون الذي تنتمي إليه هذه القواعد الآمرة[120] ، و لعل ذالك ما يثير التساؤل عن الوسيلة الفنية التي يستطيع القاضي بمقتضاها إعمال هذه القواعد الآمرة في القانون غير المختص و يرى الفقه الغالب أن تطبيق قواعد البوليس في هذا الفرض يتم بناء على إرادتها في الانطباق عملا بالمنهج الأحادي أو المفرد الجانب و تعد الأحادية في هذا الإطار ذات طابع جزئي لأن إعمالها قاصر على قواعد البوليس بصفة خاصة دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى الواجبة التطبيق ، و بهذه المثابة فإن التعرف على الملامح الأساسية لقواعد البوليس يقتضي منا الوقوف على المنهج الأحادي في تنازع القوانين و الذي يقوم على قواعد الإسناد المفردة[121].

و يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه في ظل غياب سلطة عليا فوق الدول تقوم بتوزيع الاختصاص التشريعي بين هده السيادات فإنه يجب أن يترك لكل مشروع تحديد نطاقه القانوني مما لا يجوز معه تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه ، و على هذا النحو تعد قاعدة الإسناد في دولة القاضي مفردة الجانب لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني و بالتالي فإذا أراد القاضي تطبيق هذا القانون على العلاقة العقدية محل النزاع فله كامل الحرية في ذلك وأما إذا رفض تطبيق هذا القانون فليس له من مهمة قاعدة الإسناد في دولة القاضي في تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق .[122]

و تجدر الإشارة أن هذه القواعد هي في حد ذاتها جالبة للاختصاص التشريعي بالنسبة إلى النظام القانوني الذي تنتمي إليه و على أساس نتيجة ارتباط مضمونها و أهدافها بمجال سريانها المكاني ، و من هنا تقتصر أهمية التفرقة بين قواعد البوليس و بين غيرها من القواعد الأخرى ذات التطبيق المباشر على الحالات التي تكون فيها هذه القواعد منتمية إلى نظام قانوني أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد الإسناد

[120] محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الآمرة ، دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم و القضاء الوطني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ، ص 63 .

[121] محمود محمد الياقوت ، قانون الإرادة و القواعد ذات التطبيق الضروري ، المرجع السابق ، ص 66 .

[122] أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 83 .

حيث لا يملك القاضي في هذا الفرض إلا إعمال قواعد بوليس دون غيرها من القواعد ذات التطبيق الضروري ، فلا يكفي عند إعمال قواعد البوليس الأجنبية أن يحدد مشرعها نطاق تطبيقها المكاني سواء كان هذا التحديد صراحة أو يمكن للقاضي استخلاصه ضمنا من القاعدة و أهدافها.

أما إذا كانت هذه القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري هي الواجبة و هي المختصة فهنا قد تثير بعض الإشكالات القانونية في كيفية إعمالها ، وعلى هذا الأساس هناك تضارب فقهي و قضائي حول تطبيقها فهناك إتجاه يرفض تطبيقها على أساس الإقليمية المطلقة أحيانا أو إلى فكرة القوانين السياسية ، و تطبيق قواعد البوليس الأجنبية ، من حيث المبدأ حتى و إن كانت منتمية إلى النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الإسناد قد يتعذر سريانها خارج إقليم الدولة التي أصدرتها و حيث يرى هذا الفقه أن المراكز الخاضعة لقواعد البوليس و القوانين العامة الأجنبية لا تثير تنازعا بين القوانين و إنما تثير مشكلة تطبيق هذه القوانين من حيث المكان .[123]

فحين هناك رأي أخر انتقد هذا الاتجاه على أساس أن مبدأ الإقليمية لا يصلح أساسا لرفض قواعد البوليس الأجنبية فالإقليمية بمفهومها الحديث لا تحول دون تطبيق قانون القاضي الوطني للقوانين الأجنبية في جميع الحالات التي يتعلق الأمر فيها بوقائع أو تصرفات كانت في الخارج أو أن العقود التجارية الدولية لها علاقة بهذه القواعد أو أن كانت حرية المتعاقدين في هذه الحالة لتطبيق هذه القواعد لتوفر لهم بعض الحماية القانونية و الأمن القانوني و المتعاقدين هم على دراية بمصالحهم الدولية و أن الإقليمية كما يقول الفقيهان **NEUMAYER** و **Niboyer** أنها تؤدي إلى عالمية الحلول و عموميتها وعلى أن هذه القاعدة ليست مضادة لتنازع القوانين .[124]

[123] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 1001 .
[124] لعجال ياسمينة ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر علاقات دولية خاصة ، في تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية جامعة قاصدي مرباح ،2015/2014 .

أما فيما يخص المشرع الجزائري فنرى ذلك من خلال نص المادة 20 من التقنين المدني الجزائري حيث أعطى المشرع بعض المرونة إلى القاضي الوطني في تطبيق قانون الأجنبي و خاصة القواعد العامة و يظهر ذلك من عبارة "" **الفعل الضار** " و لكن بشرط أن يكون هذا الفعل الضار غير مشروع في الجزائر و غير مشروع في البلد الأجنبي و هذا كذلك قد ينطبق في مجال العقود الدولية التجارية في حالة إختيار قانون الأجنبي و بالخصوص القواعد ذات التطبيق الضروري إذا كانت هي الواجبة التطبيق.[125]

و نخلص في الأخير إلى أنه رغم خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الدولة التي إختارها الأطراف بمحض إرادتهما بمقتضى منهج التنازع فقد أكد الفقه الحديث مع ذلك إلى ضرورة إخضاع هذه الأخيرة في نفس الوقت للقواعد الآمرة التي تضعها الدولة تنفيذا لسياستها الاقتصادية[126] ، و أن هذه القواعد هي ذات تطبيق ضروري قد تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي ، و يمكن للقاضي أن يكشف من خلال تحليله إلى مضمونها و إلى الهدف الذي تسعى إلى إدراكه عن مدى إرادة مشرعها في تطبيقها على النزاع المطروح ، و بالتالي قد يفضي تحليل القاضي إلى الكشف عن نطاقها المكاني و هو ما يؤدي إلى تطبيقها دون الحاجة إلى قواعد منهج التنازع .[127]

[125] أنظر نص المادة 20 من التقنين المدني الجزائري .
[126] محمد بوعشة ، التكامل التنازع في العلاقات الدولية الراهنة ، دار الرواد ، طرابلس ،ليبيا ، 1999 ، ص 09 .
[127] هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 915 .

المبحث الثاني : اندماج قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

أثبت التحليل الدقيق لأراء الفقهاء أن الأطراف في العقد الدولي يستطيعون ممارستهم لسلطتهم في إدماج القانون المختار في العقد ذاته ، و يضفون عليه الطابع التعاقدي و يجردونه من طابعه التعاقدي الملزم ، و إندماج القانون المختار في العقد يقود لدى غالب الفقهاء إلى جعل العقد طليقا من سلطان القانون و في هذا المعنى يقول الأستاذ جيراردأن فكرة الإندماج في العقد ترتكز على قابليته بدون قانون والعكس يمكن القول بأن رقض العقد بغير قانون يستتبع إدانة نظرية الإندماج، و هذا ما نبينه على التفصيل التالي في هذا المبحث فنعالج في المطلب الأول نظام الإندماج و أساسه القانوني أما في المطلب الثاني فسيتم التعرض فيه إلى الدور الاحتياطي لقانون الإرادة في العقود التجارية الدولية .

