

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم قانون الخاص

مذكرة

لنيل شهادة الماستر في الحقوق

الفرع: قانون خاص

التخصص: المهن القانونية و القضائية

الموضوع:

تأثير المعاملات التجارية علي ظهور و تطور قواعد الإسناد

تحت إشراف:

عيد عبد الحفيظ

من إعداد الطالبتين:

➤ طاهير إبتسام

➤ بن موهوب وسام

أعضاء المناقشة:

الأستاذ(ة) : فتوس خدوجة.....رئيسا

الأستاذ: عيد عبد الحفيظ..... مشرفا

الأستاذ(ة): بن صغير شهرزاد.....ممتحنا

السنة الدراسية: 2021/2020

تقدير و تشكر

روي الترميذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"
وتطبيقا لحديث نبينا الشريف وهذا الأدب الرفيع أتقدم بالشكر والحمد لله
الذي أعاننا على إتمام العمل، أما بعد نتوجه بالشكر و التقدير و كافة
الامتنان إلى أستاذنا المحترم الدكتور عيد عبد الحفيظ الذي لم يبخل
علينا بنصائحه و توجيهاته القيمة، كما نتوجه بالشكر إلى أساتذة كلية
الحقوق و العلوم السياسية.

إهداء

اهدي هذا العمل إلى أجمل خلق الله في الكون أمي وأبي أطال
الله في عمرهما وحفظهما لي من كل سوء بفضل دعمهم وصبرهم
وعطائهم الدائم الذي رافقني طيلة مشواري الدراسي أصبحت اليوم
على ما أنا عليه

إلى أخي العزيز فؤاد.

إلى إخوتي ليديا، لامية، أمينة، حفظهم الله

إلى شريكتي في هذا العمل بن موهوب وسام

إلى كل زميلاتي الأعضاء ليدية، فضيلة، طاوس، مربوحة، لامية،

سيلية، ثبالي ... دتم لي أطيب صحبة

إلى كل من يحبونني ويحترمونني

طاهر إبتسام

إهداء

الحمد لله والصلاة على رسول الله أما بعد

إلى أبي حفظه الله

الذي ساندني و علمني معني الكفاح في هذه الدنيا و أن كل شئ ممكن إن كان الشخص يملك

العزيمة و الإرادة

إلى أمي رحمها الله

التي نصحتني و وجهتني و علمتني كيف أختار الطريق الصحيح في هذه الحياة

و إخوتي الذين اعتبرهم سندي و مصدر قوتي

إلى أصدقائي و زملائي في الدراسة

الذين رافقوني في مشواري الدراسي و أتمني لهم النجاح سواء في حياتهم الخاصة أو العملية

قائمة لأهم المختصرات

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

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

ق:ت : القانون التجاري

ط : الطبعة

ج : الجزء

ج.ر : جريدة رسمية

د.س.ن : دون سنة النشر

د.م.ن : دون مكان النشر

مقدمة

منذ القدم عرفت البشرية إقامة العديد من العلاقات و ذلك في مختلف المجالات خاصة مجال التجارة، وذلك تلبية لحاجاتهم الأولية و الضرورية وذلك من خلال اللجوء إلى نظام يطلق عليه باسم "المقايضة" حيث يقصد بهذا الأخير تبادل سلعة بسلعة أخرى؛ إلى أنه بعد مرور الزمن أصبح هذا النظام في طريق الزوال وغير قادر على تلبية حاجيات الأفراد كونها متزايدة يوما بعد يوم.

زاد نطاق العلاقات التجارية خاصة بعد ظهور الدولة أين أدى بهذه الأخيرة إلى التفكير بضرورة تطوير مجال التجارة و ذلك في المستوى الداخلي و الدولي وذلك بين مختلف الدول المتقدمة أو المتخلفة أو فيما بينهما، فنظرا للأهمية التي تلعبها المبادلات التجارية سعت الدول إلى تحقيق التكافؤ دون الأخذ بعين الاعتبار الفوارق الموجودة بينها و ذلك في مختلف المجالات.

تلعب التجارة دورا مهما في تنمية الاقتصاد الدولي، ذلك أن التجار يلعبون دورا مهما في تطوير ذلك من خلال الإطلاع على مختلف الأسواق و المنتجات؛ كما تعتبر عملية الإصدار و التوريد من بين مظاهر التجارة الدولية في وقتنا الحالي، وبالتالي يتوجب علينا إزالة كل الحواجز و العوائق التي يمكن أن تؤثر على هذه المبادلات التي تؤثر في تنمية الاقتصاد الدولي خاصة من الناحية القانونية.

فمن هنا يمكن القول أن موضوع تنازع القوانين من أهم و أقدم مواضيع التي عالجها القانون الدولي الخاص، كما تعتبر المبادلات التجارية و أقدم المواضيع التي أثارت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق؛ وذلك من خلال تساءل فقه تنازع القوانين عن القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية وذلك خلال القرنين الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر خاصة في مدن شمال إيطاليا.

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية هو إيجاد القانون الأنسب و الأفضل لحكم النزاع المطروح بشأنها؛ كما أنها تقوم على تلك المبادلات ذات الطابع الدولي، باعتباره تقوم على أساس تفضيل قانون على قانون آخر التي تقوم على اختيار أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع، فكلما تبين إمكانية وجود قانون يعتبر الأفضل للفصل في مسألة من مسائل المتعلقة بالمبادلات التجارية يكون حينئذ هو الواجب التطبيق .

تشمل هذه الفكرة على تطبيقات كثيرة وذلك في مجال التجارة الدولية، أين يتم إخضاع النزاع للقانون الذي يتم اختياره من قبل المتعاقدين و التي أصبحت من بين أهم المبادئ المستقرة عليها في وقتنا الحالي، فيمكن عرض النزاع على القضاء الوطني أو التحكيم.

يقوم المنهج التنزعي الذي يمكن المتعاقدين من إختيار القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية عند عرض النزاع على القضاء إلى تحديد قاعدة الإسناد وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية ويتم ذلك بطريقة غير مباشرة بحيث يتم تطبيق القواعد الموضوعية وذلك لغرض الفصل في النزاع المطروح؛ وبعد تعدد و تنوع العلاقات الدولية أصبح القانون الأنسب لحكم العقد التجاري الدولي هو قانون الإرادة والمعروف أيضا بمبدأ سلطان الإرادة.

تكمن أهمية هذا الموضوع في التعرف على مختلف القواعد القانونية التي تمكننا من التعرف على القانون الأنسب لحكم النزاعات الناشئة عن المبادلات التجارية.

فمن بين أسباب التي أدت بنا إلى اختيار الموضوع هو بالنظر إلى الأهمية العملية والعلمية التي يحملها هذا الأخير، كون أن موضوع الدراسة في ازدهار مستمر كونها ذات تأثير على المجال الاقتصادي، بالإضافة إلى اعتبارها من أهم و أبرز مواضيع القانون الدولي الخاص؛ من بين الأسباب أيضا هو بالنظر إلى ميولنا للتعرف و التطلع على موضوعات القانون الدولي الخاص.

و من يطرح موضوع الدراسة الإشكالية المتمثلة في ما مدى مساهمة قواعد المعاملات التجارية في ظهور و تطور قواعد الإسناد ؟

أخذ فقه تنازع القوانين في الاهتمام بإيجاد حلول فقهية تخص القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية التي عرفت تطورات فقهية عميقة وذلك في مختلف العصور، إلى أن استقر الأمر في وقتنا الحالي على ضرورة إخضاع العقد لقانون الإرادة سواء كان ذلك في القوانين الوطنية أو في إطار الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية روما لسنة 1980 و المعدلة في سنة 2008 . أين أصبحت من أهم المبادئ الأساسية (الفصل الأول).

إمكانية وجود منهج آخر إلى جانب منهج تنازع القوانين يتولى الفصل في حل المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية، أين يقوم هذا المنهج على الفصل في النزاع دون الحاجة إلى قواعد الإسناد كون إمكانية وجود قواعد يتم تطبيقها مباشرة على النزاع دون المرور بتعقيدات قواعد التنازع، وهذه القواعد متمثلة بقواعد التجارة الدولية ذات المضمون العالمي بالإضافة إلى قواعد ذات التطبيق الضروري (الفصل الثاني).

أما بالنسبة للصعوبات التي واجهتنا بمناسبة إتمام هذا البحث فهي عديدة و متنوعة خاصة أنه يعتبر من المواضيع الجديدة و ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري و إضافة إلى قلة الدراسات و البحوث في هذا الموضوع رغم كثرة و تنوع المراجع.

فقد اعتمدنا في دراستنا للموضوع على منهج مختلط يجمع بين المنهج التاريخي و المنهج المقارن بحيث أن المنهج التاريخي يساعد على التعرف على القدم للاستعمال الأمثل للجديد ، وكما استعنا ببعض الدراسات المقارنة لتفادي نقص المعلومات و التعرف على تجارب القوانين الرائدة في هذا المجال و التوجه إلى المنظمات الدولية بهدف تحقيق التوافق بين القوانين و ذلك في مختلف الدول.

الفصل الأول

تأثير المعاملات التجارية في ظهور قواعد الإسناد

أخذت قواعد الإسناد بمبدأ مهم وهو إخضاع المعاملات التجارية لقانون معين، والذي اعتبرته كضابط أصلي كون أن ذلك القانون الذي يحكم العقد يتم اختياره من قبل الأطراف بحد ذاتهم؛ وبعد أن شهد هذا المبدأ استقرار في مجال تنازع القوانين التي شهدت تطورات كبيرة و عميقة ، والفضل في ذلك راجع إلى تنوع العلاقات الدولية و ذلك في مجال التجارة الدولية ، إلى أن أصبح مبدأ عالمي أخذت به مختلف التشريعات الوطنية و الغرض منه هو تحديد القانون المختص (المبحث الأول).

إن اختيار الأطراف للقانون الواجب تطبيقه يتوجب على القاضي الالتزام به، أما في حالة غياب الاختيار يتولى القاضي اللجوء و استعمال الضوابط الاحتياطية وذلك بطريقة جامدة أو عن طريق إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد ذلك القانون. غير أن هناك بعض التشريعات المختلفة اختلفت بخصوص اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد ، كون أن هناك اتجاه يرى أن للأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون ، في حين يرى البعض الآخر أن حرية الأطراف تكون مقيدة في اختيار القانون (المبحث الثاني)

المبحث الأول

التطور التاريخي لقاعدة الإسناد

تولى فقهاء القانون الدولي الخاص منذ القدم إلى البحث عن مختلف الحلول الفقهية التي تبين القانون الواجب تطبيقه على المعاملات التجارية التي تتم بين مختلف المقاطعات ، حيث كان العقد في بداية الأمر يخضع لقانون محدد سلفا باعتبار أن إرادة الأطراف اتجهت إلى اختياره (المطلب الأول) ؛ لكن هذا لم الوضع لم يتغير لدى الفقه الحديث نسبيا كونه هو أيضا تجاهل بدوره دور الإرادة في اختيار القانون الواجب تطبيقه على مثل هذه العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأثير الفقه الكلاسيكي في ظهور قواعد الإسناد

تعتبر بدايات ظهور قواعد الإسناد خلال القرن الثالث عشر بين مدن شمال إيطاليا، حيث تصدى الفقهاء إلى تنازع القوانين واختلف آرائهم من فترة إلى أخرى؛ وبالتالي سنتعرض إلى أهم المدارس التي لها تأثير في ظهور تلك قواعد الإسناد فيما يخص المعاملات التجارية و المتمثلة في المدرسة الإيطالية القديمة (الفرع الأول)، وتليها المدرسة الفرنسية و بالخصوص نظرية الفقيه "ديمولان" (الفرع الثاني) ، و بعدها سيتم التطرق إلى المدرسة الهولندية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المدرسة الإيطالية القديمة

يتمثل الفقه الكلاسيكي في المدارس الكلاسيكية القديمة التي ظهرت في أوروبا القديمة وذلك لحل مشكلة تنازع الأحوال (القوانين) وذلك بين مختلف المقاطعات التي كانت تربطها معاملات مختلفة أبرزها المعاملات التجارية وكان ذلك بعد هجر مبدأ شخصية القوانين المطلق و مبدأ إقليمية القوانين المطلق كذلك، لوجود ظروف ملائمة لقيام التنازع أبرزها تطور المعاملات التي تربط هذه المقاطعات وذلك في مجالات مختلفة خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات التجارية ؛ ومن ثم سعى فقهاء المدرسة الإيطالية إلى وضع اللبنة الأولى لحل مشكلة تنازع القوانين.⁽¹⁾

و كانت البداية مع نهاية القرن الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر، حيث تولى فقهاء هذه المدرسة وضع اللبنة الأولى بخصوص المعاملات التي تتم بين

1. عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2017، ص 15 .
يقصد بنظرية الأحوال الإيطالية هو التعبير عن الأعراف و العادات التي تمارسها مدن إيطاليا وذلك في علاقاتها التجارية وبالتالي أدى إلى ظهور تنازع بين الأعراف كونها مختلفة من مدينة إلى أخرى.

الأشخاص الذين ينتمون إلى مقاطعات ذات أعراف مختلفة وهذا الأخير هو ما يثير مسألة التنازع ، وهو الأمر الذي يجعلنا نتطرق إلى البحث عن العرف (القانون) الملائم لحكم هذه المعاملات، وفيما يخص المعاملات التجارية تولى فقهاء هذه المدرسة وضع حلول تكشف عن القانون المختص (العرف).

فمنذ نهاية القرن الثاني عشر سعى فقهاء شمال إيطاليا إلى وضع حلول عن تنازع القوانين وذلك من خلال إيجاد حلول مناسبة لها ، وعرفت أيضا بتسمية "مدرسة الحواشي" بالنظر إلى الطريقة التي استعملوها في دراستهم لمجموعة "جوستينيان" وهو قانون الثالوث المقدس و مفاد هذا النص أن الشعوب التي تخضع للحكم الإمبراطوري ملزمة بإتباع الديانة المسيحية التي جاء بها "بطرس" كما أنها تخضع للقوانين الإمبراطورية حتى و إن كانوا خارج تراب الوطن.⁽²⁾ وعلى سبيل المثال شخص بولندي يسكن في "مودان" فالسؤال المطروح هو بخصوص القانون الواجب تطبيقه حول وصية البولندي فهل يتم تطبيق القانون البولندي أو القانون الإقليمي ؟ حيث نجد أنه أعطى الاختصاص لقانون المكان الذي تم فيه إجراء الوصية ، وذلك لغرض فتح المجال لإجراء تصرفات صحيحة وذلك في أي بلد كان.⁽³⁾

فمن خلال ما سبق يتبين لنا أن فقهاء هذه المدرسة أخضعوا شكل التصرف لقانون محل الإبرام ، و هو الأمر الذي أدى إلى إنشاء أول قاعدة وهي تلك المتعلقة بإخضاع العقد لقانون بلد الإبرام، و حجتهم في ذلك أن المتعاقدان يعتبران راضيان ضمنا بتطبيق ذلك القانون و هذا ما أدى إلى إعطاء الأفراد الحرية بإضافة إلى التوسع من نطاق تطبيقها.⁽⁴⁾

2. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية،دراسة مقارنة) ط3دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2013 ، ص79

3.الهداوي حسن ، القانون الدولي الخاص، (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة) ، ط7، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2017 ، ص40

4. المرجع نفسه ، ص 41

أخضع الفقهاء شكل العقد لقانون القاضي أما بخصوص موضوعه فهو بدوره أخضعه لمكان الإبرام ، إلا أن الفقيه "باترول" حيث نجده أثار تساؤل بخصوص القانون الواجب تطبيقه بالنسبة للعقد المبرم من طرف الأجنبي؟ ففي هذه الحالة أخضع موضوع العقد بالإضافة إلى شكله إلى قانون محل الإبرام ؛ أما فيما يخص إثبات العقد فهنا نجد أنه ميز بين قوة الدليل وإجراءات تقديمه ، حيث أخضع الأولى لقانون محل الإبرام مدمجا بذلك مسألة الإثبات مع مسألة الشكل، أما الثانية فقد أخضعها لقانون القاضي. كما نجد أن الفقيه "بارتول" تطرق إلى مسألة الآثار أين نجده أيضا ميز بين الآثار المباشرة و الغير مباشرة ، أين أخضع الأولى لقانون محل الإبرام لقانون محل الإبرام في حين أخضع الثانية لقانون محل التنفيذ أما في حالة عدم تحديده فهي تخضع لقانون القاضي.⁽⁵⁾ كما أخضعت هذه المدرسة الجرائم لقانون مكان وقوعها دون أن يتم التمييز بين الجرائم الجنائية و المدنية، حيث تم اعتبارها نواة القاعدة الحديثة التي مفادها "الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه" كما نجده أيضا أخضع المال لقانون موقعه بالإضافة إلى إخضاع الأهلية و حالة الشخص إلى قانون الموطن.⁽⁶⁾

رغم الفضل الكبير الذي عرفته هذه المدرسة باعتبار هذه الأخيرة هي التي وضعت بعض القواعد التي يمكن اللجوء إليها لحل التنازع إلا أنها تعرضت لانتقادات أبرزها و أهمها:

- ✓ عدم الاعتماد على مبدأ عام لحل المشكلة بل يلجئون إلى وضع حلول مسبقة لبعض الحالات المستعصية.
- ✓ انعدام الدقة و التحديد في المعيار المتبع و الذي يؤدي إلى تباين وجهات النظر واختلاف الحلول لنفس المشكلة.

5. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف الإسكندرية ، الإسكندرية 2000، ص ص 30 - 31

6. أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004، ص49

✓ اعتماد هذه المدرسة على تحليل القوانين المتزامنة لحكم العلاقة المعروضة.⁽⁷⁾

الفرع الثاني: النظرية الفرنسية القديمة

انتقل الفقه الايطالي القديم إلى فرنسا وذلك لوجود علاقات علمية بين مدن شمال ايطاليا وفرنسا، وذلك باعتبار أن العلماء الإيطاليين يرتدون معاهد فرنسا و بالمقابل انتقال الفرنسيين للاطلاع على فقه ايطاليا.⁽⁸⁾

تعتبر بداية ظهور هذه المدرسة في القرن السادس عشر، حيث يعتبر الفقيه "ديمولان" حلقة وصل بين المدرسة الايطالية والفرنسية وذلك باعتباره من بين الأسس المعمول بها في كل التشريعات المعاصرة وذلك بإخضاع العقد لقانون الإرادة. حيث نجده قام بتقسيم الأحوال إلى عينية والمراد منها تلك المتعلقة باكتساب الملكية و أحوال شخصية والتي يقصد منها تلك المتعلقة بالحقوق العائلية. والملاحظ هنا أن المدرسة الفرنسية قامت بالأخذ بمبدأ الإقليمية كأصل أما استثناء فقد أخذ بمبدأ شخصية القوانين.⁽⁹⁾ فرغم كون الفقيه "ديمولان" هو أول من بادر إلى ذلك التقسيم إلا أن الفقيه "دارجنتره" هو الذي جعلها منها نظرية شبه كاملة وذلك من خلال اعتبار حلول تنازع الأعراف بمثابة مبادئ، إذ أنه قام بالتعليق على نص المادة 218 من تقنين أعراف "بريتاني" كونه كان قاضيا في ذلك الوقت، إذ أن مضمون نص المادة السابقة الذكر

تنص على: « يجوز لكل شخص أن يهب أمواله لغير ورثته طالما لم تكن تلك الهبة قصد التحايل ضد ورثته. » و السؤال الذي بادر في ذهنه هو: ما مصير أموال الهبة المتواجدة خارج مقاطعة بريتاني والذي ينطبق عليه ذلك النص السابق؟⁽¹⁰⁾

7. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2016، ص70

8. عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص18

9. غصوب عبده الجليل، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2008، ص16

10. عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص205

يلعب الفقيه "ديمولان" دوراً كبيراً من خلال إبراز دور الإرادة في مجال العقود الدولية وذلك من خلال اختيار القانون الواجب تطبيقه عليها، وهو الأمر الذي أدى بنا إلى القول بأنه المبرز لدور الإرادة، إلا أن البعض الآخر يقر بأنه أخضع هو الآخر العقد لمكان إبرامه أي موطن الزوجين وهذا ما أدى إلى تجريد الإرادة من أداء مهامها في اختيار قانون آخر.⁽¹¹⁾ كما نجد أن الفقيه "ديمولان" أنشأ قاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة بنوعيتها (الصريحة أو الضمنية) حيث قام بالفصل بين شكل التصرف و موضوعه أين أبقى على الخضوع الأول لقانون محل الإبرام، في حين أخضع الثاني لقانون الإرادة أما في حالة انعدام الاختيار فإنه أبقى إخضاع العقد سواء شكلاً أو موضوعاً لقانون محل الإبرام. يمكن لنا القول أن هذه القاعدة تشكل الأصل التاريخي لقاعدة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة؛ إلا أنها لم تستطع مواكبة التطور المستقبلي في بعض الحالات وهذا ما يؤدي إلى عجزها على مواجهة جميع الاحتمالات.⁽¹²⁾ يمكن لنا القول أن الفقيه "دارجنترية" قد أقام نظرية عامة بخصوص تنازع القوانين أن سعى إلى وضع الحلول المختلفة لها، و القيام برد تلك الحلول إلى أفكار عامة يتم جمعها في مبدأ عام و هو اعتبار عينية الأحوال هو الأصل أما شخصية الأحوال هي الاستثناء، غير أن الفقيه "دارجنترية" لم يشمل جميع الأحوال وذلك باعتبار أن هناك أحوال أخرى لم تشملها الأحوال العينية والشخصية، وهذا ما أدى إلى اعتبار النظرية محاطة بالنقص و الغموض.⁽¹³⁾ لكن لم تعرف نظرية "دارجنترية" نجاحاً وانتشاراً في أوروبا والسبب في ذلك أنه جاء متأخراً عن العصر المناسب له، خاصة بعد إشراف النظام الإقطاعي على الانهيار واسترجاع الملوك لسلطاتهم ونفوذهم.

11. عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 19

12. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 32

13. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 53-54

وجهت لهذه النظرية العديد من الانتقادات أبرزها:

✓ عدم الاكتفاء بالتقسيم الثنائي للأحوال أو القوانين لمواجهة جميع أوجه التنازع التي يمكن أن تثار.

✓ تجاهل عملية إسناد التصرفات القانونية والأفعال الصادرة

✓ عدم القيام بالتمييز بين الأشياء التي تعتبر من الإجراءات و بين الأشياء التي يمكن اعتبارها من الموضوع.⁽¹⁴⁾

ونظرا للانتقادات الموجهة لهذه النظرية وخاصة فيما يتعلق بمسألة عدم التطرق الى جميع الأحوال، فقد سعت هذه المدرسة إلى إضافة نوع جديد و المتمثل في الأحوال المختلطة و هو مزيج بين الأحوال الشخصية و العينية ، أو تلك المتعلقة بالأحوال ذات خصوصية معينة ، أين تم إخضاع هذا النوع إلى إقليمية القوانين كزنها الأصل.⁽¹⁵⁾

الفرع الثالث : النظرية الهولندية أو نظرية المجاملة الدولية

عرفت هولندا في القرن السابع عشر ازدهارا بين مدنها وذلك بعد تخلصها من السيطرة الاسبانية أين عرفت التجارة ازدهارا مع المدن الأخرى أين احتاجت إلى اتخاذ حلول ذات طابع دولي، حيث نجد أن هذه المدرسة تأثرت بالفقيه الفرنسي "دارجنتره" إلا أن هناك بعض الفقهاء الهولنديين و خاصة الفقيهين "بول فولت و هوير" اللذان اعتبرا أن القانون الوطني يجب تطبيقه على الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة أو خارجه. إذ أنهم يعتبرون أن هذه الإقليمية بأنها غير مطلقة مع إمكانية قيام تنازع القوانين باعتبار أنه يمكن تطبيق القانون الأجنبي وذلك على سبيل المجاملة.⁽¹⁶⁾ و يرجع السبب في ذلك إلى الرغبة الشديدة في المحافظة على

14. زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، ج1 (تنازع القوانين) ، مطبوعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 ، ص 57

15. عامر محمد الكسواني ، مرجع سابق ، ص ص72-73

16. حفيظة السيد الحداد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص ص 22-23

المعاملات التجارية وذلك كونها الشائعة في مجال التجارة الدولية ، إلا أنه كان من الأجدر لو كان على القاضي و هو في صدد تطبيق القانون الأجنبي فانه يسعى إلى البحث عن القانون الأصح لتكم العلاقة و ليس تطبيقه على سبيل المجاملة لأن هذه الأخيرة تقضي على جوهر تنازع القوانين.⁽¹⁷⁾ كما نجد أن الفقه الهولندي أخذ هو أيضا بدوره بتقسيم الأحوال إلى شخصية و عينية و هو الذي تطرق إليه الفقيه "دارجنتره" إلا أنهم خالفوه بالنسبة لمسألة الأحوال (القوانين) المختلطة، كون أن هذه الأخيرة حسب رأيهم فإنها تشمل قواعد الشكل و الإجراءات التي تخضع للقانون الإقليمي. وقد تطرق الفقيه "هوبر" إلى وضع ثلاثة قواعد اعتبرت من البديهيات في إطار تنازع القوانين و المتمثلة في:

✓ لكل دولة سلطة عامة داخل إقليم تلك الدولة ويسرى على كل رعاياها دون امتداد تلك السلطة إلى خارج الإقليم.

✓ إمكانية سماح الدولة و ذلك على سبيل المجاملة لقوانين البلاد الأجنبية التي صار تطبيقها في إقليم تلك البلاد وذلك حفاظا على أثارها و دون المساس بسلطة الحكومات الأخرى ولا بحقوق رعاياها.

✓ اعتبار الأشخاص المتواجدين داخل إقليم لدولة سواء كانوا مقيمين أو عابري سبيل من رعايا الدولة.⁽¹⁸⁾

الهدف من الأخذ بمبدأ المجاملة لدى الفقه الهولندي هو التخفيف من قسوة المبدأ الذي أخذوا به وما ما يترتب عنه من نتائج جد خطيرة على مصالح الأفراد و على المصالح المشتركة للدول؛ وقد عرفت فكرة المجاملة الدولية نوعا من الغموض بدليل أنه في حالة تطبيق الأجنبي بتقدير من القاضي وذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة فإن ذلك يفتح مجالا

17. ناتوري كريم ، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2019-2020، ص 22

18. زروتي الطيب ، مرجع سابق ، ص 5

للتعسف أين يتم تطبيقه متى أرادوا و يتم رفضه متى أرادوا وهذا الأمر غير معقول، ولكن هذا ليس بالمقصود الذي أراده الهولنديين و إنما المقصود المراد التوصل إليه هو إعطاء المشرع الحرية بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، بدليل أن فكرة المجاملة تقوم في مرحلة وضع قاعدة التنازع وليس عند تطبيقها.⁽¹⁹⁾

كما أن هذه المدرسة لم تسلم كغيرها من الانتقادات أبرزها:

✓ تجاهل الصفة العلمية لقواعد تنازع القوانين

✓ رفض الصفة الإلزامية لتطبيق القانون الأجنبي باعتبار أن هذا الأخير من بين صور المجاملة فقط.

و خلاصة عن كل ما سبق قوله بخصوص تأثير الفقه الكلاسيكي في ظهور قواعد الإسناد، هو أن ظهور مسألة تنازع القوانين بصورة مفاجئة، بل اعتبارها موجودة منذ بداية العلاقات القانونية بين الأفراد التي تأخذ الطابع الأجنبي وعلى الرغم من احتواء كل فكرة من الأفكار السابقة على السيطرة نوعا ما بخصوص مسألة التنازع وذلك في المدن القديمة ، إلا أن مدن شمال إيطاليا استطاعت الإفلات و ذلك راجع إلى أسباب منها:

✓ عدم ظهور النظام الإقطاعي داخل المنطقة من الناحية النظرية فقط وحتى عند ما تم ظهوره كان ذلك بطريقة ضمنية، والسبب في ذلك راجع إلى تلك الحروب الصليبية وهذا ما جعل من المدن الشمالية تتمتع باستقلالية وبالتالي تكوين أنظمة محلية.

✓ اهتمام الأفراد بالتجارة و الدخول في علاقات اقتصادية متنامية و خلق جو من الثقة و الاستقرار بينهم و بين المتعاملين معهم تجاريا وذلك ما سمح بتطبيق أحكام بعض التشريعات و توفير تربة ملائمة لظهور مسألة التنازع بين التشريعات

✓ انعدام الاختلاف الجوهرى و الأساسي بين مختلف التشريعات المتنازعة و ذلك كون أن الأصل واحد و المتمثل في القانون الروماني.⁽²⁰⁾

19. أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ص ص 54-55

20. عامر محمد الكسواني، مرجع سابق ، ص ص 74 . 75

المطلب الثاني

تأثير الفقه الحديث نسبياً في ظهور قواعد الإسناد

بعد التطرق على مختلف الآراء و المواقف التي عرفها الفقه الكلاسيكي سنتعرض إلى أهم الفقهاء المعاصرين الذين لهم دور كبير في ظهور قواعد الإسناد فمن أبرزها نجد النظرية الألمانية وبالخصوص نظرية الفقيه "سافيني" (الفرع الأول)، تم بعدها سيتم التعرض إلى النظرية الإيطالية الحديثة وخاصة نظرية الفقيه "مانشيني" (الفرع الثاني)، و في الأخير سنتعرض إلى آراء و مواقف النظرية الفرنسية الحديثة وبالتحديد نظرية الفقيه "بيليه" (الفرع الثالث).

الفرع الأول : النظرية الألمانية أو نظرية الفقيه "سافيني"

خلال القرن التاسع عشر و العشرين عرف فقه تنازع القوانين تطورا أين ظهرت اتجاهات فقهية تقوم على فكرة تطبيق القوانين الأجنبية داخل الإقليم الوطني، وهو ما أدى إلى بروز سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية الدولية. (21)

من بين النظريات المعروفة في الفقه الحديث نجد نظرية الفقيه "سافيني" أين كان من المفروض عليه إتباع مبادئ "نظرية الأحوال" وذلك نظرا إلى انقسام ألمانيا إلى أقاليم لكل واحدة منها أعرافها و قوانينها الخاصة بالإضافة إلى أن سيادة القانون الروماني آنذاك تعتبر الشريعة العامة لكل المقاطعات، إلا أن الفقيه "سافيني" لم يلجأ إلى التمييز بين الأحوال العينية والشخصية، ولم يتم باعتبار مبدأ الإقليمية هو الأصل و الشخصية هو الاستثناء فالفقيه "سافيني" لم يتم بتحديد نطاق التطبيق المكاني للقوانين و بالتالي لم يتم بالاعتماد على فكرة مسبقة لحل تنازع القوانين أي نادي إلى ضرورة إيجاد حلول واقعية.

عدم اعتبار الفقيه تنازع القوانين هو تنازع بين سيادات و إنما المشكلة تكمن في كيفية إيجاد أكثر القوانين المناسبة و الملائمة وذلك بما يتماشى مع طبيعة العلاقة القانونية، كما أن معنى السيادة لا يراد به تحديد النطاق الإقليمي وإنما الهدف منه هو السعي إلى حمايته و

21. عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 20

الدفاع عنه وتحقيق التنسيق الدولي للحلول و بمعنى آخر هو ذلك القرار المتعلق بعلاقة معينة و الذي يجب أن يتم تطبيقه في تلك الدولة التي أصدرته.⁽²²⁾

عرفت نظرية "سافيني" مبدأ مهم ألا وهو الاشتراك الحضاري والتي يراد منها : « أن القوانين الأوروبية مستمدة من قانون واحد و هو القانون الروماني واعتناق الديانة المسيحية و هذا ما يؤدي إلى وجود تشابه و اشتراك حضاري.» كما يمكن اعتبار أن الروابط الموجودة بين الشعوب تجعل من قوانينها متشابهة و لكن لا يمكن اعتبارها متماثلة، إذ أنه لا يطبق ذلك القانون الغير مشترك حضاريا وذلك مع القوانين الأوروبية و ذلك لغياب العنصر الأساسي و هو الاشتراك، وتعتبر هذه الفكرة مشابهة للفقهاء الايطالي كما اعتبر الفقيه أن القوانين الأوروبية المشتركة تؤدي بالضرورة إلى حلول مشتركة كذلك.⁽²³⁾ كما أن العمل بفكرة الاشتراك الحقوقي لا يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء أو المجاملة وإنما هو مجرد أعمال للمبدأ الذي اعتبره سافيني هو المبدأ الأساسي لقيام تنازع القوانين.⁽²⁴⁾ كما نجد أن الفقيه "سافيني" اعتمد على المنهج التحليلي وذلك عن طريق تحليل العلاقات القانونية لغرض إيجاد القانون المناسب من أجل تطبيقه، وذلك باعتبار أن لكل رابطة قانونية مركز قانوني بحيث يتوجب تحديد الطبيعة و وضعها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا الأخير بشأنها ويمكن لنا تقديم تعريف بسيط للرابطة أو العلاقة على أنها : « ذلك المكان الذي يتم فيه

تحقيق فيه كافة أو معظم الآثار.» وإعمالا لمبدأ التركيز المكاني فإن الفقيه أخضع أهلية الأشخاص لقانون الموطن أما الأموال فأخضعها لقانون موقعها، أما فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية فبحسب رأيه يجب أن يطبق عليها قانون المكان الذي تجرى فيه هذه الالتزامات.⁽²⁵⁾

22. عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 222-223

23. ناتوري كريم ، مرجع سابق ، ص 23

24. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009، ص 536

25. أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، 224.225

كما أن تركيز العقد تكمن في مكان تنفيذه وإخضاعه لقانون ذلك المكان، وذلك كون أن تحليل العلاقات القانونية و تركيزها في مكان معين الذي نتج فيها كل الآثار و بذلك هو القانون السائد في ذلك المكان على أساس الخضوع الاختياري، كما أن الفقيه اعتد بمبدأ سلطان الإرادة واعتبار ذلك التبرير مجرد تبرير نظري لاحق لإسناد أمر محدد.⁽²⁶⁾ كما أن الفقيه سمح للإرادة في اختيار قانون آخر وذلك في حالات معينة إلا أنه لا يتخطى القاعدة العامة التي مفادها هو إخضاع العقود الدولية لقانون دولة التنفيذ دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة المتعاقدين؛ كما أن الفقيه "فوكس" يرى أن العقد يخضع لقانون بلد الإبرام وفقا للأعراف و العادات و ذلك منذ القدم أما في حالة ما إذا كان التنفيذ سيتم في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسرى بخصوص المسائل التي تثار بعد إبرام العقد كما يرى أن تطبيق قانون بلد الإبرام يتم وفقا لفكرة الإرادة الضمنية للأطراف والهدف منها ليست مخالفة العادات و التقاليد في هذا المجال وإنما رفض تطبيق القانون الذي يمكن أن يختاره المتعاقدين.⁽²⁷⁾

نجد أن الفقيه "سافيني" "أخضع الالتزامات التعاقدية فيما يخص شكل التصرف إلى قانون محل إبرامه أما في ما يتعلق بجوهر الالتزام والشروط اللازمة لصحته و آثاره فنجد أنه أخضعه لقانون محل تنفيذه على أساس الخضوع الإرادي، أما بالنسبة للأفعال الضارة فأخضعها لقانون القاضي و حجته في ذلك أن وقوع الأفعال الضارة فإن القاضي يقوم بتطبيق قانونه دون الأخذ بعين الاعتبار القانون الأجنبي.

رغم كل النجاحات التي عرفتها نظرية "سافيني" إلا أنها تعرضت لمجموعة من الانتقادات أبرزها:
 ✓ اعتبار فكرة الاشتراك القانوني هي فكرة غير صحيحة في جميع الأحوال، وذلك باعتبار أن هناك مجموعة من الأنظمة الوطنية رغم أنها يجمعها الاشتراك القانوني إلا أن حلولها مختلفة فيما بينها رغم انتمائها لنظام واحد، غير أن هناك أنظمة لا يجمعها

26. محمود محمد ياقوت ، مرجع سابق ، ص 31

27 – GUTMAN Daniel, Droit international privé ,2 édition, paris, 2000, p 26 à 28

اشترك قانوني إلا أن حلولها متشابهة؛ كما أن التطور الذي عرفته التجارة الدولية أدى إلى إقامة علاقات متبادلة بين حضارات و أنظمة قانونية دون وجود عراقيل.

✓ اعتبار هذا المعيار عام و من الصعب تحديده كما يقوم على تكييف العلاقات القانونية بالرغم من اختلاف طوائف النظم وذلك بحسب التكييف.

✓ اعتبار أحكام تنازع القوانين هي أحكام أمره وبالتالي لا مجال لأعمال الإرادة كي يؤخذ بالخضوع الإرادي ، وذلك كونه يستند مرة إلى إرادة المتعاقدين ومرة إلى قانون محل وجود الشيء و أحيانا إلى ما تقتضيه طبيعة الأشياء باعتبار أن قانون المحل قد يكون إجباريا كما هو الحال بالنسبة للعقار

رغم كل الانتقادات الموجهة إلى "سافيني" إلا أن الفضل يعود إليه في تحرير تنازع القوانين من السيادة الوطنية و أصبح ذات اتجاه عالمي و تركت نظريته أثرا في ألمانيا، كما أن مختلف التشريعات أخذت بنظريته وصاغت قواعد التنازع من الأفكار المستوحاة منه. (28)

الفرع الثاني : النظرية الايطالية الحديثة أو نظرية الفقيه "مانشيني"

خلال القرن التاسع عشر، يرى الفقيه الايطالي "مانشيني" بأنه من الأحسن و الأجدر الأخذ بمبدأ شخصية القوانين (الأحوال) وذلك بالنظر إلى مبدأ القوميات باعتبار أن هذا الأخير ينادى إلى القول أن لكل أمة الحق في إنشاء دولة وهو ما يؤدي إلى مبدأ شخصية القوانين وعدم وضعها لكي لا يتم تطبيقه في إقليم معين بل وجد لكي يحكم الأشخاص. غير أنه يمكن إخضاع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها أي لقانون الجنسية دون الأخذ بعين الاعتبار الإقليم الذي ينتمي يعيش فيها. فمن خلال ما سبق يتبين لنا أن الفقيه الايطالي "مانشيني" أخذ بمبدأ شخصية القوانين (الأحوال) هو الأصل أما الاستثناء هو إقليمها، غير أنه أورد استثناءات تسمح لنا بالعودة إلى مبدأ الإقليمية. (29)

28- زروتي الطيب ، مرجع سابق ، ص ص 62-63

. - غصوب عبده الجليل ، مرجع سابق ، ص 20

29- غصوب عبد الجليل، مرجع سابق، ص ص 18-19

من بين الاستثناءات التي أوردها الفقيه والتي لا يمكن لنا أن نطبق فيها قانون الجنسية وبالتالي تسمح لنا بالعودة إلى مبدأ إقليمية القوانين نجد:

- ✓ إخضاع الأموال لمكان تواجد الأموال وهذا حسب نص المادة 17 من ق.م.ج
- ✓ إخضاع العقد لقانون الإرادة و ذلك دون الأخذ بعين الاعتبار للقانون الشخصي للمتعاقدين بل نادي إلى ضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة إلا أنه يمكن للأطراف مخالفتها كونها قواعد مكملة
- ✓ إخضاع القوانين المتعلقة بالنظام العام للقانون الإقليمي بحيث تسرى على كل الوطنيين و الأجانب على حد سواء في ذلك الإقليم.⁽³⁰⁾

رغم الاختلاف الموجود بين نظرية "مانشيني" ونظرية "دارجنتره" إلا أنهما يتفقان من حيث المنهج المتبع في اعتبار أن هناك حالات مستعصية مسبقا باعتبار أن كل واحد منهما عالج كل مسألة على حدا دون الجمع بينهما فيحاول كل واحد منهما إيجاد الحل المناسب لها وذلك دون تحليل، كم يعود الفضل الى هذه النظرية كونها جاءت بقاعدة الإسناد السائدة على مستوى التشريعات الأجنبية كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي و الألماني و الإيطالي.

رغم النجاح الذي عرفته نظرية "مانشيني" إلا أنها تعرضت لمجموعة من الانتقادات أهمها:

- ✓ كثرة الاستثناءات التي أدخلها على مبدأ شخصية القوانين وهو ما أدى إلى طغيان المبدأ وهذا ما يتعارض مع المنطق.

- ✓ اعتبار الأمة هي الدولة، وهذا الأمر غير صحيح وذلك كون أن الأمة تتكون من مجموعة من أفراد تتحد من حيث الأصل و الدين و اللغة و المشاعر لكن يمكن أن لا يجتمع في دولة واحدة، بينما الدولة تتكون من مجموعة أمم مختلفة.