المطلب الأول : نظام الاندماج و أساسه القانوني

إن المحاولات من جانب الأطراف في عقود التجارة الدولية الرامية إلى تمييع قانون المختار لحكم العقد و الحد من إختصاصه بتنظيم العقود ، بل امتدت تلك المحاولات إلى المساس بجوهر القانون المختار من خلال الاعتراف للأطراف و خاصة من جانب أصحاب النظرية الشخصية ،و إستادا إلى مبدأ الحرية و سلطان الإرادة بالقدرة على إدماج القانون المختار في العقد الدولي التجاري. فلذا ستكون دراستنا في هذا المطلب بالتعريف بنظام الاندماج في الفرع الأول والأسس القانونية لإندماج القانون في العقد و أثاره في الفرع الثاني و موقف القضاء من فكرة الإندماج في الفرع الثالث .

الفرع الأول : التعريف بنظام الاندماج

لم يورد الفقهاء أو رجال القانون تعرفا لنظام إندماج القانون في العقد ، و لكن يمكن القول ان مقتضى فكرة الإندماج هو أن تنزل أحكام القانون المختار لحكم العقد الدولي التجاري منزلة الشروط التعاقدية

بحيث لا يكون لها إلا قوة و قيمة شروط مما يسمح للمتعاقدين بإستبعاد من قواعد أمرة في هذا القانون و بعدم الإعتداد بأية تعديلات قانونية تشريعية لاحقة على إبرام العقد و خلال فترة تنفيذه ، الأمر الذي يترتب عليه إفلات العقد الدولي من القانون .[128]

و في هذا الخصوص هناك حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر 5 ديسمبر 1910 الذي قرر أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية هو القانون الذي تبناه الأطراف .."[129]

و بهذه المثابة أصبح القانون الذي إختاره المتعاقدين وفقا لهذا الحكم جزءا من العقد الدولي لتدمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية ، و اندماج القانون المختار في العقد على هذا النحو يفترض بداهة أن تكون إرادة المتعاقدين في هذا الإختيار صريحة أو في القليل يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد ، أما لو لم تكن إرادتهم في هذا الشأن واضحة فقد يصعب تصور فكرة الإندماج إذ أن الفرض في هذه الحالة أن ينطبق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر من العلاقة العقدية .

و تجدر الإشارة أن فكرة الاندماج لم تكتشف إلا حديثا على الأقل مع ظهور التحديد الموضوعي لقانون العقد الدولي عن طريق تركيزه مكانيا على يد العميد ""**باتيفول** "" الذي أبان عن أن إعطاء الأفراد حق إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، قد يقود إلى نتائج غير مقبولة .[130]

و بالرجوع إلى كتابات الفقه في نهاية القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين ، يتبين أن فكرة الاندماج لم تغب عن فكر ذلك الفقه فقد أوضح الفقيه ""**فايس** "" أنه إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة العقدية الناشئة عن العقد فليس بإعتباره قانونا فالأطراف بإرادتهم قد جعلوه خاصا بهم بإدماجه في

---

[128] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 347 .
[129] هشم على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ،ص 131 .
[130] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ،ص 350 .

الاشتراطات التي تمت بينهم فقد غير صفته كقانون وأ صبح اتفاقا ، و أنه لا يطبق على العقد باعتباره قانونا بل يندرج فيه كشرط تعاقدي .[131]

الفرع الثاني : الإطار القانوني لفكرة الاندماج و أثاره

ستكون دراستنا في هذا الفرع حول الإطار القانوني للاندماج في البند الأول و أثار فكرة الاندماج في البند الثاني

أولا : الإطار القانوني لفكرة الاندماج

تقرر قاعدة الإسناد في العقود الدولية بوجه عام بأنه يسري على العقود الدولية القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا و قاعدة الإسناد تلك التي يحتويها قانون القاضي ، و إذا كان من المقبول أن القاضي يتخذ في فن منهج حل تنازع القوانين بمقتضى قاعدة الإسناد كمركز لتوزيع الاختصاص التشريعي بين النظم القانونية التي يتصل بها العقد الدولي ، و تحديد أيها يكون واجب التطبيق على هذا الأخير ، فلا يمكن أن نعتبره أيضا نقطة إنطلاق أو مركز لتحديد إرادة التطبيق لدى القانون الذي حددته قاعدة الإسناد ، و لما كان الشائع في منهج قاعدة الإسناد هو الخلط بين إدماج الأطراف المتعاقدة للقانون في العقد يبدو أمرا عاديا فقد لا يرغب القانون المختار في حكم العقد الدولي و مع ذلك يريد الأطراف أحكام و قواعد ذلك القانون فلا مانع من أن يدمجوها في عقدهم الدولي ، بحيث لا تسري تلك القواعد بقوة سريانها إذ هي لا ترغب في التطبيق بالقوة التي يعطيها الأفراد إياها ، فكأن الأمر يتعلق بإدماج مادي للقانون المختار في العقد و ليس بالإندماج الإسنادي أو التنازعي حيث يدرج الأطراف قواعد

[131] محمود محمد الياقوت ، حرية المتعاقدين في أختيار قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ،ص81 .

قانون دولة معينة ضمن بنود أو شروط عقدهم دون النظر لرغبتها في التطبيق و ذلك على أساس تنظيم العقد و تسري تلك القواعد بصفتها العقدية .[132]

أما فيما يخص جعل اختيار قانون العقد بيد المتعاقدين وهذا ما إتجهت إليه نظرية التركيز الموضوعي للفقيه باتيفول عند عرض نظريته في توطين أو تركيز العقد في المكان فهو يرى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا يمكن أن يكون من عمل الأطراف فيه بل هو دائما من عمل القاضي الذي يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها على نحو جدي ، و ينتج فيها غالبا أثاره وما إرادة المتعاقدين إلا قرينة على ذلك التركيز[133] ، و إذا كان القاضي هو الذي يختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، كما أشرنا سابقا ، فإن إعطاء هذا الاختصاص يقود إلى إعتبار القانون المختار كأنه شرط في العقد يستطيع الأطراف تعديله برغبتهم لكي يخرجوا في النهاية عقودهم عن كل قانون ، و يرى الفقيه باتيفول أن أنصار المذهب الشخصي في تحديد القانون للعقد عن طريق الإختيار الحر لهذا ا من قبل الأطراف يعتبرون أن ذالك الإختيار كأنه إختيار الأطراف لمضمون اتفاقاتهم و هذا القانون له صفة الاتفاق و يبدو و كأنه قد إندمج في العقد الذي يشكل فيه شرطا كأي شرط أخر و يقول باتيفول أنه لا حيلولة دون الإندماج إلا باللجوء إلى فكرة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد .[134]

ثانيا : أثار فكرة الاندماج

إن من شأن نظام الاندماج هو تجريد القانون المختار لحكم العقد من سلطانه و كأنه قد أصبح شيئا خاصا بالمتعاقدين فلا يستمد من سيادته لا سلطة تعديلهم بدون رضائهم و من بين الآثار المترتبة على فكرة الإندماج و التي سنعرضها كالأتي :

---

[132] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ،ص339 .