- ✓ انعدام وجود قاعد التي تنشأ علاقات ما بين الأفراد الذين ينتمون إلى جنسيات مختلفة.⁽³¹⁾

30. ناتوري كريم ، مرجع سابق ، ص 24

31. أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ص ص 57-58-59

الفرع الثالث : النظرية الفرنسية الحديثة أو نظرية "بيليه"

في أواخر القرن التاسع عشر يرى الفقيه الفرنسي "بيليه" أن تنازع القوانين ما هو إلا تنازع بين سيادات مختلف الدول وهذه الأخيرة تتولى تحديد مدى امتداد السيادة التشريعية لكل دولة، فالتالي يجب عليها أن تتبع حلول عامة حتى وإن كان القانون الدولي العام يفرض مبدأ المساواة بين الدول فإن الحلول المتوفرة عليها يجب أن تقوم على أكثر من الاحترام لسيادات الدول الأخرى، أين تتميز بخاصيتين أساسيتين و المتمثلتان في الدوام و المراد منها هو تطبيق القانون دون انقطاع على الأشخاص إلى غاية إلغائه أم الخاصية الثانية تتمثل في الديمومة و التي يقصد منها هو تطبيق القانون الذي يسري في حدود الإقليم سواء على الأشخاص أو الأموال.⁽³²⁾ كما يرى الفقيه أن وظيفو الدول و أموالهم أو تصرفاتهم إلى ضرورة إخضاعها لقانونها حتى و إن كان في دولة أجنبية كما أن الأشخاص المتواجدين في إقليم الدولة فإنها تخضع لقانونها دون التمييز بين الوطنيين و الأجانب، فالسؤال المطروح هو كيفية التمييز بين القوانين الإقليمية والقوانين الممتدة؟ و تم الإجابة على هذا التساؤل بالقول أن لكل قانون يسعى إلى تحقيق الغرض سواء كان عام أو خاص و بالتالي فتنازع القوانين هو في الحقيقة تنازع المصالح بين الدول التي تهدف إلى تحقيقها بهذه القوانين.⁽³³⁾ والملاحظ أن احتفاظ الدول بخاصية الديمومة و العمومية يؤدي إلى عدم وجود علاقات بين الدول واستحالة وجود حل لأي تنازع، وهذا الأمر يجدر التضحية بأحد المبدأين فإذا تم التضحية بالأولى فإن ذلك يكون لمصلحة الثانية والعكس صحيح. يقول الأستاذ عز الدين عبد الله : « يترتب على تمسك كل دولة يكون قانونها إقليميا و ممتدا في ذات الوفد أن يقع بعض العلاقات القانونية تحت سلطان أكثر من قانون و إذا ما بث القاضي في هذا التنازع بتطبيق قانونه بوصفه القانون الإقليمي الواجب تمتعه بخاصية العمومية على إقليم الدولة

32. أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 231

- عبد السول عبد الرضا الأسدي ، مرجع سابق ، ص 36

33.- محمد المبروك اللافي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ،(دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي) ، منشورات الجامعة المفتوحة ، د.م.ن ، 1994 ، ص 29

انتهينا من الإقليمية المطلقة للقانون و التي كثيرا ما تتنافى مع حاجة العلاقة الدولية. «⁽³⁴⁾؛ فحسب رأي الفقيه فإن الأولوية تعطى لقانون الدولة التي لها مصلحة أكبر في تحقيق هدف قانونها ، فإذا كانت تهدف إلى تحقيق مصلحة الفرد فإنه متعلق بخصوصية الديمومة، أما إذا كانت تهدف إلى تحقيق مصلحة جماعية فإنه متعلق بخصوصية العمومية.⁽³⁵⁾ جاء الفقيه أيضا بمبدأ آخر وهو "مبدأ الاحترام الدولي" و ذلك بالنسبة للحقوق المكتسبة والتي يراد منها كل حق معين استوفى شروط تكوينه في ظل قانون معين يعتبر بشكل أصولي و صحيح يأخذ شكل الحق المكتسب، و يجب أن يكون ذلك الحق محترم تحت مجال أي قانون و ذلك بتوفر شرطين:

اعتراف الحق المكتسب المراد الاحتجاج به من قبل الدولة المراد.

✓ عدم مخالفة الحق المكتسب للنظام و الآداب العامة للدولة المراد الاحتجاج به فيها.⁽³⁶⁾

تعتبر نظرية "بيليه" ذات نزعة اجتماعية للقانون كونها لا تعالج سوى ما يستخدم من حقوق و مراكز قانونية ، أما بخصوص الحقوق المكتسبة فلا يشملها البحث وذلك كونها لا تثير تنازع بين القوانين. تعرضت نظرية "بيليه" لمجموعة من الانتقادات أبرزها:

✓ عدم الاعتراف بتنازع القوانين هو تنازع بين الدول في حين أن موضوعه الأساسي هو

العلاقات الدولية الخاصة

34. الأطرش محمد ، القانون الدولي الخاص ، مطبوعات المعرفة ، المغرب ، 2004 ، ص 23

35. دريال عبد الرزاق ، الوافي في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، (النظرية العامة في تنازع القوانين الجزائري و المقارن) ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص ص 44- 45

36. عامر محمد الكسواني ، مرجع سابق ، ص 77

. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مرجع سابق ، ص 36

✓ تقسيم القوانين إلى ممتدة و إقليمية بحسب هدفها فهي ممتدة إذا كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة الفردية، و إقليمية إذا كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في حين أن كل القوانين تهدف إلى الحماية الجماعية.

رغم كل الانتقادات الموجهة إليه إلا أنه شهد تأثير على التطور التشريعي في أوروبا آنذاك ، كما أنه كان قانون الموطن هو السائد خلال قرون طويلة إلا أن معظم التشريعات تأخذ بقانون الجنسية.⁽³⁷⁾

أرى شخصياً أن فقه تنازع القوانين سواء تعلق الأمر بالفقه الكلاسيكي أو الفقه الحديث لم يتمكن من إبراز دور الإرادة في القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية و ذلك على المستوى الدولي ، فقد إعتبروا أن الإرادة الضمنية و التي تم إبرازها بغرض تبرير الإسناد المسبق لقانون مكان التنفيذ أو مكان الإبرام، وبالتالي أدى ذلك إلى تجريد مبدأ سلطان الإرادة من معناها الحقيقي.

37. أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ص65

– HANRIE Batiffol, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, recueil des cours de l'académie de la haye de droit internationale privé, tome 2, 1973, p305.

المبحث الثاني

استقرار دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

إن التصريح باختيار قانون العقد الدولي هو دليل على وجود الإرادة، حيث يمكن أن تكون هذه الأخيرة صريحة أين يتم فيها اتفاق الأطراف على اللجوء إلى قانون معين، غير أنه يمكن استنتاج وجود الإرادة من خلال الظروف المحيطة بالعقد وهي التي تكشف عن الإرادة الضمنية في اللجوء إلى قانون محدد (المطلب الأول).

إلا أنه هناك حالات أين تتعدم فيها الإرادة وهذا ما يؤدي إلى عدم إمكانية اختيار قانون العقد، أين يمكن للقاضي تعيين هذا القانون وذلك بالاعتماد على ضوابط احتياطية الواردة في قاعدة إسناد معينة، حيث يقتصر أو يتمحور موضوعنا حول المادة 18 ق م ج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تولى إرادة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

تقتصر دراستنا ببيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وذلك من حيث معرفة الإرادة الصريحة للأطراف (الفرع الأول) وفي حالة استحالة ذلك يجب السعي الى معرفة الإرادة الضمنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإرادة الصريحة في اختيار قانون العقد الدولي

يمكن لنا أن نعرفها على أساس أنها بمثابة قيام المتعاقدين بصفة صريحة إلي تعيين قانون معين من أجل أن يطبق على العقد الدولي، أين يصب عنصر من أجل إنهاء النزاع في حالة توفر شروط تطبيق ذلك القانون. حيث يمكن التعبير عن تلك الإرادة بكل وسيلة دون الأخذ بعين الاعتبار الشكل المتبع، وهذا ما نصت عليه المادة 60 ق م ج "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداول عرفاً، كما يمكن اتخاذ موقف لا يودع أي شك في دلالاته علي مقصود صاحبه. (38)

حيث يفهم من نص المادة السالفة الذكر أن الإرادة الصريحة هي تلك المعبر عنها صراحة بطريقة علنية في العقد، أو هو عبارة عن تعبير للإرادة من خلال رسم حدود القانون على محتوى العقد شرط أن لا يكون مخالف للنظام العام و عدم وجود أي غش نحو القانون.

نستنتج أن المشرع الجزائري لم يفصل بخصوص الإرادة الصريحة كوصف من أوصاف الإرادة حيث أن المادة 18 ق م ج جاءت بصيغة العمومية، أين يفهم منها أن المشرع أخذ بها. (39) و بالعودة إلى نص المادة السالفة الذكر التي تنص "تسرى على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين". (40)

38- المادة 60 من أمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن ق.م، ج.ر عدد 78 الصادر في 30-09-1975، معدل و متمم.

39- فتاوى إيمان، إيبودغاسن جبار، الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019-2020، ص ص 20-21.

40- المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

يراد بالاختيار الصريح في مجال تنازع القوانين على أنه ذلك التعبير عن اختيار القانون الواجب التطبيق صراحةً وذلك أعمالاً لقاعدة الإسناد الذي يجعل منه ضابط إسناد أصلي وذلك من خلال إدراجه كبند أو اتفاق مستقل عن العقد. (41)

هناك حالات أين لا يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين خلال إبرام العقد، وذلك بالنظر لكونهم يجهلون طبيعة العقد غير أنه يمكن أن يكون في بداية الأمر هو عقد داخلي ولكن مع مرور الوقت يمكن أن يتخلله عنصر أجنبي وبالتالي يتحول إلى عقد دولي، ويرجع تجاهلهم في

ذلك بخصوص مسألة تحديد القانون الواجب تقادياً للخلافات التي تؤدي إلى عرقلة إبرام العقد، غير أنه يمكن أبرام العقد، غير أنه يمكن تحديده في وقت لاحق فهو غير مقيد بزمن محدد. (42)

هناك عدة عقود دولية تنص في نهايتها على بندين أساسيين المتمثلان في: تحديد القضائية المختصة بالنظر في خلافاتهم المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، إضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وتعود الغاية في تحديده هو نتيجة اعتباره "عقد تأمين" وذلك تقدياً للمخاطر التي يمكن أن تحصل في المستقبل.

فقد أثير تساؤل بخصوص العقد المبرم في ليبيا و ذلك العقد هو عقد بيع بين ليبي و مغربي أين تم الاتفاق على التسليم في تونس فهل يمكن الاتفاق على تطبيق القانون الايطالي؟ وأجاب على هذا التساؤل حكم المجلس الخاص لانجلترا أين أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون المراد اللجوء إليه وذلك دون وجود أي قيود على هذه الحرية و يجب أن يكون هذا الاختيار غير مخالف للنظام العام. إلا أن هناك جانب من الفقه يرى أن اختيار الأطراف لقانون معين يعتبر عديم القيمة وذلك لغياب "صلة جوهرية" بين العقد و الدولة التي اختير قانونها لحكمه. بينما يتجه جانب آخر الى وجود صلة بين العقد والبلد الذي اختير قانونه حيث لا يجب

41- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 50-51.

42- المرجع نفسه، ص 52.

أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد بل يجب أن تكون له صلة فنية معينة كأن يكون العقد في صورة نموذجية متعارف عليها في أوساط التجارة الدولية.

نستنتج من خلال ذلك أن القانون المختار من طرف الأطراف يجب أن تكون له صلة بذلك البلد إلا أنها تبقى نظرية بحتة.⁽⁴³⁾

هناك صورتين للتعين الصريح يمكن أن يتخذهما أين تتمثل الأولى بالكتابة سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو اتفاق مستقلا ممتدا بين إبرام العقد إلى غاية عرض النزاع على القضاء، في حين تتمثل الصورة الثانية في الاختيار الصحي الشفوي وهذه الأخيرة يصعب إثبات القانون المختص، إلا أنه يجدر الإشارة إلى أن هذا التعيين يمكن تعديله باتفاق الأطراف وهذا التعديل يجب أن يتمشي مع طموحاتهم إضافة إلى كونه يكون بأثر رجعي دون المساس بحقوق الغير.

نصت المادة 116فقرة الثالثة من القانون الدولي الخاص السويسري على ما يلي:

"L'élections de droit peut être faite modifiée en tout temps ,si elle est postérieure a la conclusion du contrat ,elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés".

كما أن هذا ما أكدتها المادة الثالثة الفقرة الثانية من اتفاقية روما.⁽⁴⁴⁾

يعتبر اختيار الأطراف لقانون العقد الدولي هو تجسيد لما جاءت به قاعدة الإسناد التي تثبت سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.⁽⁴⁵⁾

43- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 1097- 1098.

44- المادة 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري.

[https:// www.admin.ch/opc/fr/ckassifed-copit/198712/index.html](https://www.admin.ch/opc/fr/ckassifed-copit/198712/index.html).

45- عبيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 54.

من المعروف أن العقود الدولية و النقل الدولي احتوائها على عقود نموذجية التي تخضع لقانون معين أين تخضع معاملات هذه العقود لذلك القانون وذلك دون وجود صلة من عدمها، وعلى سبيل المثال إخضاع عقود التأمين البحري لقانون التأمين الانجليزي دون النظر في جنسية الأطراف.⁽⁴⁶⁾

وجود علاقة بين التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية في اعتبار الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بمثابة نقطة محورية رغم الاختلافات الموجودة ، و بالرجوع إلي ما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة 1980 وما ورد في نفس المادة بعد أن تم استبدالها سنة 2008 « le choix et exprés » أين أبتقت على دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

يعتبر الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي هو بمثابة إسناد أصلي حيث من خلاله يتبين اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقود التجارية.⁽⁴⁷⁾

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية في اختيار قانون العقد الدولي

يراد بالإرادة الضمنية تلك الإرادة الحقيقية ولكنها غير ظاهرة أي لم يتم الأطراف بالإعلان عنها ، غير أنه يمكن للقاضي استنتاجها من خلال الظروف المحيطة به فهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا وذلك باعتبار أن القاضي في هذه الحالة يقوم بتفسير العقد.⁽⁴⁸⁾

يعتبر التعبير الضمني الطريق الايجابي للتعبير عن الإرادة فهو بمثابة تعبير غير مباشر يتم استنباطه من خلال الأفعال التي يقوم بها المتعاقدين وهذه الأفعال لا يعد تعبيراً عن الإرادة وإنما هي إشارة لمعرفة المعنى المقصود وهذه الظروف لا يمكن إلا اعتبارها تعبيراً عن الإرادة.⁽⁴⁹⁾

46- عز الدين عبد الله ، مرجع سابق، ص ص 430 -431.

47- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 56.

48- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 431.

49- فتوى إيمان، إيودغاسن جبار، مرجع سابق، ص ص 21 - 22.

كما اتفقت تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة الأخذ بتلك الإرادة الضمنية أين نجد أن المادة 19 فقرة 1 من القانون المدني المصري أنه يسري على العقد القانون الذي يتفق عليه الأطراف، وفي حالة تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي يتبن من الظروف هو أنه الذي تطبيقه، إضافة إلى ما نصت عليه اتفاقية روما 1980 على أنه يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية فمن بين الملامسات التي تدل على هذه الإرادة نجد ذكر المحكمة التي تم الاتفاق على تفويضها الاختصاص بمنازعات العقد. (50) فعلى سبيل المثال بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار. (51)

يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال قرائن ذاتية يتم استنباطها من العلاقة القانونية ذاتها كالجنسية المشتركة أو عن طريق قرائن خارجية التي استنبطوها كهذا دليل على اتجاه إرادتهم على تطبيق قانون تلك الدولة. (52)

اعتبر المشرع الجزائري الإرادة كضابط إسناد أصلي، أين وضع كل من الإرادة الضمنية و الصريحة في نفس المرتبة رغم اختلاف الآثار القانونية لهما. (53) ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري في نص المادة 18 من ق م ج سواء كان ذلك قبل التعديل أو بعده فإنه لم يرقم بالإفصاح عن نوع الإرادة التي أخذ بها، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بضرورة إعادته لمحتوى المادة السالفة الذكر.

50- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 1099- 1100.

51- عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول (نظرية العقد)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م.ن، 1998، ص ص 41-42.

52- زياد خليف العنزي، "مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية وفق لمؤتمرهاي (2015)"، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 13، العدد 2، كلية القانون، جامعة العين للعلوم و التكنولوجيا، ابوظبي، 390، ص 2016

53- فتوى إيمان، ابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 22

54- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 58-59

حسب التشريعات الوطنية نقر بأنه ليس هناك فائدة للتمييز بين الإرادة الصريحة و الضمنية كونهما يتمتعان بنفس القيمة باستثناء بعض الحالات التي يشترط فيها إفراغ التراضي في قالب خاص،⁽⁵⁴⁾ أما فيما يتعلق بنظرية تنازع القوانين نجد أن هناك بعض القوانين جعلت كل من الإرادة الصريحة و الضمنية في نفس المرتبة وذلك بطريقة واضحة وذلك باعتبارهما يشكلان ضابط إسناد أصلي. فيما يرى البعض الآخر من القوانين لم تقم بالإفصاح عنها على نحو صريح كما هو الحال بالنسبة لقانون المدني الأردني وذلك في المادة 20فقرة 1منه التي تنص: "تسرى على للالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، أما إذا اختلفا سرى قانون الدولة الذي تم فيه العقد، ما لم يتفقا الأطراف على خلاف ذلك".

رغم عدم وجود أي فارق بين الإرادة الضمنية و الصريحة إلا أن هناك بعض الأحوال التي يكون فيها التعبير صريحا وهي تلك الأحوال التي يراد منها تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجود الخطر الذي هو مقدم عليه ،وهذه الحالات إما نص عليها المشرع كما هو الحال بالنسبة لحجية الدفاتر و الأوراق المنزلية ،حيث لا تقوم هذه الأخيرة إلا في إحدى الحالتين أين تتمثل الأولى بذكر المدين فيها صراحة أنه استوفي ديناً أو أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أنه تقوم مقام السند وذلك حسب نص المادة 398ق م ج ؛كما يمكن أن يتفق المتعاقدان أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلا خاصا بأن يكون التعبير صريحا ،وفي كل الأحوال لا ينفذ إلا وفقا للشكل المتفق عليه. (55)

هناك بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي أخذت بالإرادة الضمنية حيث جعلتها تحتل المرتبة الثانية بعد الإرادة الصريحة وهذا كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري في مادته 19أين تنص على ما يلي: "تسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي

55- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 41

56- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 59

يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا، أما إذا اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة الذي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أن يبين من الظروف أن قانون آخر هو المراد تطبيقه⁽⁵⁶⁾ فالسؤال الذي يطرح فيه إشكال هو بخصوص عدم إفصاح المتعاقدان عن إرادتهما أو أن الظروف لا تعبر عن إرادتهما الضمنية فما هو الحل؟ ففي هذه الحالة القاضي لا يقوم بالبحث على "ما يقصده" المتعاقدان وإنما هو يعين "ما كان يمكن أن يقصده" حيث يعرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا و يقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد. (57)

تنص المادة الثانية الفقرة الثانية من اتفاقية لاهاي 1955

« cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse au résulter indubitablement des disposition du contrat »

حيث يفهم منها أن للقاضي له سلطة في استنباط الإرادة الضمنية وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار بنود العقد التي تبين وتؤكد اختيار قانون معين⁽⁵⁸⁾، غير أن هذه الاتفاقية تعرضت للانتقادات وذلك على أساس أنه يعتمد على نصوص العقد دون الاعتماد على الظروف و الملامسات وهو ما أدى إلى تجاهل الإرادة الضمنية وهو ما أدى بوضعي اتفاقية لاهاي 1978 أين وسع من سلطات القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية التي يتم استنباطها من خلال نصوص وظروف العقد وهذا ما يفهم من نص المادة 5 فقرة 2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1978.⁽⁵⁹⁾

تعتبر اتفاقية روما لسنة 2008 من أهم الاتفاقيات التي قيدت سلطات القاضي في استنباط الإرادة الضمنية أين يمكن له استخلاصها بالاعتماد على بنود أو ظروف العقد دون الجمع بينهما. يمكن لنا التمييز بين اتفاقية روما لسنة 1980 واتفاقية لاهاي 1987 حيث أن هذه الأولى

57- المادة 2/2 من اتفاقية لاهاي

58- المادة 2/5 من اتفاقية لاهاي 1978

59- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 62-63-64

60- محمد يوسف الزغبى، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون الدولي و المقارن، قدمت هذه استكمالا =

تعتمد على نصوص العقد و ظروف العقد مع استحالة الاعتماد عليهما معا، في حين أن الثانية تعتمد على ظروف الحال و .نصوص العقد معا وذلك بصفة معقولة وليست مؤكدة.⁽⁶⁰⁾

بما أن الإرادة الضمنية هي إرادة غير مباشرة غير أنها تعتبر حقيقية يتم البحث عنها بالاعتماد على مجموعة من المؤشرات المتمثلة في:

أولاً: المؤشرات الخاصة

هذه المؤشرات يتم استنباطها داخل العقد التي تساعد على معرفة الإرادة الضمنية حيث يلجأ الأطراف إلى استخدام مصطلحات معروفة يتميز بها قانون معين و بالتالي هذا دليل على اتجاه نية الأطراف إلى اختيار ذلك القانون ،فعلى سبيل المثال يمكن استعمال عملة الدفع كمؤشر لكن يجب أن تكون عملة نادرة ،أين يمكن أن يتبادر على المتعاقدين استخدام الدولار الأمريكي ولكن نيتهم ليس اختيار ذلك القانون وذلك لأن الدولار الأمريكي هي العملة المعتمدة في أغلب المعاملات التجارية، كما يمكن أيضا ذكر جهة قضائية معينة كدليل على نية الأطراف في اختيار ذلك القانون ؛غير أنه يمكن استخلاص الإرادة الضمنية باعتماد القاضي على مؤشر واحد وذلك في بعض الحالات ،إلا أن هناك حالات أين يتم الجمع بين أكثر من مؤشر وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي لسنة 1955 أين يتم استنتاج الإرادة الضمنية بصفة مؤكدة.⁽⁶¹⁾

ثانياً: المؤشرات العامة

يتم استنباط هذه المؤشرات من خلال مختلف الظروف المحيطة بالعقد سواء كان ذلك فيما يتعلق بمكان الإبرام أو بخصوص قانون التنفيذ.⁽⁶²⁾

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل المشرع

=لمتطلبات للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، الأردن، 2004، ص 240 و ما يليها.

61-عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 65.

أخذت بعض التشريعات بضوابط إسناد جامدة وذلك في حالة غياب ضابط الإرادة حيث يتم الاعتماد على هذه الضوابط بشكل متسلسل وذلك من أجل معرفة القانون الأولى و المناسب و الملائم (الفرع الأول) كما تم الاعتماد كذلك على ضوابط أخرى مرنة يمكن للقاضي استنباط القانون بالاعتماد على فكرة الأداء المميز (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الإسناد الجامد للقانون الواجب التطبيق

هناك بعض الحالات التي يتم إنعدام فيها الاختيار الصريح و الضمني للقانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية وهذا ما يؤدي إلى استحالة تطبيق الضابط الأصلي المتمثل في "قانون الإرادة" أين جرى العرف والقضاء إلى تطبيق قانون الإرادة المفترضة للمتعاقدين وذلك باعتبار أن القاضي يتولى تحديد القانون بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدين، حيث أنه لا يهدف إلى تفسير وإنما يقوم بتعيين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدين، أين يتم فيها فرض إرادة غير حقيقية و يقيّمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد.

يعتبر الأخذ بالإرادة المفروضة دليل على أن إرادة القاضي هي التي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية وليست إرادة الأطراف⁽⁶³⁾، إضافة إلى أنه يمكن القول أن إسناد العقد الدولي إلى الإرادة المفروضة يطرح إشكال متعلق في وضوح حدود التي تبين هذه الإرادة كونها غير حقيقية أي يمكن اعتبارها وهم و خيال، و يبين الإرادة الضمنية التي تعتبر حقيقية وبالتالي يمكن إسناد إليها القانون المختص، لكن يمكن القول أنه رغم الاختلاف الموجود بينهما إلا أنهما يشتركان في بعض القرائن الموضوعية و، ومنه يمكن القول أن التداخل الموجود بينهما يؤدي إلى صعوبة التمييز بينهما؛⁽⁶⁴⁾

63- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 432.

64- KOBBER Gabriela, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, Thèse pour le diplôme d'étude doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de paris, (paris 2), 1990 , p p 85-86

ويمكن لنا القول أنه بالنظر إلى صعوبة التمييز بين الإرادتين فإن ذلك يؤدي حتما إلى استبعاد الإرادة المفروضة وذلك نظرا لتنافيها مع فكرة إسناد العقد لقانون الإرادة، والسبب في ذلك راجع أنه في حالة الاعتماد على الإرادة المفروضة فإن إرادة القاضي هي التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على المعاملات التجارية وليست إرادة المتعاقدين، وهذه من بين الأسباب الهامة التي أدت إلى استبعاد تلك الإرادة من قبل التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية ونجد ذلك من خلال الأعمال التحضيرية لاتفاقية لاهاي 1955. (65)

قيدت سلطة القاضي في تحديد القانون الواجب تطبيقه على المعاملات التجارية وذلك عند غياب الإرادة بنوعها (الصريحة و الضمنية) أين من خلالها يمكن الاعتماد على ضوابط احتياطية التي يمكن استخدامها على سبيل التسلسل والتي تعتبر كقانون الرادة المفروضة قانونا وبالتالي وجب على القاضي مراعاة هذا التسلسل (66)؛ فالمشرع الجزائري أخذ بها في نص المادة 18 من ق م ج والمتمثلة في:

أولا: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

1) قانون الموطن المشترك

عرف الفقيه "سافيني" الموطن على أنه "المحل الذي يختاره الشخص اختيارا حرا للسكن فيه سكنا نهائيا وليكون مركزا لعلاقاته القانونية ولأعماله" (67) في حين نجد كذلك عرفه الفقيه "دايبي" على أنه "الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص، ولكنه يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء كان مقيما فعلا أو لا". (68)

65- الفقرتين 2 و 3 من المادة 18 من القانون المدني

66- فتاوى إيمان، إيبودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 23

67- هشام علي صادق، الجنسية و موطن و مركز الأجنبي، ط 2، منشأة المعارف، مصر، 1976، ص 699

68- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،

إلا أن ما هو متفق عليه هو أن لكل شخص الحق والحرية في التنقل واختيار مكان إقامته وهذا ما نجده في نص المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ أما بخصوص مصطلح "الموطن المشترك" فيقصد به الموطن الذي تم اختياره من قبل الأطراف للإقامة الدائمة أو موطن ممارسة أعمالهم". يعد الموطن المشترك الضابط الاحتياطي الأول إلى جانب ضابط الجنسية أين نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر لم يقم بتعريف الموطن المشترك بل يجدر بنا العودة إلى أحكام المادة 36 من نفس القانون.

باعتبار أن ضابط الموطن المشترك هو ضابط احتياطي أول فلا بد من توفر مجموعة من الشروط لأعماله ألا وهو أن يكون ذلك الموطن قانوني والذي يمكن أن نقصد به هو أن الشخص الذي يمارس مصالحه وحقوقه هو مكان تواجده الرئيسي الذي تتوفر فيه عنصران المتمثلان في الإقامة الفعلية إضافة إلى نية الإقامة إلا أن هناك موطن اختياري الذي يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة أو عابرة.⁽⁶⁹⁾ كما يجب أن يكون الشخص عديم الجنسية أين أثار هذا الشرط جدل فقهي حيث يرى البعض تطبيق قانون آخر جنسية، إلا أن البعض الآخر يرى أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون ميلاد الشخص عديم الجنسية.

نصت المادة 22 فقرة أخيرة أنه بخصوص عديم الجنسية من بين الحالات التي يتم فيها أعمال الموطن المشترك.⁽⁷⁰⁾

من بين الشروط أيضا استحالة أعمال ضابط الإرادة أين لا يمكن اللجوء إلى استعماله إلا بعد غياب ضابط الإرادة باعتبار أن هذه الأخيرة لها الأفضلية و الأولوية كما يجب أن يكون للمتعاقد نفس الموطن.

69- إبراهيم عباس الخنوري "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص"، مجلة التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص 1280
70- نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري.

2) ضابط الجنسية المشتركة

هناك عدة تعاريف للجنسية أين نجد أن هناك من عرفها على أنها "رابطة قانونية تربط الإنسان بدولة ذات سيادة" كما ذهب جانب آخر إلى تعريفها على أنها "رابطة قانونية و سياسية تنشأ بإرادة الدولة باعتبارها شخصا دوليا قد تجعل الفرد رعيته أي عضو من الجماعة الدولية".⁽⁷¹⁾

بما أن ضابط الجنسية هو ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه عند استحالة استخدام الضابط الأصلي (ضابط الإرادة) وذلك من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية وذلك حسب نص المادة 18 فقرة 2 من القانون السالف الذكر، أما في حالة تعدد الجنسيات يتم تطبيق قانون الجنسية الأصلية حسب المادة 22 من ق م ج؛ لكن ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع جعل كل من الموطن المشترك و الجنسية المشتركة في نفس المرتبة بحيث يتم تطبيقهما في حالة تعذر الضابط الأصلي.

ثانيا: قانون محل إبرام العقد

يمكن القول أن إخضاع العقد لقانون مكان إبرامه كان معروفا منذ فقه تنازع الأحوال التي عرفت تطورا إلى أن أصبح العقد يخضع لقانون الإرادة، إلا أنه ما زال هناك بعض التصرفات ما زالت تخضع لقانون محل إبرامه؛ كما أن هذه الأخيرة تطبق كقاعدة احتياطية بخصوص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك عند اختلاف الموطن و الجنسية للمتعاقدين.⁽⁷²⁾

يعد مجلس قضاء الجزائر في أحد أحكامه الصادرة سنة 1988 من بين المؤيدين لتطبيق قانون محل إبرام العقد وذلك فيما يتعلق بعقد مبرم في بلجيكا بين جزائري وشركة بلجيكية، حيث رفض الجزائري تنفيذ التزاماته وهذا ما أدى إلى قيام الشركة البلجيكية برفع دعوى ضده في بلجيكا

71- أمحمدي بورينة أمينة ، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة

حسن بن بوعلي، الشلف، 2019-2020 ، ص9.

72- زروتي الطيب، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص11و ما يليها.

التي أسفرت (أنتج عنه) حكم لصالحها ،وعندما أرادت تنفيذ الحكم في الجزائر قام الجزائري بالظعن على الحكم ،وبعد أن تم الظعن بالنقض أيد مجلس قضاء الجزائر الحكم على أساس أنه القانون الواجب تطبيقه وذلك حسب نص المادة 18 قبل التعديل.(73)

تبنت مختلف التشريعات لقانون محل إبرام العقد على الالتزامات التعاقدية في حالة غياب الإرادة بنوعيتها (الصريحة والضمنية) وهو ما نص عليه المشرع في نص المادة 18 من ق م ج عندما نص "تسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد يطبق قانون محل إبرام العقد.(74)

خلاصة القول هي أنه يمكن إعمال ضابط محل إبرام العقد هو نتيجة تعبير عن وجود علاقة حقيقية وجادة بين القانون والعقد وضمن عرض للمتعاقدين الحلول المطبقة بشكل مفصل ويتميز هذا الضابط بالمعرفة المسبقة للقانون الذي يحكم العقد.(75)

هذا الضابط تعرض لانتقادات كونه لا وجود لصلة بين العقد والقانون المختص ،فيرى الفقيه "سافيني" أن مكان ميلاد العقد ليس له علاقة بموضوع العقد؛حيث أن بعض العقود الدولية التي تبرم في المراكز التجارية الكبرى دون أن تكون هناك علاقة بين مكان الإبرام و مصالح المتعاقدين، أو إمكانية أن يكون مكان الإبرام عنصرا اصطناعيا ،إلا أن هذا يطرح أشكالا متمثل في تحديد زمان و مكان إبرام العقد فإذا كان التعاقد بين غائبين ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة و بالخصوص نص المادة 64 من ق م ج.

كان من الأفضل و الأحسن لو أن المشرع الجزائري أخذ بقانون مكان التنفيذ أين يؤدي بهذا الأخير إلى تطبيق القانون الجزائري في أغلبية الحالات كون أن هذا النوع من العقود تتم في

73- قانون رقم 05-10 السالف الذكر.

74- المادة 18 فقرة 4 من القانون المدني الجزائري.

75- محمد بلاق،قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية = الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 54.

تتم في الجزائر. (76)

وكخلاصة القول يعتبر الإسناد الجامد هو إسناد عام يسري على كل العقود بغض النظر عن طبيعتها، كما أن هذا الإسناد قيد سلطات القاضي من خلال الضوابط الاحتياطية على سبيل التدرج دون أن تكون له السلطة التقديرية ويعتبر ضابط محل إبرام متواجد دائما مقارنة بضابط الموطن و الجنسية المشتركة الذي يمكن للمتعاقدين معرفة القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة. (77)

الفرع الثاني: الإسناد المرن للقانون الواجب التطبيق

توصل القضاء السويسري إلى فكرة مفادها أنه في حالة غياب الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي ففي هذه الحالة يتم البحث عن أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة العقدية وذلك وفقا لفكرة تدعى "الأداء المميز"، وهذا الأخير يتحدد انطلاقا من عوامل موضوعية دون العوامل الشخصية و يكون وفقا لمعيار يكشف عن المقصود بالصلة الأوثق بالرابطة العقدية، أين يتم إسناد العقد إلى قانون محل تنفيذ لهذا الالتزام وهذا الأخير يعتبر مركز الرابطة العقدية الذي يقصد به محل الأداء الرئيسي أو المميز في العقد المتمثل في محل إقامة المدين. (78)

تقوم فكرة الأداء المميز على تفريد العقود و من ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد لوحده وذلك حسب الوزن القانوني و الأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد؛ كما يمكن أن نعرفها على أنها فكرة مفادها أن كل عقد ينفرد بأدائه و خصائصه مقارنة بعقد آخر التي يتم استنباطها من عناصر موضوعية كما هو الحال بالنسبة للإرادة

76- إسعد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 364.

77- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 68-69.

78- يعتبر القضاء السويسري هو المبتكر لفكرة الأداء المميز في العقد كما رجح فقه هذه الدولة بهذه الفكرة بعد ذلك ثم كرسها تشريعا بعد صدور القانون الدولي الخاص السويسري سنة 1987.

الضمنية، فيمكن القول أن القرائن الشخصية لا اعتبار لها في هذه الحال.⁽⁷⁹⁾

باعتبار أن الالتزام أو الأداء يختلف من عقد لآخر فإن ذلك حتما يؤدي الى اختلاف القانون الذي يحكمه، أين نجد أن مختلف التشريعات التي تأثرت باتفاقية روما ونذكر على سبيل المثال القانون السوري الذي نص عليه في المادة 17فقرة 1على أنه "يسرى على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي بها أكثر الروابط وثوقا وتكون موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز." كما أخذت به أيضا القانون الألماني في نص المادة 28فقرة 2منه إضافة إلى القانون الخاص التركي لسنة 1928في نص المادة 24منه.

لكن ترد على هذه الفكرة استثناءات يمكن للقاضي تحديد هذا الأداء أو وجود ظروف و ملامسات التعاقد الدالة على وجود قانون آخر له صلة أوثق بالعلاقة التعاقدية وبالتالي لا يمكن أعمال هذه الفكرة ومثال ذلك نص المادة 4فقرة 5من 68اتفاقية روما لسنة 1980.

هذه الاستثناءات التي يصعب فيه أعمال فكرة الأداء المميز في العقد له ما يبرره من الناحية العلمية فعلى سبيل المثال إمكانية تساوي أداءات الأطراف في عقد المقايضة أو مثل العقود المبرمة بين مصرفين في إطار المعاملات المصرفية، كما أن الخروج عن هذه الفكرة يؤدي الى المساس بتوقعات المتعاقدين بالقانون الواجب التطبيق بالنظر إلى سلطات القاضي في البحث عنه بالعودة الى ملامسات و ظروف التعاقد.⁽⁸⁰⁾

عملت التشريعات الوضعية على تجسيد فكرة العلم المسبق للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف بهدف تطوير المعاملات التجارية بين الدول، إلا أن اتفاقية روما لسنة 2008أظهرت القانون المختص و ذلك عند انعدام الاختيار من قبل المتعاقدين الذي يختلف من عقد إلى آخر و كون أن سلطات القاضي وفق هذه الاتفاقية مقيدة مقارنة باتفاقية روما لسنة 1980 أين يتم

79- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 585-586.

80- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 63.

الاعتماد على معيار الأداء المميز الذي يختلف من عقد لآخر.⁽⁸¹⁾

تعتبر اتفاقية روما لسنة 2008 هي التي بينت فكرة الأداء المميز وتكمن مهمة القاضي تطبيق هذه القوانين إذا تعلق الأمر بأحد العقود المذكورة في المادة 4فقرة 1من الاتفاقية.

أعطت اتفاقية روما لسنة 2008 سلطة للقاضي للبحث عن القانون المختص عند غياب الاختيار وذلك في بعض العقود التي لا يمكن أن تركز في قانون دولة معينة كما هو الحال بالنسبة للعقود المركبة التي تجمع بين عقد البيع وعقد تقديم الخدمات أو بالنسبة للعقود التي لم يتم ذكره في الفقرات السابقة.⁽⁸²⁾

هناك استثناء على فكرة الأداء المميز و التي يستحيل فيها تطبيق القوانين المذكورة في المادة 4فقرة 1و2وهذا الاستثناء يعرف ب "الشرط الاستثنائي"وهذا الأخير يتم اللجوء إليه في حالة ما إذا تبين وجود قانون دولة أكثر ارتباطا بالعقد وهذا حسب المادة 4فقرة 3من الاتفاقية التي تنص:

« Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre celui visé au paragraphe 1 ou 2 la loi de cet autre pays s'applique ».⁽⁸³⁾

يمكن لنا القول في الأخير أن فكرة الأداء المميز أكثر مرونة مع فكرة الإسناد الجامد وذلك باعتبار أن المشرع لا يراعي فيها طبيعة العقود، إلا أنه كان من الأحسن لو أنه اعتمد عليه مع

81-MAYER Pierre, Heuze Vincent, Droit international privé, 7^e édition, Montchrestion Paris,2001, P 490.

82- BUREAU Dominique, Mur-WATT Horatia,Droit international privé, Tome 2 : Partie spécial, 2 édition, Puf, 2010, P309.

83- المادة 4 الفقرة 3 من إتفاقية روما.

وجود الشرط الاستثنائي الذي يقيد فكرة الأداء المميز، كما تعتبر عملية إسناد العقود الدولية إلى قانون إقامة المدين بالأداء المميز في العقد يؤدي إلى احترام توقعات الأطراف كما أن الأداء يتم استخلاصه من العناصر الموضوعية للعقد أين يقوم القاضي بإسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام.

فحسب رأي فإن المشرع الجزائري من خلال المادة 18 من القانون المدني اعتبر الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بمثابة ضابط إسناد أصلي من خلال إفصاح المتعاقدين عن إرادتهم، و بالتالي يتولى القاضي تطبيق عند توفر الشروط التي جاءت بها القوانين الوضعية؛ كما أنه لم يتم بالإفصاح عن ما إذا تم الأخذ بالإرادة الضمنية سواء كان ذلك قبل التعديل أو بعد التعديل إلا أنه كان عليه استدراك ذلك. إضافة إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن يقوم بتقييد تلك الإرادة وذلك لغرض تفادي حدوث غش نحو القانون أو التهرب من القواعد الآمرة التي تحكم العقد.

الفصل الثاني

مصير قواعد الإسناد في ظل التطورات الراهنة
للمعاملات التجارية

عدم اعتبار المنهج التنازعي الوحيد لحل النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الدولية، بل هناك منهج آخر يقوم بالفصل في النزاع بطريقة مباشرة و المتمثلة في قواعد التجارة الدولية ذات المضمون العالمي التي عرفها التجار، إضافة إلى القواعد الآمرة الداخلية التي تخص مصالح الدولة والمعروفة بقواعد ذات التطبيق الضروري.