[133] صلاح الدين جمال ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 59

[134] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ،ص 356 .

أ : تجريد قانون العقد من سلطانه

إن قانون الإرادة و قد اندمج في العقد الدولي فانه لا يطبق عليه بوصفه قانونا و إنما بإعتبار أن نصوصه قد اندمجت في هذا العقد واعتبرت على هذا النحو في حكم شروط التعاقد و من ثم يكون حق للمتعاقدين حق استبعاد بعض أحكامه الآمرة و كذلك الاتفاق على شروط أخرى في العقد . و إن إعتبار القانون قد أدمج في العقد يحول إلى نتيجة غريبة إذ أنه من غير المقبول أن يقرر أحد شروط العقد و هو القانون المدمج بطلانه فإرادة الأطراف لا يمكن أن تناقض ذاتها ، أي القبول بإبطال القانون للعقد المختار من أجل تنظيمه مقتضاه أن المتعاقدين قد أرادوا أن يبطلوا مقدما مضمون إرادتهم او كما يقول البعض كيف لا نعتبرها حرية كاذبة تلك التي يؤدي إستعمالها إلى إهدار الهدف الذي نرغب في الوصول إليه.[135]

ب : تفادي الآثار الغير مرغوب فيها للعقد

إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يقضي بالبطلان فإن إندماج القانون في العقد من شأنه أن يحول دون ذلك لأنه من غير المعقول أن يقرر أحد شروط العقد الذي تم إندماجه فيه بطلانه و إلا ترتب على ذلك الوقوع في التناقض .

ج : التجميد الزمني لقانون العقد

يترتب على إندماج قانون الإرادة في العقد تجميدا زمنيا لهذا القانون فلا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت إبرام العقد و من ثم أية تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تدمج فيه ، و لاتعد جزءا من شروطه التعاقدية حتى و إن إتسمت هذه التعديلات بالصبغة الآمرة

[135] بشار محمد الأسد ، المرجع السابق ، ص 189 .

ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك لان القانون المختار و قد اندمج في العقد ذاته و أصبح شرطا تعاقديا في ذالك شان باقي شروط العقد و أحكامه فإنه يفقد صفته كقانون.[136]

الفرع الثالث : موقف القضاء من فكرة الاندماج

لقد كانت فكرة إندماج القانون في العقد فكرة نظرية و لكن هناك العديد من التطبيقات لهذه الفكرة في القضاء ، ففي حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 15ماي 1935 ، و كان النزاع يتعلق بمدى حق البائع في فوائد المبالغ المستحقة له لدى المشتري عملا بأحكام القانون الألماني الذي كان ساري المفعول عند التعاقد سنة 1914 م في منطقة الألزاس قبل انضمامها بعد ذلك إلى فرنسا و دفع المشتري بسقوط حق البائع في المطالبة بالفوائد لأنه لم يوجه له الإعذار الذي تتطلبه أحكام القانون الفرنسي و رفضت محكمة هذا الدفع مؤكدة ان القانون الذي يسري على العقد هو القانون الألماني الذي كان سائدا عند أبرام العقد . [137]

و في حكم كذالك لمحكمة النقض الفرنسية الصادر لها عام1938 م و على نحو أكدت المحكمة فكرة الإندماج و أصدرت حكم في تاريخ 19 أكتوبر 1938 م و كان الأمر يتعلق بالمطالبة بدفع سعر العملة بين دائن ألماني و مدين فرنسي وفقا لقانون إعادة تقويم العملة الألمانية الصادر في 16 يوليو 1925 و الذي يسري بأثر رجعي على ما انقضى من ديون و بعد ما رفضت محكمة الموضوع إجابة للدائن طعنا ، رفع طعنا أمام المحكمة العليا التي أيدت الحكم المستأنف فيه و قررت أنه إذا كان القانون الألماني هو واجب التطبيق على العقد بين الطرفين إلا أن قضاة الموضوع قد قدروا بتفسير مطلق لإرادة

[136] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، المرجع السابق ، 121 .
[137] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، المرجع نفسه ،ص

الأطراف ، فكأن محكمة النقض قد إعتبرت القانون الألماني واجب التطبيق و تعديلاته اللاحقة ذات الأثر الرجعي قد إندمج في العقد و لا يكون له من أثر ما يقرره ذالك العقد ذاته .[138]

و تجدر الإشارة أن فكرة الاندماج لم تقتصر على القضاء الفرنسي بل أخذ بها القضاء الإنجليزي و القضاء البلجيكي و بالخصوص في شأن قضية VILLE d'ANVERS ، حيث قضت محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 24 فبراير 1938 ، بأنه قد ثبت بإطلاق ... ا قد قرروا في عقدهم تطبيق القوانين دولة نيويورك .. و إن القاضي الموضوع يجر تطبيقا للقوانين الأجنبية كذلك و لكن بإعتبارها أحكاما قانونية أجنبية مستدعاة و مدرجة بواسطة أطراف في عقدهم ، و أصبحت نتيجة لذلك أحكاما إتفاقية و قد قررت المحكمة ذلك ووصولا إلى تحقيق بعض الآثار نذكر منها إستبعاد التعديلات التي طرأت على العقد من هذا الحكم أن قانون الإرادة المتعاقدين قد إندمج في العقد .

المطلب الثاني : الدور الإحتياطي لقانون الإرادة في العقود الدولية

إن التنظيم الذاتي لقانون العقد الدولي يوحي بأن القانون الذي تتحدث عنه قواعد تنازع القوانين في شأن الإلتزامات التعاقدية لا محل له بل إدعت الحاجة إليه فإنما يكون ذلك فقط بصفة احتياطية لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه أي في غير حالة السكوت يكون العقد طليقا و خارج عن سطوة القانون و لا يخفى أن ذلك الدور الإحتياطي المتبقي لقانون العقد يجد فاعله في إرادة المتعاقدين التي تستطيع أن تعد عقدا و تضع فيه أحكامه . فلذا ستكون دراستنا في هذا المطلب لحقيقة هذا الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي التجاري في الفرع الأول أما في الفرع الثاني تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية .

[138] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الولي ، المرجع السابق ،ص 360 .