تعتبر قواعد التجارة الدولية داخلة ضمن المنهج المباشر و الذي يعتبر منافس للمنهج التنازعي وذلك من الجانب التطبيقي مع وجود اختلاف في كيفية تحقيقه، بحيث تعتبر أداة لتطوير التجارة الدولية وذلك من خلال تزويد المتعاقدين بقواعد موضوعية و ذلك لغرض تنظيم المعاملات التجارية(المبحث الأول)

و من جهة أخرى فإنه يعتبر أداة لحماية الأنظمة القانونية و الوطنية وذلك في جوانب متعددة من خلال تدخل الدولة في الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية بقواعد آمرة يتم تطبيقها على العلاقات و الروابط الخاصة الوطنية و الدولية و التي تعرف بقواعد ذات التطبيق الضروري (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مصير قواعد الإسناد في ظل تحرير المعاملات التجارية من حكم القانون

يعد التطور الذي شهدته التجارة الدولية أدى ذلك إلى إدراك فئة التجار إلى عدم تناسب القواعد الوطنية لتنظيم هذه العقود ، فأدى ذلك إلى ظهور اتجاهات تتأدى إلى تخلي هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية و إخضاعها لقواعد ذات طابع دولي مهمتها الفصل في موضوع مباشرة والتي يطلق على هذه الأخيرة بمصطلح "قواعد التجارة الدولية" التي أصبحت بدورها تحكم المعاملات التجارية الدولية. (84)

لإدراك أهمية هذه القواعد في تنظيم المعاملات التجارية لا بد لنا أن نبين العوامل المساهمة في ظهورها (المطلب الأول)، ثم يتعين علينا البحث عن إمكانية وجود قضاء خاص يختلف عن القضاء العادي من أجل تطبيق هذه القواعد على المعاملات التجارية الدولية (المطلب الثاني).

84- عيد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 182.

المطلب الأول

العوامل المساهمة في ظهور قواعد التجارة الدولية

ساهمت مجموعة من الظروف و العوامل في ظهور بعض القواعد المعروفة "بقواعد التجارة الدولية" أين أصبحت هذه الأخيرة بمثابة قواعد قانونية موازية للقواعد القانونية الوطنية أين يتم تطبيقها على نوع معين من المعاملات كونها متصلة بأكثر من نظام قانوني. (85) يرجع الفضل في ظهور هذه القواعد إلى جملة من الأسباب و العوامل منها ما يمكن اعتبارها تاريخية (الفرع الأول)، ومنها ما يمكن إرجاعها إلى مختلف التطورات وذلك في المجال الاقتصادي العالمي أين حولت العالم إلى قرية صغيرة (الفرع الثاني)، وهذا ما أدى إلى عدم تماشي المنهج التنزعي من أجل إيجاد حلول لهذه المعاملات، وهو ما أدى بنا إلى ضرورة العمل بقواعد التجارة الدولية (الفرع الثالث)

الفرع الأول: العوامل التاريخية

تعتبر التجارة من أقدم الوسائل التي عرفها الإنسان منذ زمن بعيد، أين كانت الوسيلة المستعملة في ذلك الوقت هي المقايضة والتي يقصد بها تبادل سلعة بسلعة أخرى، وبعد ظهور الملاحة البحرية أدى ذلك إلى توسيع التجارة في مختلف المدن؛ فمن بين أهم خصائص هذه القواعد أن هذه الأخيرة تطبق على فئة معينة فقط من الأشخاص وذلك خلال القرن الحادي عشر أين كان يطلق عليها بالمرحلة العرفية للقانون التجاري، كما تعتبر الحملات الصليبية من بين أهم الأسباب التي أدت إلى ظهور هذه القواعد وذلك من خلال السيطرة على الأماكن المقدسة. (86)

إن التقاء التجار في هذه الأسواق أدى ذلك إلى ظهور فئة تتمتع بالسلطة وذلك في مختلف المجالات ويرجع السبب في ذلك إلى غياب السلطة المركزية خاصة منذ انهيار الإمبراطورية الرومانية إضافة إلى انتشار الحروب الصليبية، وهذا ما أدى إلى إبراز هذه الفئة في

85- يقصد بعقود التجارة الدولية تلك العقود المتصلة بأكثر من نظام قانوني واحد و محقق لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت.

86- مصلح أحمد الطراونة ، قانون التجارة الدولي ، دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولية وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ، دار رند للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 ، ص 30.

مجال المعاملات التجارية كونها تتمتع بسلطات غير محدودة. خاصة بعد توحيد العادات والأعراف المعروفة والمنتشرة في مجال التجارة، كما عرفت المرحلة العرفية التحرر من كافة الاعتقادات و الشكليات. كما عرفت هذه العادات والأعراف تطورات بفضل تلك الأسواق وأصبحت تتسم بالبعد الدولي أين يتم تطبيقها في تلك المدن بالنسبة للتجار المتعاقدين دون الأخذ بعين الاعتبار المدن التي جاؤوا منها ، وهذه الأعراف والعادات كانت سائدة في أواخر القرون الوسطى إلى غاية القرن السادس عشر في أوروبا⁽⁸⁷⁾

بعد ظهور الدولة تولت هذه الأخيرة ممارسة التجارة مع غيرها من خلال وضع قوانين داخلية بالاعتماد على مبدأ التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية وأصبحت ذات طابع وطني؛ والسبب الرئيسي في فقدان هذه القواعد لطابعها الدولي هو نتيجة اكتساب مدن شمال إيطاليا للقواعد الخاصة و صياغة قواعد تخص المعاملات التجارية، و هو نفس الأمر بالنسبة لفرنسا التي أصدرت القوانين سنة 1807 التي تحتوي على قواعد تنظم المعاملات التجارية الدولية. وبعد نهاية القرن التاسع عشر، تمكن قانون التجارة الدولية من استرجاع مكانتها وذلك تماشياً مع طبيعة المعاملات التجارية، حيث لقيت تجاوباً بفضل رغبة التجار في توحيد هذه القواعد.⁽⁸⁸⁾

الفرع الثاني: العوامل الاقتصادية

بعد التطور الذي شهدته الدول في المجال الاقتصادي و التكنولوجي خلال القرنين التاسع عشر و العشرين تم إعادة العمل بقواعد التجارة الدولية و أدى ذلك إلى خلق إرادة قوية و الرغبة في التعاون بين الأفراد ، فيرجع ازدهار قواعد لتجارة الدولية إلى ظاهرتين أساسيتين وهما:

87- فايز نعيم رضوان ، مبادئ القانون التجاري ، ط 3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 3.

- مصلح أحمد الطراونة ، مرجع سابق ، ص ص 30 -31.

88- عيد عبد الحفيظ ، " عقود الأعمال إحياء لقانون التجارة الدولية "، ملتقى وطني حول : عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الوطني ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2012، ص 25.

-HUGUESK Kenfack, droit de commerce international, 3 édition , dalloz , paris ,2009, p4.

✓ انتشار ظاهرة التخلف و انتشار الرغبة في التنمية و التطوير

✓ انتشار ظاهرة التعاون الدولي وتبادل الخبرات بين المجتمعات المتقدمة.⁽⁸⁹⁾

بعد زوال الكتلة الاشتراكية وتحول غرب أوروبا نحو الوحدة السياسية و الاقتصادية و بروز العقدة الاقتصادية الدولية ، وبعد تعرضها للهيمنة الرأسمالية الصناعية و ظهور مؤسسات تقوم على مبدأ تحرير التجارة الدولية أدى ذلك إلى ظهور ظاهرة عرفت "بالعولمة" حيث حولت العالم من قرية صغيرة إلى سوق عالمية من خلال اللجوء إلى إنشاء منظمات متعلقة بالتجارة الدولية وهذه الأخيرة من بين أهم العوامل و الأسس الاقتصادية التي تقوم عليها العولمة⁽⁹⁰⁾

أدى ظهور العولمة إلى التأثير في القواعد القانونية المنظمة للتجارة الدولية وذلك من خلال الشروط الواجب توفرها في الدول الراغبة للانضمام للمنظمة من خلال القيام باستبعاد القوانين الداخلية من تنظيم المعاملات التجارية ذات البعد العالمي؛ فعلى سبيل المثال تأثير الحاجات الاقتصادية في مدى قبول و رفض العمل بقواعد التجارة الدولية من خلال الاعتماد على تقنيات غير معروفة في القوانين الداخلية، و يعود الفضل في فرض نفسها هو اهتمامها بالتنمية الاقتصادية الوطنية التي أصبحت محل اهتمام القطاع العام أو الخاص.⁽⁹¹⁾

رغم كل الانتشار الذي عرفته تطبيقات عقد التسيير إلا أنه لم يصل إلى درجة تقنين أحكامها في التشريعات المقارنة كما يعتبر عقد غير مسمى بالنسبة للدول الأوروبية، أما بالنسبة للجزائر فقد عرفت عقد التسيير في سنة 1992 باعتبار أنها خوصصة بتسيير المؤسسات العامة ذات الطابع

89- محمد شوقي شاهين، "القانون الدولي الخاص كمدخل لدراسة قانون الأعمال"، مجلة المحاماة، العدد 7 و 8، السنة 28، 1988، ص 134.

90- عزيزة الشريف، "مدى التزام الدولة بمطابقة التشريعات الوطنية مع أهداف و سياسات منظمة التجارة الدولية" مؤتمر الجوانب القانونية و الاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، ط1، المجلد 1، دبي، د.س.ن، ص ص 188-192.

91- سعيد سويد النصيبي، "منظمة التجارة العالمية الأهداف و المبادئ و شروط الانضمام تجربة مجلس التعاون الخليجي" مؤتمر الجوانب القانونية و الاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة الدولية، أجريت فعاليته ما بين 9-11 ماي 2004، ط1، المجلد 1، دبي، د.س.ن، ص ص 81-82.

الاقتصادي بالنسبة للمتعاملين المتخصصين في الإدارة.⁽⁹²⁾

يتم إخضاع العقود ذات المضمون الدولي لأحكام العقود النموذجية إلا أن هناك بعض العقود لم يتم تنظيمها تشريعياً كما هو الحال بالنسبة "لعقود الفرنيشيز" الذي عرف تطبيقات كبيرة و كثيرة أين تم إخضاع هذه الأخيرة لأحكام العقود النموذجية، كما تعتبر أحكام العقود النموذجية من بين مصادر قواعد التجارة الدولية؛ كما عرف أيضاً التحكيم التجاري الدولي تطوراً أين أصبح يتم اللجوء إليه من أجل حل النزاعات المترتبة عن العقود التجارة الدولية وكل ذلك راجع إلى تأثير العولمة عليها. نستنتج مما سبق أن مختلف التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي الدولي أنتج عنه ظهور نظام قانوني قائم بذاته يحتوي على حلول عالمية و المتمثلة في عقود التجارة الدولية⁽⁹³⁾

الفرع الثالث: العوامل القانونية

أدى عدم صلاحية القوانين الداخلية لتنظيم المعاملات التجارية الدولية إلى عدم صلاحية منهج قاعدة الإسناد الذي تكمن مهامه في توزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الأنظمة وذلك لحل النزاعات بما فيها عقود التجارة الدولية، وهو ما أدى بالفقه إلى التصريح بعدم صلاحيته كونه لم يستطع مواكبة التطورات إلا أنه وجهت إليه انتقادات يتم تلخيصها فيما يلي⁽⁹⁴⁾:

أولاً : شدة تعقيد المنهج القائم على قاعدة الإسناد

من بين الفقهاء الذين وجه هذا الانتقاد نجد الفقيه "بروست" الذي يعتبر هذا المنهج عبارة عن مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار وذلك راجع إلى دراستهم للمسائل الغامضة واستعمال المصطلحات الغامضة ، وبالتالي أصبح يقال على هذا المنهج بأنه يتميز بالتعقيد و

92- أيت منصور كمال ، عقد التسيير كخصوصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2009، ص 125 و ما يليها.

93- AYNES Laurent , "l'influence de la mondialisation sur le droit des contrats " , Osaka , university knowleedge archive ,p46.

http:// ir. Library. Osak -u. ac.J.p / dspace/ bitstream/ 11.94/6391/1/oulr046-035. Pdf.

94- عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص ص 204-205.

الغموض كونه يقوم على نظريات فقهية يصعب فهمها و إستيعابها مثل نظرية تجزئة العقد؛ باعتبار أن الشخص العادي لا يستطيع أن يتوقع حل لاستخدامها بل هو في حاجة إلى بيئة يسودها الأمن والثقة في ممارسة صفقاته.⁽⁹⁵⁾

يرى البعض الآخر من الفقهاء أن هذا المنهج يمكن أن يتعرض للانحراف ينتج عنه نتائج غير صحيحة و عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ، كونه يمكن تفسير القانون بطرق يخالف الطريقة المعتادة لتحقيق الهدف المراد منه وهو ما يؤدي إلى مسح هذا القانون.⁽⁹⁶⁾؛ كما يطرح هذا المنهج إشكالا آخر يتمثل في مدى إمكانية قبول القانون للاختصاص من عدمه ففي حالة القبول ففي هذه الحالة يتم البحث عن مضمون القانون الأجنبي أو إذا لم يتم إثباته عن طريق الغش و عدم تعارضه مع النظام العام.⁽⁹⁷⁾

ثانيا :عدم إمكانية توقع الحلول و انعدام الأمن القانوني

تعتبر قواعد التنازع قواعد لا تعطى حلا مباشرا في حل تنازع القوانين كونها تعتمد على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها و إرشاد القاضي إليها ؛ حيث يمكن أن تكون تلك الحلول متفككة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من إمكانية أعمالها كقاعدة مجردة منضبطة ، وبالتالي فإنها تعتبر وسيلة تحكم في يد القاضي في تحقيق فكرته الشخصية عن العدالة ، كما يمكن القول أن هذه القواعد لا تقوم بالدور الوقائي للأطراف ذلك أن هذه الأخيرة يرغبون في معرفة القانون الواجب تطبيقه قبل الدخول في نزاع ما وذلك تقاديا للمفاجئات. بالنظر إلى كون عقود التجارة الدولية تتسم بالسرعة فإن ذلك يعطى لها نوعا من الأمن القانوني مقارنة بغيره.⁽⁹⁸⁾

95- زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 80.

96- بلمامي عمر ، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون ، نشرة المحاماة الصادر من منظمة محامي سطيف ، الجزائر، 2007.

97- بلاق محمد ، مرجع سابق ، ص 65.

98- أحمد عبد الحميد عيشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شهاب الجامعية ، الإسكندرية ، ص 13.

اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قواعد الإسناد غير قادرة على التعامل مع العلاقات الدولية الخاصة وعدم قيام القاعدة القانونية بدورها الصحي والذي يجب أن يتماشى مع التغيرات و الاحتياجات كما تعتبر قاعدة جامدة لا تأخذ بعين الاعتبار الطبائع المختلفة التي تتميز بها هذه العلاقات.⁽⁹⁹⁾

ثالثا: تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع

إن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص لقانون دولة معينة إلا أنه يمكن أن تكون هذه القواعد غير صالحة لغرض تنظيم المعاملات التجارية الدولية و يرجع إلى التطور الذي شهدته هذه الأخيرة تعجز القوانين الداخلية على مواكبتها وبالتالي سعت إلى تطوير مفهوم قاعدة الإسناد و ذلك من خلال إحالة الاختصاص إلى قانون داخلي أو قانون أجنبي أو قواعد التجارة الدولية.⁽¹⁰⁰⁾

يعتبر تطبيق القواعد الوطنية المخالفة لطبيعة النزاع يؤدي إلى إخراج النزاعات من هيمنة القضاء الداخلي و إخضاعها لنظام التحكيم الذي لا تهمة القوانين الوطنية؛ كما أن القاضي لا يبحث عن المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة أمامه ، فعند إعمال ذلك القانون يتبين حينئذ المضمون الموضوعي لأحكامه إلا أنه لا يمكن له ترك ذلك القانون في حالة ما إذا تبين أنه غير مناسب للاستعمال، كما تفتقد قواعد هذا المنهج لخاصية السرعة من حيث الاستعمال.⁽¹⁰¹⁾

99- عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 206.

-زروتي الطيب ، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، ج 35، رقم 1، جامعة الجزائر ، 1997، ص ص 80-81.

100- أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص ص 624-625.

101- محمد الوليد العبادي ، "أهمية التحكيم و جواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة" ، مجلة علوم الشريعة و القانون ، المجلد 34، العدد 2، 2007، ص 358.

المطلب الثاني

وجود قضاء خاص لتطبيق قواعد التجارة الدولية

نظرا للعجز الذي عرفه المنهج التنازعي في إيجاد الحلول المناسبة فيما يخص منازعات العقود الدولية خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية، أدى هذا العجز إلى ظهور نظام خاص لا يختلف كثيرا عن الدور الذي يلعبه القضاء العادي ويتمثل هذا القضاء الخاص في "التحكيم التجاري الدولي"؛ فمن خلال هذا يجدر بنا البث عن تعريف للتحكيم التجاري الدولي (الفرع الأول)، ثم يجدر بنا التطرق إلى التعرف على أنواعه المختلفة (الفرع الثاني)، وأخيرا سنتطرق إلى دراسة أهمية هذا النظام مقارنة مع القضاء العادي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف التحكيم التجاري الدولي

هناك عدة تعاريف فقهية متعلقة بالتحكيم أين عرفه البعض من الفقهاء على أنه "اتفاق يبرمه أطراف النزاع على تعيين شخص أو أشخاص من الغير شرط أن يكونوا محايدين متمتعين بالخبرة تكمن مهمتهم الفصل في النزاع وذلك الشخص يعرف بالمحكم."؛ في حين عرفه البعض الآخر على أنه "نوع من العدالة الخاصة التي يتم فيها إخراج بعض المنازعات التجارية الدولية من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها." (102)

كما اتجه جانب آخر من الفقه إلى تعريفه على أنه: "وسيلة يستغني فيها الأطراف عن القضاء العادي وعرض نزاعهم على أشخاص يتم اختيارهم وذلك لغرض الفصل في تلك المنازعة."

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التحكيم بأنه قضاء خاص لا يتم إخضاع تنظيمه و عمله للقوانين الوطنية، حيث يستمد وجوده من اتفاق الأطراف بأنفسهم تكمن مهمتهم حل النزاع.

102- محمود محمد ياقوت ، مرجع سابق ، ص 343.

هناك بعض التشريعات الوطنية قامت بدوره إلى جانب الفقه بالتطرق إلى تعريف التحكيم فنجد من بينه المشرع الفرنسي الذي عرفته على أنه: "هو ذلك الإجراء الخاص الذي يهدف إلى تسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة التحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم"؛ أما المشرع المصري فقد عرفه على أنه: "اتفاق بين طرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التي تنشأ بمناسبة علاقة قانونية كما يمكن الاتفاق على اللجوء إليه قبل قيام النزاع أو بعده حتى و إن تمت إقامة دعوى أمام جهة قضائية.⁽¹⁰³⁾؛ أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف التحكيم بل اكتفى فقط بالنص على شروطه و ذلك في نص المادة 458 من ق.إ.م، التي يفهم منها على اشتمال التحكيم على عقود التجارة الدولية بالإضافة إلى ضرورة كون أحد أطراف النزاع ذات العنصر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوي.⁽¹⁰⁴⁾

نستنتج مما سبق أن التحكيم هو عبارة عن اتفاق بين الأطراف على إحالة النزاع القائم أو المحتمل على محكم أو هيئة التحكيم أو مركز من مراكز التحكيم للفصل فيه بقرار ملزم لأطرافه تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه.⁽¹⁰⁵⁾؛ كما يعتبر التحكيم هو عبارة عن مجموعة من الأعمال أولها الفعل الذي يقوم به المتنازعان اللذان يختاران شخصا أو أشخاص محايدين لفض النزاع مع القبول المسبق بما سيتوصل إليه المحكم، أما الثاني فيتمثل في العمل الذي يقوم به المحكم و في التحري عن الوقائع و البحث عن القواعد القانونية الواجب تطبيقها عليه.

من خلال كل التعريفات السابقة يتبين لنا أن التحكيم التجاري الدولي هو قضاء خاص موازي للقضاء العادي في اختيار شخص أو أشخاص ذات نزاهة و خبرة و ثقة من قبل الأطراف بأنفسهم و بإرادتهم تكمن مهمتهم في إصدار حكم بخصوص النزاع و يحظى بموافقتهم.⁽¹⁰⁶⁾

103- محمد الوليد العبادي ، مرجع سابق ، ص358.

104- نصوص المادة 453 من الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25-04-1993 المتضمن ق.ت، ج.ر عدد 27 الصادرة في 08-04-1993.

105- نواط محمد، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة حسنية بن بولعي ، الشلف ، 2008، ص17.

106- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص246.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

هناك أشكال عديدة للتحكيم بحيث يختلف بحسب الزاوية التي ينظر إليه، فهناك تحكيم اختياري و تحكيم إجباري (أولاً)، وهناك تحكيم حر وتحكيم مؤسسي (ثانياً)، وهناك تحكيم بالصلح و تحكيم بالقانون (ثالثاً)

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

التحكيم الاختياري هو ذلك التحكيم الذي يتم بإرادة الأطراف وبحريتهم الكاملة من خلال طرح نزاعاتهم بخصوص مسائل معينة وذلك أمام هيئة التحكيم بالإضافة إلى القيام بالتوضيح لكيفية القيام بالتحكيم و كافة إجراءاته وطريقة تعيين المحكمين وذلك بغية تحقيق هدفهم الأساسي المتمثل في الإستفادة من المزايا باعتباره قضاء مختص في المنازعات التجارية الدولية ، أين يتم اللجوء إلى هذا النوع كلما اتجهت رغبة الأطراف في اختيار اللجوء إلى قضاء التحكيم كونه الوسيلة الأنسب لحل المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ فيما بعد ؛ كما يجوز اللجوء إليه حتى و لو تم إقامة الدعوى بشأنها أمام القضاء.⁽¹⁰⁷⁾

يقوم التحكيم الاختياري على ركيزتين أساسيتين حيث تتمثل الأولى في الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى نظام التحكيم، أما الثاني فيتمثل في وجوب إقرار المشرع لهذه الإرادة.⁽¹⁰⁸⁾ التحكيم الإجباري هو ذلك التحكيم الذي نص عليه المشرع بوجوب اللجوء إليه كوسيلة لحل النزاعات، أين يمكن أن يكون مسبقاً بإجراءات التفاوض التي ينص عليها القانون و التي غالباً ما يبيء بالفشل وبالتالي هذا ما يؤدي إلى عرض النزاع على هيئة التحكيم التي يحدد القانون تشكيلتها بحيث يتم فرضه على أحد أطراف العلاقة القانونية وغالباً ما يكون الطرف الضعيف.⁽¹⁰⁹⁾

تتضمن العقود النموذجية على شرط التحكيم التجاري الدولي مع تحديد الجهة. يتميز هذا

107- هيو علي حسن ،"التحكيم قضاء أصيل للمنازعات التجارية" ، مجلة القانون للعلوم القانونية و السياسية ، د.م،ن ، د.س.ن.

108- حمداوي زهرة ، التحكيم كألية لتسوية نزاعات التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إقتصاد ، كلية العلوم والسياسة، جامعة سعيدي ، 2015-2016 ، ص ص 13-14.

109- هيو علي حسن ، مرجع سابق ، ص ص 553-554.

النوع بكونه نادر حيث يطبق على الأنظمة القانونية للدول الاشتراكية، ونظرا لكون هذا التحكيم يتعارض مع مبدأ الرضائية لإرادة الأطراف إضافة إلى كونه يتعارض مع المادتين 67 و 68 من الدستور المصري وهو ما أدى إلى إقرار المحكمة الدستورية بعدم الدستورية ؛ فنستنتج أن الأصل هو التحكيم الاختياري أما الاستثناء هو التحكيم الإجباري و هذا الأخير في طرق الزوال.⁽¹¹⁰⁾

ثانيا: التحكيم الحر(الخاص) والتحكيم النظامي (المؤسسي)

يقصد بالتحكيم الحر (الخاص) هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم وذلك من حيث تحديد القواعد والإجراءات المتعلقة من طرف المحكم المختار من طرفهم وذلك للفصل في النزاع، إضافة إلى أنه يتم في المكان الذي يتم تحديده من طرفهم شرط أن لا تتعارض مع القواعد الآمرة و النظام العام. يعتبر هذا النوع من التحكيم على أنه الأصل و الصورة التقليدية له كما يتميز بأنه أسلوب متتالي في حالة ما إذا تصدى له محكم يمتلك مهارة و خبرة لحسم نزاعات عقود التجارة الدولية ، كما أن تكاليفه قليلة وذات سرية؛ بالإضافة إلى أن هذا النوع يراعى مصالح الدولة فلا يثير الاعتبارات المتعلقة بسيادة الدولة كون أن مراكزها لا ترتبط بمقر الدولة.⁽¹¹¹⁾

يقصد بالتحكيم النظامي (المؤسسي) هو ذلك التحكيم الذي تتولى فيه هيئات و منظمات تنظيمه وذلك وفقا لإجراءات موضوعية محددة سلفا، أين عرف هذا النوع انتشارا بعد الحرب العالمية الثانية والاقتصاد الحر و تزايد حركة التجارة الدولية.⁽¹¹²⁾

ثالثا: التحكيم بالصلح و التحكيم بالقانون

يقصد بالتحكيم بالقانون هو ذلك التحكيم الذي يلتزم به الأطراف بالقانون الذي يتم تحديده من طرف هيئة التحكيم أين يمكن أن يقتصر هذا القانون على مرحلة معينة أو كل مراحل العملية التحكيمية ، كما يتميز هذا النوع بالمرونة في إجراءاته.⁽¹¹³⁾

110.- حمداوي زهرة ، مرجع سابق ، ص ص 14-15.

111.- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 247-248.

112.- حمداوي زهرة ، مرجع سابق ، ص16.

113.- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، ج 1 : وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي ، إتفاق التحكيم ، الفتح للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، 1998، ص ص 127-128

يمكن الاختلاف الموجود بين التحكيم بالصلح و التحكيم بالقانون في النقاط الآتية :

✓ التحكيم بالصلح يتوجب ذكر أسماء المحكمين المصالحين وذلك في اتفاق التحكيم أو في اتفاق سابق و إلا اعتبر باطلا كونها متعلقة بالنظام العام ؛ أما التحكيم بالقانون لا ينطبق عليه ذلك وذلك باعتبار انه يجوز تعيين المحكمين باتفاق الطرفين أو من قبل المحكمة عند إخفاق الطرفين في ذلك.

✓ يمكن الاستئناف على التحكيم بالقانون وحده وذلك برضي المحكمان، بينما لا يصح ذلك في التحكيم بالصلح باعتبار أن الحكم فيه قطعي.

✓ التحكيم بالصلح ينتهي لأسباب الوفاة أو رد المحكم أو الحكم بعدم صلاحيته ، بينما التحكيم بالقانون فلا تؤثر فيه هذه الحالات. (114)

الفرع الثالث: أهمية التحكيم مقارنة مع القانون الوطني

بفضل التطورات التي عرفتها التجارة الدولية أصبح القضاء الوطني غير قادر على التصدي لمنازعات التجارة الدولية خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات التجارية باعتبارها أصبحت قواعده جامدة و محلية كونها مختلفة من دولة لأخرى ، وهذا ما يؤدي إلى وجود عراقيل في إيجاد الحلول للمنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية . والملاحظ هو عدم خلو عقد من عقود التجارة الدولية على شرط التحكيم وهذا ما يثبت أهميته مقارنة بالقانون الوطني، كما تكمن أهمية اللجوء إلى التحكيم من خلال وجود منظمات أبرزها الغرفة التجارية الدولية في باريس من خلال إنشاء أنظمة خاصة بالتحكيم بالإضافة إلى سعيها إلى توحيد قواعدها من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات. (115)

كما تبرز أهمية اللجوء إلى التحكيم كون أن حلولها مرنة بفضل تعيين أشخاص من أصحاب الكفاءة و الخبرة ، بالإضافة إلى انه يعتبر قضاء اتفاقي يتم بإرادة الأطراف فأصبحت ذات وظائف عديدة بالإضافة إلى وظيفتها الأساسية المتمثلة في حل النزاعات ؛ كما أن

114.- هيوم علي حسن ، مرجع سابق ، ص ص 560-561.

115.- محمد وليد العبادي ، مرجع سابق ، ص 359.

أحكام التحكيم أصبحت بمثابة قواعد تطبق على التجارة الدولية وبالتالي فهي وسيلة للتنمية تكمن أهميته أيضا في السرعة في الفصل في المنازعات مقارنة مع القانون الوطني كون أن آجال الفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية عن طريق اللجوء إلى التحكيم تتراوح بين 60 و 90 يوما ، كما تكمن أهميته أيضا في التقصير من النفقات مقارنة مع القضاء العادي؛ كما تبرز الأهمية الأساسية في اللجوء إلى التحكيم هو الحفاظ على العلاقات الحسنة بين أطراف النزاع مقارنة مع القضاء الوطني.⁽¹¹⁶⁾

يكمن رأي الشخصي في أن المنهج التنازعي لم يعد الأنسب كطريق لحل النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية وذلك بعد التطورات التي عرفتتها مختلف المجالات، وبالتالي فإن التحكيم يعتبر الطريقة البديلة لحل النزاعات وذلك بالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي تتصف بها هذه الوسيلة، كما أنه يمنح الثقة المتبادلة بين المتعاقدين للحفاظ على العلاقات الحسنة

116- حمداوي زهرة، مرجع سابق ، ص 16.

المبحث الثاني

مصير قواعد الإسناد في ظل تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري

ارتبط ظهور قواعد التطبيق الضروري مع بروز تدخل الدولة في المجال الاجتماعي و الاقتصادي للأفراد⁽¹¹⁷⁾، وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁽¹¹⁸⁾، فكل القواعد القانونية المرتبطة بالاعتبارات السابقة قد بلغت درجة من الإلزامية يتعين إخراجها من سلطان الإرادة لتطبق على نحو مباشر كلما تعلق الأمر بمجال سريانها⁽¹¹⁹⁾.

وعليه سنتولى في إطار هذا المبحث اظهار مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الأول)، كما نشير إلى كيفية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الثاني)

117- علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في

القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانوني والشرعية، العدد 7، كلية القانون، جامعة الزاوية، ديسمبر 2015، ص 26.

118- هشام علي الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 770.

119- اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما 19 جوان 1980 .

المطلب الأول

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروي

تعرض المنهج القائم على قواعد التنازع إلى هجمة ثانية وجدت دعامتها في إفراط هذا المنهج في دوليته، والناجم عن معاملة القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة، فوجدت إلى جانبه ما تسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروي لتعايش مع قواعد التنازع وتنافسها ، بل ولعلها المنافس الوحيد لهذه القواعد وفقا لما يراه بعض الشراح.⁽¹²⁰⁾

ونظرا لأهمية القواعد ذات التطبيق الضروي في المحيط الداخلي لأي دولة ، يتعين الوقوف عند ضبط مفهومها؛ حيث يتعين علينا أن نتعرض إلى المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروي الذي سنتناوله في (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى تمييز هذه القواعد عن غيرها الذي سنتناوله في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروي

ثار جدل فقهي كبير حول مسمى هذه القواعد ومعيار تشخيصها ونطاق تطبيقها ومدى استقلالها كمنهج قائم بذاتها⁽¹²¹⁾؛ حيث نجد أول من تعرض لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروي وذلك في رسالته للدكتوراه حول "نظرية الإحالة francescakis الفقيه وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص"، حيث قال أن هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد الإسناد.⁽¹²²⁾

نجد أيضا إلى جانب هذا الفقيه فقهاء آخرين قاموا بتعريف هذه القواعد فمن بين هذه التعاريف نجد :

120- حمومة سعيدة ، حميطوش امير ،مرجع سابق ، ص71.

121- بلاق محمد ، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 249.

عرفها البعض بأنها :مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ، من ثم يتعين تطبيقها تطبيقا مباشرا دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص دون الحاجة إلى أعمال قواعد الإسناد⁽¹²³⁾، وعرفت أيضا على أنها عبارة عن : "حكم أمر يستوجب تطبيقه على علاقة دولية أيا كان القانون الذي يحكمها ". أي القواعد المتعلقة بالنظام العام ، لكنها متعلقة بنظام عام يبلغ من القوة بحيث انه يجب تطبيقها حتى ولو لم يكن النظام القانوني الذي تنتسب إليه مختصا من حيث المبدأ ، أي لم يتم تحديده من خلال قاعدة الإسناد ، فالزاميتها تستتبع اختصاصها⁽¹²⁴⁾.

كما يعرفها فريق آخر من الفقهاء بأنها : "قواعد تهدف إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، حيث يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية ، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت ذات طبيعة وطنية أم دولية"⁽¹²⁵⁾

كما عرفت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي هذه القواعد في أحكامها الصادرة في 1999/11/23 والذي ينعكس مفهوم هذه القواعد في إطار الاتحاد الأوروبي والذي ورد على النحو التالي :

« constitue , au sens du droit communautaire, Une loi de police la disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de

122- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 354.

123- عيد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 286.

124- المرجع نفسه ، ص 286.

125- بلاق محمد ، مرجع سابق ، ص 250.

l'état au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci. (126)

كما عرفت اتفاقية روما لسنة 2008 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة التاسعة بأنها:

« une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique , sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application , quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».(127)

على ضوء هذه التعارف وغيرها قرر الأستاذ احمد قسمت الجداوي وبحق أن "نقطة البدء في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق، إنما تقوم لدى النظري المعروضة على أساس النظر للقواعد الموضوعية التي يتضمنها النظام القانوني الوطني، وبيان ما خصص لها من مجال في التطبيق على العلاقات القانونية المنظمة من طرف هذه القواعد، فإذا كان مجال التطبيق قد تقرر على نحو غير عادي أو بصورة تنفي إمكانية التفريق في الحكم الموضوعي بين العلاقات الوطنية البحتة والعلاقات ذات الطابع الدولي، فإن تلك القوانين تعد "ضرورية التطبيق" ولا يقبل في شأنها أي تزاخم من القوانين الأجنبية حتى ولو تعلق الأمر بالعلاقات ذات الطابع الدولي". (128)

هذه الضرورية في التطبيق تستمد مشروعيتها من الصلة العقلانية التي تربط بين مضمون وأهداف القاعدة من جانب ، ومن جانب آخر نطاق تطبيقها ، هذا حتى يسهل لها تحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي شرعت من أجلها ، أو لان ضرورة التطبيق

126- عيد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 286-287 .

127- المرجع نفسه ، ص 287.

128- بلاق محمد ، مرجع سابق ، ص 250.

هذه تأتي من كون القواعد التي تتصف بها لا تنطبق إلا بالقدر الضروري وفي الحدود اللازمة من أجل تحقيق الأهداف التي أرادها المشرع من وراء تطبيقها.⁽¹²⁹⁾

إن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يؤدي إلى عدم الاهتمام بالعنصر الأجنبي أو الطبيعة الدولية للمسألة محل النزاع، فهذه القواعد تسري على كافة الروابط والعلاقات التي تدخل في مجال سريانها بغض النظر عن طبيعتها تجسيدا للأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، والتي تظهر في السياسة التشريعية لكل دولة في كل من المجال الاقتصادي والاجتماعي، فهي مصالح وطنية يجب أن تكون لها الأولوية على المصالح الدولية بما فيها مصالح التجارة الدولية.⁽¹³⁰⁾

لقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني لقواعد قوانين التطبيق الضروري فهناك من سماها بقواعد البوليس والأمن (أولاً)، القواعد الفورية التطبيق (ثانياً)، القواعد الدولية الآمرة (ثالثاً)، قواعد النظام العام (رابعاً).

أولاً : قواعد البوليس والأمن

سبق للفقه التقليدي سابقاً أن قال بوجود مجموعة من القواعد تسمى بقواعد البوليس والأمن من بينهم الفقيه "بوييه" الذي أطلق هذه التسمية على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة⁽¹³¹⁾، كما قال أيضاً الفقيه (سافيني): "توجد عدة قوانين لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين مختلف الدول، حيث يلتزم القاضي بأن يطبق قانونه الوطني ولو كان منهج قاعدة الإسناد يقتضي بتطبيق قانون أجنبي"، فالفقيه سافيني كان يعالج تلك القواعد تحت تسمية قواعد "البوليس والأمن" أو القواعد الفورية⁽¹³²⁾.

129- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 251.

130- المرجع نفسه، ص 288.

131- حمومة سعيدة، حميوطش اعمر، ص 74.

132- علي الهادي الاسود، مرجع سابق، ص 29.

نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من نص المادة الثالثة على هذه القواعد والتي تنص على أن قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم ، فهذا النص لم يطرأ عليه أي تعديل منذ صدوره وذلك نظرا للمرونة التي يتصف بها، ويقابل هذا النص في التشريع الجزائري المادة الخامسة من القانون المدني التي تنص على أن: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن" فمن خلال هذان النصان يتضح أن مصطلح "قواعد البوليس والأمن" هدفه هو إقامة نظام على إقليم الدولة وتطبيقه على كل الأشخاص والأشياء وكل الروابط القانونية التي تدخل في نطاق سريانها ولا تمتد خارج الإقليم الوطني التي صدرت فيه. (133)

إن الجمع بين قوانين البوليس والأمن يثير نوعا من الخلط ، فأراد الفقه الحديث إيضاحه من أجل التفرقة بين القانونين ، فقوانين الأمن من خصائصها أنها تشمل قواعد القانون الجنائي والقانون الإداري ، وقواعد القانون العام الأخرى التي لا ينشأ بشأنها تنازع القوانين مطلقا. أما قوانين البوليس فهي تتصل بالقانون الخاص، حيث تحمي المصلحة العليا للدولة مثل قوانين الائتمان الاقتصادي، وبعض القوانين الاجتماعية كقانون العمل والأحوال الشخصية (134).

ثانيا : القواعد الفورية التطبيق

ظهر هذا الاصطلاح في فرنسا على يد الفقيه اليوناني الأصل (فوسيون فسيسكاكيس) فهو يرى أن هذا الاصطلاح يحقق الكثير من المزايا التي لا يحققها مصطلح " قواعد البوليس والأمن" (135)، حيث دعا بعدم التمسك بمنهج الإسناد كمنهج وحيد الذي يتم بمقتضاه حل

133- عيد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 289- 290.

134- علي الهادي الاسود ، مرجع سابق ، ص 29.

135- المرجع نفسه ، ص 29.

مشكلة تنازع القوانين لوجود منهج آخر يتولى مثل هذه المهمة ولو كانت بكيفية مغايرة لمنهج الإسناد ، وعيه فقد أشار إلى هذا الإطار إلى القواعد التي تدعى بالقوانين الفورية التطبيق التي تفرضها ضرورة ضمان التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة.⁽¹³⁶⁾

ثالثا : قواعد النظام العام (الوقائي والتوجيهي)

من أهم الفقهاء الذين أخذوا بهذا الاتجاه نجد الفقيه الايطالي منشيني " والفقيه "سافيني" والفقيه "جيسيب سبيرد بوتي" ، وذلك لعدة أسباب من بينها :

- ✓ تبين مدى ضرورة تطبيق القوانين من قبل القاضي دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد.
- ✓ بيان ما تتميز به عن مبادئ النظام العام ، التي يتم الدفع بها أمام المحكمة، أو التي يدفع بها القاضي من تلقاء نفسه عندما يرى أنها تثير رأي النظام العام .
- ✓ قواعد النظام العام لا تنتمي إلى القانون الدولي الخاص فقط فهي أوسع مجالا في التطبيق، فهي أعلى مرتبة من قوانين البوليس، فهي ملزمة التطبيق بمجرد ما يكون القاضي مختصا بالمسائل التي تنظمها ، باختلاف قوانين البوليس التي يكون مجال تطبيقها على العنصر الأجنبي فقط.⁽¹³⁹⁾

إن بعض مناصري هذا لاتجاه يرى ضرورة عدم تعميق الخلاف بين قوانين البوليس والأمن وقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي، لان لهما هدف مشترك المتمثل في الحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.⁽¹³⁸⁾

من مزايا مصطلح "القواعد ذات التطبيق الضروري" هو أن هذه القواعد ضرورية لحماية التضامن الاجتماعي والاقتصادي لدولة القاضي، فبمجرد توفر شروط تطبيقها المتمثلة في العلاقة الموجودة بين هذه القواعد والنزاع تطبق بغض النظر إلى طبيعة العلاقة إذا ما كانت وطنية أو دولية، فهي ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع ويترتب منه تقليص

137- علي الهادي الأسود، مرجع سابق، ص 30.