الفرع الأول : الأسس القانونية لفكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي

ستكون دراستنا في هذا الفرع لفكرة الدور الإحتياطي لقانون العقد الدولي التجاري في البند الأول أما في البند الثاني و المتضمن مدى ملائمة هذه الفكرة على عقود التجارة الدولية

أولا : فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد

إن العقد الدولي قد يخلق حقوقا و واجبات يمكن بذاتها أن تلتزم الأطراف دون الرجوع إلى أية قاعدة أخرى قانونية حيث يعتبر العقد الدولي بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من السلطة التشريعية فعملية إعداده هي أشبه بالعملية التشريعية و الشروط التعاقدية تشكل في مجموعها قانون خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية و مستقلة عن كل القوانين و القانون الدولي و هو كاف بذاته بحقوق و إلتزامات الأطراف دون الحاجة إلى الإلتجاء إلى أي نظام قانوني أخر .[139]

و ترتد قابلية العقد الدولي لأن يكفي في ذاته و يحكم نفسه بنفسه في هذا المعنى إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق ، الذي يرى أن الحقوق توجد قبل القانون و إستقلالا عنه و تتأتى من الحرية المبدئية للفرد فالقانون لا يخلق تلك الحقوق بل يعتمدها فقط[140] ، و الواقع أن إعتبار قانون العقد هو القانون الذي اختير من قبل المتعاقدين و تدعيم لفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي يوحي بأن القانون الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين في شأن الالتزامات التعاقدية لا محل له ، حيث يمكن للقاضي أو المحكم فض النزاع بالرجوع إلى أحكام الواردة في العقد دون الحاجة إلى القوانين الوطنية ، بل إن دعت الحاجة إليها و إنما

[139] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ،ص 195 .

[140] Verdross Qusi - international argeements and international economic transactions ، Y.B.W.. vol22 ، 1964 p 230 ، site Web https://books.google.dz/books?id=L0h9dWC_r9QC&pg=PA291&lpg=PA291&dq .

يكون ذلك فقط بصفة إحتياطية لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه أي أنه في حالة السكوت يكون العقد طليقا و خارج عن السيطرة .[141]

و هذه الصفة الإحتياطية لقانون العقد الدولي في التطبيق تتمحور في أمرين أساسين و هما :

أولا: **وجود قواعد مادية موضوعية خاصة ببعض العقود الدولية**

إن الأمر الذي يجعل الإلتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا نادرا بصفة إحتياطية و هو ما حذا بالبعض إلى القول بأن كل العقود الحالية تحتوي على شرط القانون الواجب التطبيق ....[142] و لكنه لا يشكل مع ذلك تصرفا يدل على الخضوع للقانون الوطني و لكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام المادي و المنطوي على إنعدام الدقة و لكن في الحقيقة هو شرط إحتياطي أي أنه مع وجود القواعد التلقائية في عقود التجارة الدولية يكون من المفيد على المتعاملين المهنيين أن يلجئوا إلى وسيلة وقائية لإجتناب النقص ، و لكن يجب أن لا نطبق قانون دولة معينة و لكن فقط البحث عن تكملة للعقد في قانون معين و يكون من الضرورة الفصل في النزاع .

ثانيا : وجود عقود نمودجية

أصبحت هذه النماذج من الوسائل الفعالة في تحقيق الكفاية الذاتية للعقود الدولية ، و تجسيدا لمبدأ العقد قانون المتعاقدين على نحو يجعل الرجوع الى قواعد تنازع القوانين أمرا نادرا ، و إن إنتشار العقود النمطية و الشروط العامة دور قانون العقد ، و جعله ذو طبيعة إحتياطية بحيث لا يتم اللجوء إليه إلا إذا عجزت شروط العقد عن تقديم الحل المراد أي عندما لا تتحقق الكفاية الذاتية للعقد

---

[141] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 374 .

[142] محمد عبد الله محمود المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي ،دراسة تأصيلية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 ، ص 87 و 88 .

الدولي .[143] و هذا ما دفع البعض إلى القول أن الشروط العامة تؤخر قاعدة الإسناد و القانون الذي تحدده إلى الدرجة الثانية فلا يتم الرجوع إليها بصفة احتياطية[144] .

و بوجه عام يمكن القول أن الدور الإحتياطي لقانون العقد قد يبدو من الصياغة لصلة العقد بالقانون الواجب التطبيق عليه ، فإذا كان من الثابت أن العقد الدولي يتعين احترامه و تنفيذه طبقا لأحكام القانون المختص و في حدود التي لا يتعارض مع قواعده و أحكامه الآمرة ، و آن الفقه المناصر للدور الإحتياطي قد صور تلك القاعدة على نحو عكس بحيث أصبح مقبولا لديه أن القانون المختار لحكم العقد لا يطبق عليه إلا في الحدود التي يكو فيها ذلك القانون متفقا مع بنود العقد و شروطه.

ثانيا : مدى ملائمة هذه الفكرة على عقود التجارة الدولية

يرى بعض الفقهاء أن عقود التجارة الدولية تنشئ قانونا للمتعاقدين هو بمثابة قانون مستقل ينظم العلاقة بين الطرفين تنظيما شاملا و بطبيعة الحال فإن قانون المتعاقدين هذا قد يشير لغرض تفسيره أو لغرض سد الثغرات التي قد تنشا في المستقبل ، إما القانون الذي إختاره الأطراف أو القانون الوطني لدولة ما الذي قد تشير إليه قاعدة الإسناد ، و لكن هذه القوانين لا تطبق إلا في الحدود التي يسمح بها قانون المتعاقدين و ذلك أن هذا القانون بما له من سيادة هو الذي ينص على حقوق الطرفين وواجباتهما و يؤسس هذا الجانب من الفقه رأيه على مبدا أن العقد شريعة المتعاقدين من جهة و مبدأ الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعد بمثابة قانون للأطراف من جهة أخرى .[145]

[143] العقود النموذجية هي عبارة عن صيغ عقدية معدة سلفا أوجدتها أصلا بعض الجماعات المهنية في مدينة لندن ثم إنتشرت في البلدان الصناعية الأخرى و للمزيد أنظر ثروت حبيب دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ،(اتفاقية فيينا 1980) ط2 ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، مصر 1989 ، ص 51 .

[144] محمد عبد الله محمود المؤيد ، مرجع سابق ،ص 88 .

[145] محمد عبد الله محمد المؤيد ، المرجع السابق ،ص 133 .

و هكذا فإن الشروط العقدية التي صاغها الأطراف هي التي تنظم العلاقة بينهم و إذا كانت الشروط قد أشارت الى القانون الذي يتعين تطبيقه لسد الثغرات التي يمكن أن تكون في العقد ، فإن أحكام هذا القانون لا تطبق إلا في حدود التي يفوضها العقد أن القوانين لا تطبق إلا بصفة إحتياطية .