138- حمومة سعيدة ، حميطوش أعر ، مرجع سابق ، ص 74.

القوانين الآمرة في المجال الدولي وهذا ما يساعد في تطوير وتنمية العلاقات التجارية الدولية. (139)

الفرع الثاني : تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد

في هذا الصدد سنتطرق إلى بيان الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري، وبين القواعد ذات التطبيق المباشر وأيضاً تمييزها عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة، وأخيراً تمييزها عن منهج التنازع.

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

القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق على النزاع مباشرة إذا تعلق المر بمجال سريانها، ويثير هذا التطبيق المباشر التداخل بين القواعد السابقة الذكر - القواعد ذات التطبيق الضروري - والقواعد التي تعرف بالقواعد ذات التطبيق المباشر وذلك من حيث درجة الزاميتها. (140)

بالرجوع إلى طبيعة هذه القواعد يتبين أن القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد ذات التطبيق المباشر لكن العكس غير صحيح، فتطبيقها المباشر دون أعمال منهج التنازع لا يعني أنها بلغت درجة معينة من الإلزامية لتدخل من تلقاء نفسها لتطبق على النزاع، بل المشرع الوطني هو من أراد أن يوسع مجال تطبيق بعض القواعد القانونية في قانونه من أجل فرض بعض الالتزامات على مواطنيه أو توفير لهم بعض الحماية التي يرى أنها في مصلحتهم.

جاء الفقه بعدة أمثلة لإظهار بعض القواعد القانونية التي تطبق تطبيقاً مباشراً دون أن تتدرج ضمن قواعد ذات التطبيق الضروري، من هذه الأمثلة نص المادة 1/16 من القانون البحري الفرنسي الذي صدر سنة 1966 المتعلق بالنقل البحري، فمن خلالها وسع المشرع من الفرنسي نطاق تطبيق هذا القانون فيما لو تم النقل من وإلى الموانئ الفرنسية كأن يكون كل

139- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص ص 292-293.

140- المرجع نفسه ، ص 293.

ميناء الشحن وميناء التفريغ موجودان في فرنسا. (141)

تتشرك القواعد السابقة الذكر في خاصية الانطباق المباشر، إلا انه هناك فرق قائم بينهما، فيكون تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالنظر إلى الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها وهذا ما يبرر تطبيقها سواء كانت تنتمي لقانون القاضي أو لقانون أجنبي.

ثانيا : تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة

منهج قاعدة الإسناد يرتكز على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع وعليه لحل النزاع فهو يعتمد على تحليل العلاقة وردها إلى الفئة المسندة وبعدها يتم تمهيدها لتطبيق القانون المختص بشأنها.

عكس منهج القواعد ذات التطبيق الضروري الذي لا يهتم بالعنصر الأجنبي، فهو يعتمد على تحليل القواعد القانونية من حيث سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي وتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي. (142)

ثالثا : تمييز قواعد التطبيق الضروري عن منهج النزاع

منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يبدأ من البحث عن القواعد القانونية الوطنية للتعرف على ما يعد منها ذات تطبيق مباشر وما لا يعد منها ذات تطبيق مباشر، وبعدها معرفة المسائل التي ينزل عليها حكمها والتي يتعين على القاضي إعمالها بصفة مباشرة .

بينما يبدأ منهج النزاع من الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملائم لحكمها. (143)

141- المرجع نفسه ، ص 293-294.

142- حمومة سعيدة ، حميطوش اعمر ، مرجع سابق ، ص 77.

143- المرجع نفسه ، ص 77.

المطلب الثاني

كيفية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

احتلت القواعد ذات التطبيق الضروري مكانة على الصعيدين الدولي والداخلي ، ويتجلى ذلك من خلال الأخذ بها في العديد من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية وذلك نظرا لأهميتها في حماية سيادة الدول وتحقيق مصالحها والحد من تنازع القوانين فالمرجع أولى لها أهمية خاصة سواء على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي فأصبح تطبيقها من قبل القضاء- سواء كان قضاء دولة أو قضاء تحكيم - أمر ضروري خاصة إذا ما كانت تنتمي إلى قانون القاضي ، لذا يتعين دراسة كيفية تطبيقها والأخذ بها سواء في حالة عرض النزاع على قضاء دولة معينة (الفرع الأول) ، أو في حالة عرض النزاع على هيئة التحكيم(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قضاء الدولة

من الطبيعي أن يلتزم القاضي الوطني بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي ورد النص عليها في القانون الوطني ⁽¹⁴⁴⁾ ،فقاعدة الإسناد في قانونه هي التي تكشف القانون المختص وهو قانون الإرادة حسب الأصل ،أو القانون الذي عينته الضوابط الاحتياطية ، ففي كل الحالات القاضي يتولى تطبيق القانون ؛باستثناء الحالات التي تدخل فيه هذه العلاقات العقدية في مجال سريان القواعد ذات التطبيق الضروري سواء كانت هذه القواعد تنتمي إلى قانون القاضي (أولا) ، أو أنها تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي (ثانيا) ، أو أنها تنتمي إلى قانون أجنبي غير مختص بمقتضى قاعدة الإسناد وإنما له علاقة بالعلاقة العقدية (ثالثا) .

أولا : التزام القاضي بإعمال كافة القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد التي يقوم بها القاضي ، حيث يستخدمها مباشرة إذا ما كانت مرتبطة بقانونه، سواء كان القانون المختص هو قانون وطني

144- حمومة سعيدة ، حبيبوش اعمر ،مرجع سابق ، ص 82

أو أجنبي، فإذا ما كان القانون الوطني هو القانون المختص في هذه الحالة يتولى تطبيق كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانونه وفي مقدمتها القواعد التي تتدرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري. (145)

ففي هذه الحالة ليست هناك أي فائدة عملية للتمييز بين طبيعة القواعد القانونية التي تنتمي إلى المحيط الداخلي لقانون القاضي لكون هذا الأخير يطبق قانونه ككل دون أن يكون مضطراً للتمييز بين هذه القواعد، فالقانون الوطني بمجرد تطبيقه يشمل كل قواعده سواء كانت ملزمة أو غير ملزمة وعلى ضوءها تفقد عملية البحث عن المعايير التي تكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، وتمييزها عن القواعد ذات التطبيق المباشر وبين القواعد العادية التي لا تتدرج ضمن الأوصاف السابقة. (146)

مثلاً إذا عرض نزاع على القضاء الجزائري بشأن المعاملات التجارية الدولية، وكان الاختصاص للقانون الجزائري، فالقاضي الوطني يطبق قانونه الوطني بكافة قواعده، (147) فيسوي الأمر بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد القانونية العادية أي التي تدخل ضمن النوعين السابقين باستثناء ما يخرج من مجال تطبيق القانون الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد في القانون، مثلاً بالنسبة للأهلية التي تخضع لقانون جنسية الشخص. (148)

إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي باعتباره قانون الإرادة أو قامت الضوابط الاحتياطية بتعيينه في قاعدة الإسناد، فالقاضي يطبق القانون أجنبي شرط أن لا يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه التي لا تقبل تنازع أي قانون كلما ارتبطت العلاقة العقدية بمجال سريانها. (149)

145- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 34

146- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 319

147- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 34

148- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 320

149- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 34

وأيضاً يقوم القاضي بتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر التي تعتبر من قوانين التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه دون منح السلطة التقديرية في ذلك (150).

فالتطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي تؤدي إلى اختزال الوقت في تطبيق القواعد الآمرة في هذا القانون ، فبدلاً من تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد وبعد ذلك يتبين أنه يخالف النظام العام الوطني أين يتم استبعاده وفقاً لفكرة الدفع بالنظام العام فيتم تطبيقها على النحو المباشر -القواعد ذات التطبيق الضروري - دون المرور على تعقيدات أعمال قاعدة الإسناد وكذلك دون أعمال فكرة الدفع بالنظام العام (151) إلى جانب اتفاق الفقه على أن أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أصبحت تنتمي إلى قانون القاضي ، فنجد بعض الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية قد نصت على نحو صريح على تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اتفاقية روما لسنة 2008 والتي تنص :

« Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

كما أخذ المشرع السويسري في نص المادة 18 من القانون الدولي الخاص التي تنص على أن : "يجب مراعاة النصوص الآمرة في القانون السويسري ، والتي تكون بالنظر إلى هدفها الخاص واجبة التطبيق أياً كان القانون الذي يحدده الطرفان " (152).

ثانياً: أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لا يقتصر على القواعد التي تنتمي للقانون الوطني، بل تشكل أيضاً القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة

150- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 34

151- المرجع نفسه ، ص 320

152- المرجع نفسه ، ص 322.

التنازع في قانون القاضي ، وذلك لرغبتها في الانطباق على العلاقة القانونية التي لا تهدر أحكام القواعد الآمرة التي تنتمي إلى هذا القانون .بعد التطور الحاصل في فقه القانون الدولي الخاص رفض تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري لكونها من القواعد الإقليمية فهي تطبق من طرف القاضي الذي ينتمي للدولة التي أصدرتها ، أو أنها تطبق داخل حدود الدولة التي أصدرتها باعتبارها من قواعد القانون العام.⁽¹⁵³⁾

يرجع الأساس الفقهي في تطبيق القواعد التي تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق إلى الإسناد الإجمالي؛ أين تعطي قاعدة الإسناد الاختصاص للقانون الأجنبي،⁽¹⁵⁴⁾ فهذا الأخير يطبق على كل العلاقة العقدية بما فيه القواعد الآمرة -وهي القواعد ذات التطبيق الضروري- وقواعد القانون العام بطريقة لا تقبل التفرقة، فاقتصار القاضي على تطبيق قواعد القانون الخاص في القانون المختص دون قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري هو تشويه أو مسخ للقانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد.

تتميز القواعد ذات التطبيق الضروري بأهمية تظهر في إطار العلاقات الخاصة الدولية وبالنظر إلى الدور الذي تؤديه في إطار هذه الروابط ، فهي تهدف إلى التنسيق بين الأنظمة القانونية للدولة ؛ حيث يترتب عنها الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية إذا كان سينفذ الحكم في الدولة التي أصدرتها ، ومن ناحية أخرى فهي تساهم في توحيد الحلول القانونية فيما لو تم تطبيق هذه القواعد من قبل القضاء الأجنبي .

مثلا إذا عرض النزاع على القضاء الجزائري فان القاضي الوطني يتولى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه مباشرة، أما إذا عرض النزاع على القضاء الأجنبي وكان القانون المختص هو القانون الجزائري وأخذنا بالاتجاه الراض بتطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص فيترتب عنه اختلاف الحلول القانونية مما يؤدي في النهاية إلى الإخلال باليقين المتطلب في العلاقات القانونية في مجال التجارة

153- المرجع نفسه، ص 324.

154- المرجع نفسه ، ص 325.

(155). الدولية.

المر يختلف بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي تبين القانون الواجب التطبيق على بعض العقود الدولية، فهي تشير إلى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وان كان على نحو غير إلزامي، ولكونها أشارت إلى الاعتداد بالقواعد الآمرة في القانون الأجنبي فهي لم تشر على نحو صريح بإمكانية تطبيق قواعد القانون العام .

إن البحث عن معيار انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي في مجال العلاقات الخاصة الدولية أمر ضروري حتى لا تطبق خارج مجال سريانها وهذا ما يشكل تشويه للنظام القانون الواجب التطبيق، مما يستوجب البحث عن إرادة انطباق هذه القواعد على العلاقة العقدية من اجل ضمان التطبيق السليم لمثل هذه القواعد أمام القضاء الوطني. حتى في حالة رفض هذه القواعد الانطباق ما إذا كانت العلاقة العقدية تندرج ضمن مجال سريانها فهذا لا يعطي الاختصاص لقانون أجنبي آخر ،ففي مجال العقود الدولية لا وجود للإحالة المستبعدة كونها تتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق فالاختصاص يكون للقانون المعين بقاعدة الإسناد في قانون القاضي .

ثالثا : إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع

البعض يذهب إلى رفض إعمال القاضي للقواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للنظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الإسناد، وأعمال هذه القواعد لا يأتي إلا من خلال الإذعان لمجرد إرادتها في الانطباق، مما يعني الرجوع إلى تبني المذهب الأحادي المطلق الذي يقوم على احترام السيادة الأجنبية، علما أن هذا المذهب أصبح مهجورا في الفقه، فهو لا يستجيب إلى الحقائق الوضعية في النظم القانونية المقارنة السائدة. (156)

155- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 326
156- عمر صدقي محمود ، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلتث البيئة وفق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ، مجلة الدراسات القانونية، الجزء الثالث ، العدد 42 ، كلية الحقوق ،جامعة اسبوط ، سنة 2018 ، ص 353.

يهدف التطبيق المباشر للقواعد التي تنتمي إلى القوانين الأجنبية للإعمال المباشر لمثل القواعد يكفل احتراماً مضموناً لتجسيد أهدافها من قبل قاضي أجنبي لمحاربة أي غش يصدره الأطراف هدفه استبعاد القواعد الآمرة التي تتناقض مع مصالحهما أو مصلحة أي واحد منهما.⁽¹⁵⁷⁾

اتجهت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وكذا بعض التشريعات الوطنية إلى إمكانية تطبيق مثل هذه القواعد حتى وإن كان ذلك بطريقة مختلفة عن الحالة التي يطبق القاضي فيها للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه، هذا ما توضحه المادة التاسعة في الفقرة الثانية من اتفاقية روما لسنة 2008 التي سوت بين القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد 1 والى قانون تربطه علاقة مع هذا العقد.⁽¹⁵⁸⁾

نفس الاتجاه سلكه المشرع السويسري في المادة 19 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987، ونفس الشيء أخذت به نص المادة 16 من اتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل والتي تنص على أن: "عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة تربط بالمركز المطروح لرابطة جذرية ، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقاً لقانون تلك الدولة أياً كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيه".⁽¹⁵⁹⁾

الفرع الثاني تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في هيئة التحكيم

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لا يقتصر فقط أمام القضاء الوطني، بل يمتد مجال تطبيقها حتى في الحالات التي يعرض فيها النزاع على هيئة التحكيم التجاري الدولي حتى وإن كان ذلك بطريقة تختلف عن حالة عرض النزاع على القضاء الداخلي، فليس للمحكم ما يعرف بقانون الاختصاص، لكون كل القوانين الأجنبية متساوية بالنسبة إليه، فحسب الأصل لا يمكن تطبيق القانون الذي تنتمي إليه قواعد ذات التطبيق الضروري على

157- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 332.

158- المرجع نفسه ، ص 332.

159- المرجع نفسه، ص ص 332-333

حساب قانون آخر.

اختلفت الاتجاهات الفقهية وأيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بشأن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، فهناك من يرى أن المحكم يتولى تطبيق القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد دون سواها (أولاً)، ويبقى الاختلاف قائماً بالنسبة لإعمال مثل هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون العقد (ثانياً) .

أولاً : إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد

يقوم التحكيم التجاري الدولي على إرادة الأطراف، حيث تمكنهم من اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولها مجال واسع مقارنة مع حالة عرض النزاع على قضاء الدولة، فالمحكم يذعن لإرادة الأطراف لكونه يستمد اختصاصه من هذه الإرادة بما أن ليس له قانون الاختصاص كما هو الشأن بالنسبة للقاضي .

إذا اختار الأطراف القانون الواجب التطبيق دون الإشارة إلى استبعاد بعض قواعده، يلتزم المحكم بتطبيق هذا القانون كاملاً دون التفرقة بين القواعد ذات التطبيق المباشر بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري وبين القواعد المكملّة الواردة فيه، كما يكون التطبيق تلقائياً حتى لو أدى ذلك إلى إبطال العقد أو أحد شروطه. (163)

إلا أن هذا الاتجاه وجد معارضة من قبل الفقه؛ حيث قرر أن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي يبدو أمراً طبيعياً بوصفها جزءاً من القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولته، لكن الأمر يختلف بالنسبة للقواعد الأجنبية المماثلة التي تنتمي إلى دولة ثالثة، فالإتجاه الغالب يؤكد على تطبيق القواعد التي تنتمي إلى دولة أجنبية والتي لها صلة بالنزاع. (161) فتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون وارد في مجال التحكيم التجاري الدولي باعتباره يهدف إلى احترام التشريعات الآمرة التي يرى المشرع الوطني أنها ضرورية لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية تتماشى مع

160- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 338

161- حمومة سعيدة، حبيبوش اعمر، مرجع سابق، ص 83

السياسة العامة للدولة . فالإعمال المباشر لمثل هذه القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد يؤدي إلى نيل ثقة الدول في التحكيم التجاري الدولي كونه لا يعتبر من وسائل التعدي على القواعد الداخلية ذات الطابع الآمرة مما يؤدي من الناحية العملية إلى إصدار تشريعات وطنية مشجعة للتحكيم التجاري وكذا الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا التحكيم.⁽¹⁶²⁾

ثانيا : مدى وجوب إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد

إن إعمال المحكم لهذه القواعد يترتب عليه إضافة إلى ما يترتب على إعمال مثيلاتها التي تنتمي إلى قانون العقد ، استبعاد احد أحكام القانون المختار من قبل الأطراف والذي يعتبر ملائماً وموافقاً لاقتصاد عقدهم ومصالحهم.⁽¹⁶³⁾ فعدم إعمال مثل هذه القواعد لم يعد من الأسباب المؤيدة لإبطال حكم التحكيم ، عكس حالة تعارض حكم التحكيم مع النظام العام التي تعتبر من الحالات التي تؤدي إلى الطعن في هذا الحكم.⁽¹⁶⁴⁾

تختلف الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الشأن عن مدى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد ، مما أدى إلى ظهور اتجاهين أين يرفض الاتجاه الأول إعمال هذه القواعد احتراماً لإرادة الأطراف ، أما الاتجاه الثاني فيميل إلى إعمال هذه القواعد كلما كانت لها علاقة بالعقد .

➤ الاتجاه الرفض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروي التي لا تنتمي إلى قانون العقد أو حتى الأخذ بها بعين الاعتبار، لكون المحكم لا يلتزم بالقانون الداخلي لدولة معينة لاعتباره القانون المختص، بل يلتزم نحو احترام إرادة الأطراف فقط فالمحكم يبني حكمه على أساس القوة الملزمة للعقد واحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين،⁽¹⁶⁵⁾ كون مهمته قاصرة على تحقيق مصالح المتعاقدين .

162- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 341

163- عمر صدقي محمود ، مرجع سابق ، ص 344

164- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 341

165- عمر صدقي محمود، مرجع سابق، ص 344

رفضت هيئات التحكيم التي أخذت بهذا الاتجاه تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون غير قانون العقد، ومن ابرز حججها تلك التي تسعى إلى حماية توقعات الأطراف، هذا ما يظهر بصفة جلية في الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية باريس سنة 1995. (166)

أما بالنسبة إلى أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون الذي اختاره الأطراف، لا يمكن للمحكم الدولي تطبيق قواعد البوليس التي تنتمي إلى قانون دولة أجنبية غير الدولة المتفق على تطبيق قانونها، استنادا في ذلك إلى أن هذا التطبيق سيؤدي إلى بالضرورة إلى استبعاد جزئي لقانون العقد مما يعرض القرار التحكيمي للبطلان. (167)

➤ الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد على خلاف الاتجاه السابق ، أين يكون المحكم من الضروري أن يوازن بين احترامه لإرادة الأطراف من جهة ، وضمانه لفاعلية الحكم الذي سيصدر من ناحية أخرى ، التي تقضي بتطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد ؛ لكن تكون موضوعة بواسطة دولة لها رابطة وثيقة بالعقد. فالمحكم لا يحل محل قاضي الدولة إلا برضا النظام القانوني لهذه الدولة ، كما أن هذه الأخيرة لا تقبل بعدالة خاصة دون أن تفرض في نفس الوقت على قضائها أن يأخذ في الحسبان المصالح العامة المعتبرة في الدولة. (168)

إن رفض المحكم لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد هو تصرف مبالغ فيه حيث لا يعكس التوجهات الحديثة لمختلف السياسات التشريعية للدول التي زادت تدخلها في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، كما استعمل في هذا الشأن القاعدة

166- بنص الحكم الصادر من الغرفة التجارية الدولية على ما يلي : 'في التجارة الدولية ، من المهم جدا ان تقدم القواعد نتائج متوقعة ، أن تستجيب للتوقع المشروع للأطراف وان تقيم وزنا للعادات السائدة في السوق الدولية .