و لقد إتجه البعض من الفقه إلى أن هذا الدور الإحتياطي لقانون العقد يعتبر عامل إستقرار في عقود التجارة الدولية التي تتم عبر الحدود و أن وظيفة الإستقرار أكثر وضوحا في الفرض الذي تنص فيه الشروط أن القانون العقد في الحدود التي يكون فيها هذا القانون متوافقا مع العقد و مثل هذه الشروط الذي قد يعفي العقد من تطبيق القوانين الوطنية التي تكون مخالفة لتوقعات الأفراد والاشتراطات العقدية.[146]

و لعل إستقراء الواقع العملي في واقع العقود التجارية الدولية ما يدعم القول بوجود إتجاه لتكريس الدور الإحتياطي للقانون الواجب التطبيق من خلال تحقيق الكفاية الذاتية لهذه العقود ، حيث أن النصوص التفصيلية لتلك العقود تكفي لتسوية أي خلاف يثور حول نشاطاتهم او التزاماتهم ، و لا يتم اللجوء إلى قانون دولة معينة إلا بصفة احتياطية فقد ينص صراحة في عقدهم الدولي على أن القانون الذي يختارونه لا يطبق إلا بصفة إحتياطية و ذلك عندما تعجز بنود العقد عن تقديم الحل للنزاع و هو ما يؤدي إلى تهميش القانون الواجب التطبيق و يكرس فكرة إحتياطية هذا القانون .[147]

[146] Batiffol ، donnees recentes du droit international prive des contrats en u.r.s.s clunet 1976 p 293 "" en webhttp://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc

[147] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، ص 382 .

الفرع الثاني : تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة في العقد الدولي التجاري

لقد تعرضت فكرة إحتياطية القانون المختار لحكم عقود التجارة الدولية للعديد من الإنتقادات والتي تناولت الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة ، و هو مبدأ الكفاية الذاتية للمنطق القانوني السليم و كذلك مخالفته للواقع العملي .

أولا : مبدأ الكفاية الذاتية يخالف المنطق القانوني السليم

إن القول بكفاية عقود التجارة الدولية بذاتها يعني في القانون سمو الإرادة عن القانون و تقدمها في خلق القواعد التي تنظم أنشطة الفرد الاجتماعية و الإقتصادية و كما يعني بالقوة الملزمة لإتفاقات الأفراد استقلالا عن القانون و هذا ما يبدو غير مقبول لأنه من ناحية يلاحظ أن كل أثر قانوني يؤدي إلى مطلق الإرادة لا يكون له قيمة إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمنا سلطة للإرادة من اجل الأثر المراد ترتيبه بل و على فرض أن القانون لا يمنح للعقد قوة ملزمة كصفة مجردة بل الكشف عنها في الحدود التي يتفق فيها العقد مع أحكامه إلا أنه لا يمكن إنكار أن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة و يضمن فعاليتها بأدواته القانونية ، و على نحو يمكن القول معه أن المسألة القوة الملزمة للعقد لا تثور او تحل الا بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يجب أن يندرج فيه العقد او ينتج فيه العقد أثاره .[148]

و إذا كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية قد إستندوا في رأيهم إلى نص المادة 1134 من القانون الفرنسي و التي تقابلها المادة 106 من التقنين المدني الجزائري و التي تقرر مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين فيبدو أنهم قد تناسوا أن تلك المادة تتكلم عن الاتفاقات التي تبرم وفقا للقانون بما يعني وجود قانون يسمح بتكوين الإتفاقات و العقود ، و لعل أهمية الحاجة إلى القانون تظهر واضحة عند عدم قدرة العقد عن حل المسألة محل النزاع ، حيث أن الطرف المتعاقد المدعي يكون بحاجة إلى تأسيس إدعائه على إحدى

[148] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ، ص 746 .

قواعد القانون ، ناهيك بعد ذلك عن الإعتماد على الإرادة في تحقيق كمال العقد الذي يصطدم مع مبدأ هيمنة القانون الوضعي أو مع مبدأ مانعيه النظام القانوني و قدرته على حل معظم المشاكل التي تنشأ عن علاقات الأفراد و كما يقود إلى خلع الصفة القانونية عن المسألة المثارة طالما أن حل تلك المسألة سيأتي من غير القانون بل من إرادة الأطراف.[149]

ثانيا : مبدأ الكفاية الذاتية يخالف الواقع العملي

يدل الواقع العملي على أن العقد الذي يكفي ذاته بذاته هو خيال و ليس حقيقة فالنقص و القصور في بنود العقد و أحكامه هو أمر قائم فالأطراف مهما كانت خبرتهم و توقعهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية و ليس هذا غريبا فالنقص قد نجده حتى في النصوص التشريعية فما بالنا في العقود التي يبرمها الأطراف[150] ، و يرى بعض من الفقه أن هناك استحالة عملية في خلق مجموعة من الشروط التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها كليا و تستبعد الحاجة إلى اللجوء إلى أحكام القانون هو ما أدركه البعض من الفقهاء بخصوص عقد نقل التكنولوجيا حيث يقول انه لاستطيع عقد نقل التكنولوجيا أيا كانت العناية التي بذلت في تحريره أن يحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين و لهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من الحلول .[151] ووجود الثغرات بالعقد أمر ثابت أيضا بخصوص العقود النمطية و التي تدعى العقود النموذجية حيث تظل الحاجة قائمة بشأنها و الحاجة إلى قاعدة الإسناد . [152]

و خلاصة إلى ماتقدم فإن تلك المحاولات التي انتهجا الأطراف من خلال إدماج قانون العقد أو إعطائه الصفة الاحتياطية الهدف منها الهروب من القوانين الوطنية و القواعد ذات التطبيق الضروري

---

[149] بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 201 .
[150] هشام علي صادق ، المرجع السابق ،ص 341 .
[151] محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، مصر 1984 ،ص 100 .
[152] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ،ص145 .

في القوانين الوطنية ، و ذلك من خلال الوصول إلى أن يصير العقد طليقا بدون قانون يحكمه استنادا إلى العقد شريعة المتعاقدين و لقد بينا من خلال دراستنا إلى عدم نجاح تلك المحاولات لمخالفتها المنطق القانوني السليم ، فعندما يستهدف الأفراد إلى العقد الطليق فإنهم يرغبون في الحقيقة إلى أمرين هامين الأمر الأول هو عدم خضوعهم إلى القوانين الوطنية و الأمر الثاني خضوع العقد لمجرد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و الغاية منه عدم الخضوع لأي قاعدة أخرى .

و لا يخفى أن الدور الاحتياطي المتبقي لقانون العقد يجد فاعله في إرادة الأطراف المتعاقدة التي تستطيع أن تعد عقدا و تضع فيه أحكامها مما يجعله غير خاضع لأحكام القانون و سلطانه و لكن المتأمل في الواقع القضائي لمنازعات عقود التجارة الدولية يدرك أنه حتى و إن أعطينا قانون العقد كامل سلطانه و هيمنته فإن إرادة الأطراف يمكن أن تتدخل أيضا و تكون فعالة في العقد و تشل حركة القانون و تجعله كأنه غير موجود .

و هكذا إذا كانت إرادة الأطراف هي التي أنشأت العقد منذ البداية فإنها هي أيضا التي أخضعته للقانون الذي إختارته بموجب قاعدة الإسناد التي تقرر لها هذا الحق ثم هي في النهاية كذلك التي افتأت على سلطان هذا القانون حيث أدمجته في العقد من الناحية المادية و أخرت تطبيقه و جعلته احتياطيا من الناحية القضائية و هذا هو قمة أزمة قانون الإرادة في العقود التجارة الدولية .

خاتمة

إن دراسة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تبرز أهمية في تحديد مفهوم ومعيار العقد الدولي ونطاق خضوع أحكام العقد الدولي لقانون الإرادة على صعيد القانون الوضعي والقانون الدولي الخاص و أن الأطراف في هذه العقود و استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قواعد القانون الدولي كقانون حاكم للجوانب الموضوعية في عقدهم الدولي ، فالإرادة حرة في الاختيار القانون الذي يتفق مع مصالح الأطراف بشرط عدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد الآمرة في الأنظمة القانونية و يتعين في إعمال هذا الاختيار مراعاة حقيقة أن قواعد تلك القانون الواجب التطبيق لا يحتوي على قواعد كافية لحكم عقود ذات طبيعة كهذه و لذلك نعتقد بوجوب إسناد العقد إلى القانون الوطني ، كما انه لا يمنع الأطراف من الاتفاق على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية غذ انه من الصعوبة تبرير حرية الأطراف إذا ارتضوا أنفسهم تطبيق تلك القواعد فمن الملاحظ أن مبدأ سلطان الإرادة قد أصبح متفق عليه في الفقه و القضاء في إعطاء الحرية الكاملة للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق و هذا تحت ستار خدمة مصالح الأفراد و حماية لمصالح التجارة الدولية .

و لذا من خلال دراستنا في هذه الرسالة أن نبدي بعض النتائج الهامة المتوصل إليها :

1-من أهم المبادئ التي تحكم العقد الدولي في مقومات وجوده على الواقع هو خضوعه لقانون الإرادة والتي تخضع لمدلول لغوي ومدلول اصطلاحي.

مما يعني اتجاه إرادة ذوي الشأن في العقد إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع عقدهم، والذي يكون ميدان تطبيقه العقد الدولي من خلال معيار تحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية والتي ذهب

التوجه الفقهي والتشريعي إلى تفعيله على الواقع من خلال معيار التوازن الذي يجمع بين المعيار القانوني الموسع والمعيار القانوني المضيق من خلال تكريس فكرة المعيار التقليدي لقواعد الإسناد والمعيار الاقتصادي ومعيار التعلق بالصفة التجارية الدولية.

2- إن معيار الإرادة التي تخضع له عقود التجارة الدولية يتمثل بتوجه إرادة ذوي الشأن لإعمال موضوع العقد وفقاً للقصد والاختيار في إطار حسن النية وتنفيذ ما اشتمل عليه العقد.

3- إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يظهر واقعه العملي من خلال مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية لفض منازعات عقود التجارة الدولية سواء على صعيدها الجامد او على صعيدها المرن.

4- عدم ملائمة التنظيمات الوضعية في حكم العقود التجارة الدولية و هذا ما تعارف عليه الفقه و القضاء على أن العقد الدولي يستطيع الإفلات من القوانين الوضعية للدول المختلفة فالقيود التي تفرضها تلك القوانين و التي تتلائم مع العقود الوطنية و لكن قد تلحق بعض الأضرار بالنسبة للعقود التجارة الدولية و ما تبتغيه حركة التجارة الدولية عبر الحدود على نحو يبرر خروج تلك العقود من دائرة سلطان الإرادة و تطبيق القواعد الوضعية و التي وجدت أصلا للعلاقات و الروابط القانونية الداخلية، و على أن خصوصية العلاقات الاقتصادية الدولية و تحرير عقودها من سلطان النظم القانونية الوطنية لا تعني أن تلك العقود و رغم من إفلاتها من القوانين الوطنية تصبح في فراغ قانوني بل تدخل في نطاق سريان قانون أخر من صنع المجتمع الذاتي و التي تنشأ فيه العلاقات الاقتصادية الدولية و هو قانون يختلف عن قانون الدولة و الذي يضعه المشرع .

5- تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري من بين القواعد التي تحدث أزمة بالنسبة لقانون الإرادة و خاصة في العقود الدولية ، فإن هذه القواعد قد تمنح السلطة للقاضي أو المحكم و التي على إثرها يأخذ

بعين الاعتبار القواعد الآمرة الموجودة في أنظمة قانونية تابعة لدولة معينة قد لاتكون تابعة للقانون الذي إختاره الأطراف لحكم الموضوع ، لكن قانون تلك الدولة يبقى محل إشكال نظرا لأنه يختلف منه المقصود إذا كان النزاع معروض على القاضي ، فلقد استقر العمل في القانون الدولي الخاص على انه يطبق القاضي قواعد التابعة لتلك الدولة إلى جانب القواعد الآمرة التابعة لتلك الدولة ، أما بخصوص القواعد البوليس الأجنبية الواجبة التطبيق فلقد كانت محل نقاش و نظرا لان القاضي من المفروض أن هناك حالة استقر القضاء على إعمالها و تتعلق بإمكانية تطبيق تلك القواعد الآمرة التابعة للقانون الأجنبي إذا كانت لها صلة حقيقية و وثيقة بالعقد محل النزاع .

6- براءة قاعدة الإسناد من عدم ملائمتها لحل مشكلات التجارة الدولية و على أساس أنه قد أثبتنا في دراستنا هذه فساد محاولات التي استهدفت الحد من اختصاص قانون الإرادة و فك القيد من سلطان القانون الوضعي و ذالك من خلال إدماج قانون الإرادة في العقد و تجميد هذا الأخير و الدور الاحتياطي لقانون العقد .. و إننا نرى أنه من الخطأ القول أن مثالب قاعدة الإسناد هي السبب وراء كل تلك الأزمة فمن ناحية نلاحظ أن القاضي عند إعماله لمنهج قاعد الإسناد لا يهمل تماما التحقق أو المقارنة المسبقة للمضمون الموضوعي للقوانين التي تحكم أو تتزاحم لحكم العقد التجاري الدولي قبل أن يقرر أحسن القوانين التي تناسب في حكم العلاقة و من ناحية أخرى أن القواعد الموضوعية لا تظهر غيب قواعد الإسناد بقدر ما تكشف عن مثالب القوانين الوطنية و الأنظمة الوضعية و خلاصة القول يمكن القول أن العيب ليس في قواعد الإسناد فقط و إنما في القوانين الوضعية ذاتها .

أما عن حديثنا عن موقف المشرع الجزائري في مجل العقود الدولية و نطاق تطبيق قانون الإرادة على هذه العقود ، فأننا نرى ان المشرع الجزائري عوض أن يمنح الحرية للمتعاقدين تطبيق القانون الذي يختارونه ألزمهم باختيار القانون الذي له صلة حقيقة بالعقد أو بالمتعاقدين و لكن الأمر المتوصل إليه انه

يوجد قانون واحد فقط يمكن أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد و هو القانون الذي له أكبر صلة بالمتعاقدين أو بالعقد و هذا ما أخذ به فقه باتيفول و المشرع الجزائري تأثر به.

حيث منح للقاضي دور تقويم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد و ذلك من خلال عملية التركيز العقدي ، و القاضي لما يجد أن القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين و له صلة حقيقية بالعقد فانه في هذه الحالة يبحث عن الصلة الحقيقية و أن كان ما توصل إليه القاضي متطابق لما إختاره الأطراف فيطبق القانون المختار أو يستبعده لأن الصلة الحقيقية الموجودة بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد غير حقيقية و في هذه الحالة يسند القاضي هذا العقد إسنادا جامدا و ذلك طبقا لنص المادة 18 الفقرة 2 من التقنين المدني الجزائري ، و في هذه الحالة كان المشرع قد وضع قواعد إسناد مفادها تطبيق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد و لم يسنده إلى قانون الإرادة أي القانون المختار من قبل المتعاقدين و في هذه الحالة فإننا نقول أن القاضي عند تطبيقه لهذا النص لم يحترم إرادة المتعاقدين و التي يجب أن نأخذ بها على أساس حماية المصالح الأساسية للمتعاقدين و أن المتعاقدين عند إختيارهم لأي قانون هم أدرى بما يخدمهم و خاصة في المجال الدولي بشرط أن لاتكون القوانين المختارة مخالفة للنظام العام أو كانت إرادة المتعاقدين متجهة نحو الإفلات من القواعد الآمرة .

و كما نلاحظ أنه كان على المشرع الجزائري أن يتدخل في إحداث بعض التعديلات على نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري و ذلك من أجل منح للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية وعند غياب ذلك يطبق القاضي القانون الذي تكون له صلة حقيقة بالمتعاقدين أوبالعقد ونأمل أن يأخذ بفكرة الأداء المميز و هذا الاتجاه ما أخذت به اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة سنة 1980 .

و خلاصة القول نستطيع القول أن العقود الدولية التجارية لا يمكنها أن تفلت من سلطان القوانين الوضعية و هذا ما يجد أساسه في عادات و أعراف التجارة الدولية و ذلك في هذه المرحلة الراهنة لواقع هذه العقود و نقول أيضا أن القوانين الوضعية ستظل تحكم سيطرتها على العقد الدولي من خلال منهج قاعدة الإسناد و منهج القواعد الضرورية التطبيق أو قواعد الأمن و البوليس .

قائمة المراجع :

أولا :النصوص القانونية

1 الإتفاقيات الدولية

– اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة سنة 1980 .

2– القوانين :

1– الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و المتضمن القانون المدني الجزائري.

ثانيا : الكتب

1– الكتب باللغة العربية :

1. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .
2. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 .
3. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية ، قانون الإرادة و أزمته ، دار النهضة العربية ،الاسكندرية ، 2008 .
4. احمد عبد الكريم سلامة ،.نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
5. أحمد محمد الهواري ، إستثناءات تقويم الإسناد ، دراسة تحليلية في ضوء التشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ، 1995 .
6. اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، 2003 .
7. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003 .

8. بشار محمد الأسد ، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2006 .
9. حبار محمد ، المدخل الى دراسة القانون الدولي الخاص ، مطبوعات جامعة وهران ، الجزائر ، 2000 .
10. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 .
11. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 .
12. الطيب زروتي ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 .
13. سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص وحلول النزاعات الدولية ، دار العلوم العربية ، بيروت ، لبنان ، 1994 .
14. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 .
15. صلاح الدين جمال ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
16. صلاح الدين جمال ، تنازع القوانين ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ،2006 .
17. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، تنازع القوانين (فى ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي ،مطبعة الفسيلة ، الجزائر ، 2008 .
18. عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع ، دار النهضة العربية ، 2001 .
19. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، مصر ، 1998 .

20. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2004 .

21. على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

22. عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ،ط1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 .

23. عوض الله شيبة الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ،ط2 ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1998 .

24. عيلوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ،ح1 ، دار هومة ، الجزائر ،2007 .

25. غالب الهداوي ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، ط2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ،1997 .

26. فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1974.

27. فوزي محمد سامي ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، 2008 .

28. محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، مصر ، 1984 .

29. محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الأمرة ، دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم و القظاء الوطني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ..

30. محمد إبراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، مصر 2005 .

31. محمد بوعشة ، التكامل التنازع في العلاقات الدولية الراهنة ، دار الرواد ، طرابلس ،ليبيا ، 1999 .

32. محمد عبد الله محمود المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي ،دراسة تأصيلية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 .
33. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .
34. محمود محمد الياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 .
35. محمود محمد الياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،2000 .
36. محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة و قواعد ذات التطبيق الضروري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
37. منير عبد المجيد،تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية مصر ، دس ن .
38. موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ،ج1 ، قواعد التنازع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1989 .
39. هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2007.
40. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص (الجنسية ، تنازع الاختصاص القضائي ، تنازع القوانين) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
41. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ،2001.
42. هشام علي صادق ، عكاشة عبد العال ، التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية ، ج1 ، دار الفتح للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 .

المراجع باللغة الأجنبية :

1- Verdross Qusi - international argeements and international economic transactions ، Y.B.W.. vol22 ، 1964 . site Web https://books.google.dz/books?id=L0h9dWC_r9QC&pg=PA291&lpg=PA291&dq
2- . Batiffol ، donnees recentes du droit international prive des contrats en u.r.s.s clunet 1976 p 293 "" en webhttp://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc
3- H.KELSEN، Theorie juridique de la convention ، in arch ، dr ،1940.
4- P.MAYER et VINCENT heuze : droit international prive ، 8eme ،Edition ، Montchretien paris ، 2005

ثالثا : الرسائل و الأطروحات الجامعية :

1. بلاق محمد ، قواعد التنازع القواعد المادية منازعات التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ،2010- 2011 .
2. سعد الدين أمحمد ، العقد الدولي بين التوطين والتدويل ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ،2007- 2008
3. عيد عبد الحفيظ ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، 2005 .
4. منصور يحيى عبد الله ، تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية ، رسالة قدمت لنيل شهادة الماجستير في جامعة الموصل ، كلية الحقوق، بغداد 2002 .
5. عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة تلمسان ، 2011/2010 .
6. بن غرابي سمية ، عقود التجارة الالكترونية و منهج تنازع القوانين ، مذكرة لنيل شهادة القانون ، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 2009 .

7. خالد شويرب ، القانون الواجل التطبيق على العقد الدولي التجاري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، فرع الملكية الفكرية ، كلية الحقوق بجامعة بن يوسف بن خدة ، جامعة الجزائر ، 2008-2009 .

المقالات :

1. احمد صادق القشيري ، الاتجاهات الحديثة في تعبين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد الحادي و العشرون ،21ديسمبر 2014 .

2.شبة سفيان ، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، مقال من مجلة دفاتر السياسة و القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة ورقة ، العدد الرابع ، 2011 .

3.زياد محمد فالح بشاشه ،دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية ،ج1 ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات ، العدد33 ،2013 .

4.محمد وليد المصري ، العقد الدولي بين النظرة التقليدية و الحديثة ، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون ، العدد عشرون ، 2004.

5.موكه عبد الكريم ، القانون الواجب التطبيق على العقد البيع الإلكتروني ، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق ،جامعة بجاية ، العدد2 ،2010 .

6.أحمد صادق القشيري ، نطاق و طبيعة القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، السنة 10 ، عدد 1 ، 1997 .

7.كريم مزعل شبي الساعدي ، مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين) ، مجلة جامعة كربلاء ، المجلد الثالث ، العدد13 ، 2005 .

8.الطيب زروتي ، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الجزء 36 ، رقم 3 ، 1998 .

المحاضرات جامعية :

1- كرام محمد الأخضر ، محاضرات في تنازع القوانين ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2014،2015 .

2- لعجال ياسمينة ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2014 ، 2015 .

المواقع الإلكترونية :

1.http://en.wikipedia.org/wiki/Convention_on_the_Law_Applicable_to_Contractual_Obligations_1980.

2.www.aqac.mohe.gov.ps/pdf/cv/drameenalatrash.

3.www1.umn.edu/humanrts/arabic/subdoc.htm.

4.https://www.sndl.cerist.dz/

محتوى الفهرس	الصفحة
أية قرآنية	-
دعاء	-
إهداء	-
شكر و تقدير	-
مقدمة	ا- ب - ج -د-ه
الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية	1
المبحث الأول : قانون الإرادة كضابط يحكم عقود التجارة الدولية	2
المطلب الأول : المقصود بعقود التجارة الدولية	2
الفرع الأول : التعريف بالعقد الدولي التجاري	3
الفرع الثاني : معيار دولية عقود التجارة الدولية	6-5-4
المطلب الثاني الإرادة كضابط إسناد يحكم عقود التجارة الدولية	7
الفرع الأول : التعريف بمبدأ قانون الإرادة	11-8
الفرع الثاني : أساس فكرة قانون الإرادة	14-12
المطلب الثالث : محددات فكرة قانون الإرادة	15
الفرع الأول : حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد	17-15
الفرع الثاني : قابلية الخضوع إلى قانون الإرادة	20-18
المبحث الثاني : تعيين قانون الإرادة	21

المطلب الأول : كيفية تعيين قانون الإرادة	21
الفرع الأول : التعيين الإرادي لقانون العقد	23-21
الفرع الثاني : التعيين الضمني لقانون العقد	25-24
الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من الاعتداد بالإرادة الضمنية مقارنة بالتشريعات المقارنة	32-26
المطلب الثاني :المشكلات القانونية التي يثيرها تعيين قانون الإرادة	33
الفرع الأول : النطاق الزمني لاختيار قانون العقد	35-34
الفرع الثاني : قانون الإرادة و تجزئة العقد الدولي	39-36
الفصل الثاني : الإشكالات الناتجة عن تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية	40
المبحث الأول : المنهج الاسنادي و خصوصية قانون الإرادة	41
المطلب الأول : التحول الوظيفي لإرادة الأطراف كضابط إسناد	41
الفرع الأول : إرادة الأطراف مجرد ضابط للإسناد	44-43
الفرع الثاني : إرادة الأطراف مجرد أداة لاستكمال الشكل التعاقدي	46-45
المطلب الثاني : الابتعاد عن استخدام قانون الإرادة لحكم العقود الدولية	47
الفرع الأول : مشكلات استخدام قانون الإرادة في حكم العقود الدولية .	51-48
الفرع الثاني : القواعد ذات التطبيق الضروري	55-52

المبحث الثاني : اندماج قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية	57
المطلب الأول : نظام الاندماج و أساسه القانوني	57
الفرع الأول : التعريف بنظام الاندماج	58-57
الفرع الثاني : الإطار القانوني لفكرة الاندماج و أثاره	61-59
الفرع الثالث : موقف القضاء من فكرة الاندماج	62
المطلب الثاني : الدور الاحتياطي لقانون الإرادة في العقود الدولية	63
الفرع الأول : الأسس القانونية لفكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي	67-64
الفرع الثاني : تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة في العقد الدولي التجاري	70-68
خاتمة	75-71
قائمة المراجع	82-76
فهرس المحتويات	82-83

الملخص

تعتبر التجارة الدولية في كثير من الأحيان محرك النمو، كونها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم ، و هذا ما يدفع بالتعامل التجاري على الصعيد الدولي أن يرتب نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي و يكون أساس هذه العلاقة إرادة الأطراف استنادا إلى لمبدأ سلطان الإرادة و حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية إلا أن هذه الإرادة قد تصطدم ببعض الإشكالات القانونية لتطبيقها ألا و هي القواعد ذات التطبيق الضروري المتعلقة بالنظام العام للدولة و الواجبة التطبيق من قبل القاضي و كذالك التحول الوظيفي لإرادة الأطراف كضابط إسناد و اندماج الإرادة في العقود الدولية كشرط في العقد ، و بالنسبة التشريع الجزائري فقد وضع المشرع ضوابط إسناد جامدة في خصوص الالتزامات التعاقدية في نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري و قيد حرية الأطراف في مجال إبرام العقود الدولية .

الكلمات المفتاحية :

1- التجارة الدولية – معيار الدولية –قانون الإرادة – الإرادة الصريحة – الإرادة الضمنية – اندماج الإرادة– التحول الوظيفي لقانون الإرادة.

الملخص باللغة الفرنسية

Resumé

Le Commerce international est souvent le moteur de la croissance, car ils contribuent considérablement à l'augmentation de l'activité économique des pays du monde et c'est ce qui pousse les entreprises au niveau international pour organiser des relations contractuelles avec un élément d'extranéité et est la base de la volonté des parties fondé sur le principe de la liberté de volonté de puissance du contrat pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux, ceux-ci seront ont frappé certains juridique des problèmes de leur application est nécessaire sur les règles d'application de l'ordre public , et applicable par le juge et aussi sur la transformation fonctionnelle de la volonté des parties comme base et l'intégration de volonté dans les contrats internationaux comme une condition du contrat, pour la législation algérienne a mis l'affectation de contrôles législature de rigides en ce qui concerne les obligations contractuelles dans le texte de l'article 18 du code civil algérien et .en vertu de la liberté des parties aux contrats internationaux

Mots clés :

Commerce international, l'internationalité , droit de la volonté, la volonté explicite, la volonté implicite, intégration des volontés, la transformation fonctionnelle de la volonté.

الملخص باللغة الإنجليزية

Abstract

International Trade is often the engine of growth, as they contribute significantly to the increase in economic activity of the countries of the world and this is what pushes companies to organize international contractual relations with an element of foreignness and is the basis of the will of the parties based on the principle of freedom of contract will power to determine the law applicable to international contracts, they will hit some legal problems of their application is necessary on the rules application of public policy and applicable by the judge and also on the functional transformation of the will of the parties as a base and the integration of will in international contracts as a condition of the contract for Algerian law has placed allocation of legislature rigid controls regarding contractual obligations in the text of Article 18 of the Algerian Civil Code and under the freedom of parties to international contracts.

Keywords:

International trade, internationality, right to the will, the explicit intention, implied commitment, integration of wills, the functional transformation of the will.