تعتبر الهيئة أن المنهج المؤسس على المصالح الوطنية سيعتبر غير ملائم في ذلك المحيط".

167- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 343

168- عمر صدقي محمود ، مرجع سابق ، ص 346

القانونية ذات الطبيعة الآمرة التي تنطبق على جميع العلاقات التي تدخل ضمن مجال سريانها دون التمييز بين العلاقات دون التمييز بين العلاقات الخاصة الوطنية والعلاقات الخاصة الدولية.⁽¹⁶⁹⁾

أرى شخصياً أن قواعد ذات التطبيق الضروري تهدف إلى تحقيق الحماية وتأكيد فعالية النظام القانوني الوطني، باعتبارها قواعد مباشرة بحيث يتم تطبيق قانون القاضي باللجوء إلى هذه القواعد؛ وبالتالي لم تعد الحاجة إلى اللجوء إلى المنهج التنازعي كون أن هذا الأخير يتواجد فيه تنازع الاختصاص التشريعي وهو ما يؤدي إلى صعوبة إيجاد القانون المناسب لحسم النزاع.

169- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 343

الخاتمة

عرفت عقود التجارة الدولية تطورات عديدة حسب تطور العلاقات التجارية الدولية الناتجة عن زيادة معدلات النمو وتشعب مشاكلها، مما اثر على الدراسات القانونية التي طرحت هذا الموضوع والذي أصبح من ابرز مواضيع القانون الدولي الخاص. ذلك لارتباطه بأبرز العلاقات الخاصة الدولية المتمثلة في المبادلات التجارية .

تعتبر عقود التجارة الدولية حصيلا لتوسيع عمليات التبادل الاقتصادي، فهي تتمتع بمكانة هامة في المجتمع البشري، اتسعت هذه المبادلات بين أقاليم ذات مقومات اجتماعية وسياسية واقتصادية مختلفة، مما أدى إلى تعدد وتشابك العديد من العلاقات القانونية التي تثير مشاكل قانونية وعملية جديدة وذلك لاحتواء هذه العلاقات على العديد من الجوانب المتداخلة .

ترتبط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد ، فهذه التجارة تنظم بقواعد مختلفة مما تؤثر على اختلاف الأحكام التي تصدر بشأن النزاع الواحد، وهذا ما يستوجب توفر بيئة قانونية لحل النزاعات القائمة بين المتعاقدين، والبحث عن القانون الواجب التطبيق على عقودهم .

الضابط الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، على العقود التجارية هو قانون الإرادة الذي جاء به فقه قانون الدولي الخاص الكلاسيكي و المستقر في التشريعات الحديثة، لتصبح من المبادئ المكرسة لحل النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الدولية سواء اختاره أطراف العلاقة العقدية سواء اختاره أطراف العلاقة العقدية صراحة أو ضمنا، لكن في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق يظهر دور القاضي في تحديد هذا القانون وذلك باعتماده على منهجين والمتمثلين في منهج الإسناد الجامد للرابطة العقدية مثل الإسناد إلى قانون بلد الإبرام أو بلد تنفيذ العقد، وبالرغم من أنها تحرم اليقين القانوني ولا تفاجئ الأطراف بما لم يتوقعوه، إلا أنها تتسم بالجمود الذي لا يتلاءم وتنوع طبيعة العقود في إطار التجارة الدولية واختلاف ملابساته في شأن كل منها، أو يقوم بالاعتماد على الإسناد المرن ،فكل فئة من العقود الدولية ذات الطبيعة الواحدة تستند للقانون

الذي يتناسب طبيعتها، وهو القانون السائد في فكرة محل الأداء المميز الذي يحقق المرونة المتطلبة لأدراك العدالة .

يقوم المنهج التنازعي على قاعدة الإسناد والتي جعلت الإرادة كضابط للإسناد والذي يوجه القاضي للقانون المختص والذي يكشف عنه بطريقة غير مباشرة وذلك بإتباع خطوات متتالية ومترابطة والتي ترشد القاضي للقانون المختص وهو قانون الإرادة إعمالاً للضابط الأصلي الذي جاءت به قاعدة الإسناد وعليه يمكن للأطراف اختيار القانون الأنسب لحكم النزاع .

أدى تطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب وتعدد صورها وزيادة معدل نمو التجارة إلى كشف النظم الوطنية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية بمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لتسوية الناشئة عنها، وهذا راجع إلى اختلاف الحلول في القوانين الوطنية لحكم الحالة الواحدة، مما يعيق التجارة الدولية في تحقيق غاياتها بسبب القلق، فلا عجب أن تشهد هجوماً واسعاً على قواعد التنازع التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية، ومرد ذلك هو أن الانتقادات الكثيرة التي وجهت لمنهج قاعدة التنازع على اثر الأزمات التي ألمت به ، فهذا المنهج يعتمد على أداة فنية بالغة الدقة هي قاعدة التنازع التي يعتمد إعمالها دقة وفهم لمنهج التنازع فلا يمكن لغير المختصين إدراكه ، ومن ناحية أخرى فقد انتقد هذا المنهج لكونه عاجز عن تلبية متطلبات التجارة الدولية الحديثة، ومن جهة أخرى غالى في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية، حيث انه يطبق احد القوانين الداخلية وهي لا تستطيع أن تواكب التطور الهائل الذي تعرفه المعاملات التجارية الدولية ، فهي لا تجد الحلول المناسبة في مثل هذه القواعد الداخلية .

أدى هذا الوضع إلى البحث عن حلول أكثر مرونة واستجابة لمتطلبات التجارة الدولية والتي تأخذ في اعتبار خصوصيات المعاملات التجارية الدولية ، حيث ظهر منهج آخر يقدم حلول مباشرة دون المرور من تعقيدات الإسناد والذي يعرف بالمنهج المباشر القائم على

قواعد موضوعية الذي يقدم الحل القائم بالنزاع على نحو مباشر أين يتولى قضاء خاص بتطبيقه وهو قضاء التحكيم الذي يقوم على إرادة الأطراف .

تعدد المناهج المترتبة عن عقود التجارة الدولية لحل النزاعات ، يعني تعدد الجهات القضائية التي تتولى فصل النزاع، فمن جهة تعتبر المحاكم الوطنية صاحبة الاختصاص العام ، لكن ظهرت من جهة أخرى طرق بديلة لهذا القضاء أبرزها التحكيم التجاري الدولي الذي تحول من احد الطرق البديلة إلى طرق أصلية في حل النزاعات التجارة الدولية وهذا ما أكدته العلاقات التي تتبنى على أساس الاتفاق والتي تكون أكثر ايجابية ولها آثار فعالة من العدالة التي يطبقها القاضي الذي يعتمد على نصوص قانونية جامدة .

كلما اختلفت طرق تحديد القانون الواجب التطبيق تختلف الجهات القضائية المختصة للنظر في النزاعات ، حيث للإرادة دور هام وفعال كونها تتولى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق مع بقاء الاختلاف قائماً في الطريقة والدرجة، حيث يتولى النهج التنازعي القائم على قاعدة الإسناد تعيين القانون المختص وفقاً لضابط الإرادة أو تحديد القواعد الموضوعية على نحو مباشر لتكون واجبة التطبيق على العقد دون المرور على تعقيدات المنهج التنازعي .

القول بوجود الإرادة ليست حرة طليقة من كل القيود لكن يمارس حق تحديد القانون الواجب التطبيق في حدود رسمتها التشريعات الوطنية بقواعد أمر، سواء كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة بالأفراد أو بالمصلحة العامة، حيث تتدخل القواعد ذات التطبيق الضروري كلما كانت العلاقة القانونية تدخل سريان هذه القواعد بطريقة مباشرة تتجاهل طبيعة القوانين الواجبة التطبيق سواء عرض النزاع على الوطني أو قضاء التحكيم .

من خلال دراستنا لهذا الموضوع تحت عنوان تأثير المعاملات التجارية في ظهور وتطور قواعد الإسناد توصلنا إلى النتائج التالية:

✓ تقوم الإرادة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في إطار عقود التجارة الدولية من حيث إنشاء العقد وتحديد شروطه، فهي تعتبر المحور الرئيسي في المبادلات التجارية، وأيضاً تقوم على قدرة تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما كان العقد

دولي، فهي أصبحت قاعدة عالمية يتم على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق .

✓ يقصد بتعدد مناهج حل نزاعات التجارة الدولية تعدد الجهات القضائية التي تتولى النظر في هذه النزاعات ، فنجد إلى جانب القضاء الوطني الذي ينتمي الى دولة واحدة معينة قضاء التحكيم الذي يتولى الفصل في مثل هذه النزاعات لكن بطريقة متحررة من القضاء الوطني، وهذا ما تكشفه التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وعليه سجلنا بعض الملاحظات اخذين بعين الاعتبار القانون الجزائري :

✓ المشرع الجزائري قيد نطاق اختبار قانون العقد الدولي في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني إلى حد يمكن أن يفقد مبدأ اختيار القانون المختص أهميته وهذا يظهر في نص المادة 18 من القانون المدني، سواء كان الاختيار صريح أو لم يكن، وفي حالة عدم وجود الاختيار الصريح يتولى القاضي الكشف عنه عملا بالضوابط الاحتياطية التي جاءت بها هذه المادة، وكان هذا في وقت يوصف قانون التحكيم التجاري الدولي من بين القوانين العربية الأكثر انفتاحا رغم أن الحكم الذي سيصدره القضاء تتولى المحاكم الوطنية تنفيذه.

✓ يرى المشرع الجزائري في القضاء الوطني انه رمز من رموز الدولة حيث يطبق القوانين الوطنية كأصل، لكن فسخ المجال بتطبيق القوانين الأجنبية عل النحو الذي يريده هو وليس على النحو الذي يريده أطراف العلاقة، بدليل أن إرادتهم موجهة إلى قوانين محددة في قاعدة الإسناد .

✓ لا تجمع بين المنهج التنازعي والمنهج المباشر علاقة تنافسية، أين تكون الغلبة للمنهج الذي يتماشى مع تطورات الحالية للتجارة الدولية، وفي هذه الحالة هو المنهج المباشر، وبالرغم من التطور الذي يعرفه هذا الأخير إلا انه يبقى في أمس حاجته لقواعد الإسناد لاستدراك النقائص التي يمكن أن تتخلله في مرحلة من مراحل سير الدعوى .

✓ تهدف القواعد التي تتولى الفصل في النزاع إلى تحقيق التقارب والتعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية في العالم، حيث توفر بيئة صالحة لنمو الاتفاقيات الدولية، وتكثيف نشاط الهيئات الدولية المختصة بأمور التجارة الدولية وإعداد القوانين النموذجية التي تعتبر مرجع التشريعات الوطنية لتحقيق درجات كبيرة من التقارب بين التشريعات الداخلية .

✓ يسعى بعض الفقه المناصر إلى تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الداخلية وإخضاعه لقواعد التجارة الدولية لكن لا يمكن تجسيد هذا القول واقعيًا لكونه مبالغ فيه، و يظهر من ممارسات قضاء التحكيم الذي يسعى إلى إعطاء فعالية لأحكامه من خلال احترام القواعد الآمرة حتى يمكن تنفيذ الأحكام من أجل تحقيق الغاية المنتظرة من عرض النزاع على هذا القضاء، بدليل أن قضاء التحكيم يميل إلى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا علاقة بالنزاع لكنها لا تنتمي إلى القانون المختص .

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية1. الكتب

1. أحمد عبد الحميد عيشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية 1979.
2. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2008 .
3. أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، ج1 (تنازع القوانين) ، مطبعة الكافئة ، الجزائر، 2000 .
4. إسعاد موحنند، القانون الدولي الخاص ، ج1 (تنازع القوانين) ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989 .
5. الأطرش محمد، القانون الدولي الخاص ،مطبوعات المعرفة، المغرب،2004.
6. الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة)، ط7، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، 2017
7. حفيظة السيد الحداد ، الوجيز في القانون الدولي الكتاب الأول : المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2009 .
8. ————— ،النظرية العامة في القضاء الخاص الدولي، الكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2009.
9. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين الجزائري و المقارن)، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010
10. زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص، معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014 .
11. _____ ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1(تنازع القوانين)، مطبعة الكافئة، الجزائر،2000.

12. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
13. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في التجارة الدولية، دار الكتاب الجديد، القاهرة، 1999.
14. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.
15. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010 .
16. عبد الباسط محمد جاسم، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المعاملات التجارية الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014
17. عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1 (نظرية العقد) ، ط2 ، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998 .
18. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012
19. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2 (في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي)، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1989.
20. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
21. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبعة الدولية)، دار الجامعة الجزائرية ، الإسكندرية، 2007.
22. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة) ، ط3 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2013.
23. غصوب عبده الجليل، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2008.
24. فايز نعيم رضوان، مبادئ القانون التجاري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

25. لزهرة سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
26. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1 (وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم)،الفتح للطباعة و النشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998.
27. محمد المبروك اللافى، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي)، منشورات الجامعة المفتوحة، دم.ن ، 1994.
28. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
29. مصلح أحمد الطراونة، قانون التجارة الدولي (دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي و علاقته بالقانون الدولي الخاص)، دار رند للنشر و التوزيع، الأردن، 2001.
30. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.
31. ناتوري كريم، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، موجهة للسنة أولى ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019. 2020.
32. هشام علي صادق، الجنسية وموطن و مركز الأجنبي، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1976.
33. _____، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
34. _____، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

أ. الرسائل الجامعية

1. أيت منصور كمال عقد التسيير كخصوصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
2. بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
3. زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1990. 1991.
4. شويرب خالد ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في الحقوق، تخصص الملكية الفكرية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
5. عبيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
6. محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولية، "دراسة تاريخية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مركز البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، 2007

ب المذكرات الجامعيةب-1 مذكرات الماجستير

1. بواط محمد، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة حسيبة بن بولعي، الشلف ، 2008.2007
2. تكليف زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013.2012
3. خليفاتي عبد الرحمان، الدفع بالنظام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 1986.

4. محمد أحمد عبد الله سمانة، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005.
5. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان، 2011.

ب-2 مذكرات الماستر

1. بكاكريه حسينة، عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012. 2013
2. حمداوي زهرة، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2015. 2016
3. حمومة سعيدة ، حميوطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014. 2015
4. فتيون إيمان، ابودغاسن جبار، الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019. 2020،
5. مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2015. 2016.
6. مناصف أمين ،سعدى سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، 2018. 2019.

III. المقالات

1. إبراهيم عباس الخنوري، "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص"، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بابل، 2019، ص ص 1280-1281.
2. بلمامي عمر، "نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون" نشرة المحامي الصادر عن منظمة محامي سطيف، الجزائر، 2007، ص ص 21-29.
3. زروتي الطيب، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، ج35، رقم 1، جامعة الجزائر، 1997، ص ص 80-81.
4. زياد خليف العنزي، "مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي(2015)"، مجلة جامعة الشارقة، المجلد13، العدد2، كلية القانون، جامعة العين للعلوم و التكنولوجيا، أبو ظبي، 2016، ص ص 390-392.
5. سعيد سويد النصيبي، "منظمة التجارة العالمية ، الأهداف و المبادئ و شروط الانضمام و تجربة مجلس التعاون الخليجي"، مؤتمر الجوانب القانونية و الاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، أجريت فعاليته بين 9 11 ماي 2004، ط1 المجلد 1، دبي، 2004، ص ص 64 و ما يليها.
6. طيار محمد السعيد، "معيير تدويل عقود التجارة الدولية"، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص ص 173-223.
7. عزيزة الشريف، "مدى التزام الدولة بمطابقة التشريعات الوطنية مع أهداف و سياسات منظمة التجارة الدولية"، مؤتمر الجوانب القانونية و الاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، ط 1، المجلد1، دبي، د.س.ن ، ص ص 188-192.
8. علي الهادي الأسود، "العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضرورس (قواعد الأمن و البوليس) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد7، كلية القانون الزاوية، 2015، ص ص 26-30.

9. عمر محمود، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلوث البيئة وفقا منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية، ج 3، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2018، ص ص 344-353
10. عيد عبد الحفيظ، "عقود الأعمال إحياء لقانون التجارة الدولية"، ملتقى وطني حول: عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص ص 234-239
11. فراس كريم شيعان، إرم عصام خضير، "أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 3، العدد 29، السنة 8، جامعة بابل، 2016.
- 12.. محمد الوليد العبادي، "أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، مجلة علوم الشريعة و القانون، المجلد 34، العدد 2، د.م.ن، 2007، ص ص 358-359.
13. محمد شوقي شاهين، "القانون الدولي الخاص كمدخل لدراسة قانون الأعمال"، مجلة المحاماة، العددان 7 و 8، السنة 28، د.م.ن، 1988، ص ص 131-139.
- 14 مظفر ناصر حسين، "القانون الواجب التطبيق في هيئات التحكيم الدولية"، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، العدد 7، السنة 2، د.م.ن، د.س.ن، ص ص 1-36.
15. هيو علي حسين، "التحكيم قضاء أصيل للمنازعات التجارية"، مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، د.م.ن، د.س.ن، ص ص 553-561.
- IV. النصوص القانونية
1. أمر رقم 75. 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
2. قانون 08.09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، عدد 15، المؤرخ في 8 مارس 2009.
- 3 قانون 03.09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، تتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، عدد 15، المؤرخ في 8 مارس 2009.

4. قانون رقم 16. 09 مؤرخ في 3 غشت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، عدد 46، المؤرخ في 3 غشت 2016.

5. قانون 59.75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1999 يتعلق بالقانون التجاري، ج.ر، عدد 101 المؤرخ في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 08.93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 المتعلق بعقد تحويل الفاتورة، ج.ر، عدد 27 المؤرخة في 8 أبريل 1993

V. الوثائق

1. اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980

<https://www.uncitral.drg/pdf/arabic/tescts/saks/cisg/v1.05999-ci56-a.pdf>

2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

<http://www.hcch.net>

3. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في 2006.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/tescts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf.

4. نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1998

<https://www.justice-lawhome.com/vb/showthered>.

5. مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم الدولي (الجزء الأول) مقتطفات من الوثيقة الختامية

<http://www.hcch.net>.

6. مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص

<http://www.hcch.net>

ثانيا: باللغة الفرنسية

I. ouvrage

1 – BUREAU Dominique, MUR-WATT Hortia, Droit international privé, tome 2: partie spéciale, 2^édition, pul, Paris, 2010.

- 2 –DANIL Gutman,Droit international privé, 2édition, Dalloz, paris, 2000.
- 3 –DERRUPPE Jean,Droit international privé, Dalloz,paris,1999.
- 4 –HUGUES Kenfack, Droit de du commerce international, 3 édition, Dalloz,paris, 2009.
- 5–HANRIE Batiffol,Le pluralisme des méthodes en droit international privé, recueil des cours de l'académie de la haye de droit internationale privé, tome 2, 1973.
- 6 –MAYER Pierre,HEZE Vincent, Droit international privé , 7 édition , montchrestion, paris,2001.
- 7–POMMIER JEAN Christophe, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé convention economica, paris,1992.

II. These

- 1 –KOBBER Gabriela,la loi applic en matière de vent internationale de marchandises ,thèse pour le diplôme d'étude doctorales ,université de droit d'économie et des sciences , paris ,1990.

III. articals

- 1 –AYNESL Lurent,"l'ifluence de la mondialisation sur le droit des contrats",osak; university kowleedge archive. p p 35–48
<https://ir.library.osak-u.ac.jp/dspace/bistream/110,49/6391/1/oulr>
- 2 –JAQUET JEAN–Michel,"l'incorporation de la loi dans le contrat", in travaux du comité français de droit international privé ,année (1993–1994),1994–1995), pedone, paris,1996 p p 32–37.

IV. Documents

1 -convention de la haye de 15 juin 1995 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?Cid=31>.

2-convention de la haye de 15 juin 1995 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers.

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=32>.

3 -convention de la haye de 19 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et la représentation

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=89>.

4 -convention de rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles remplacé par convention de rome 1 de 17 juin 2008.

https://www.leglux.public.lu/leg/textes/coordonnes/codes/cooperation-judiciaire/obligations_rome1.pdf.

5 -convention de la haye 22 décembre 1987 sur la loi applicable aux contrats de ventes internationale de marchandise.

<https://www.cch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=61>.

الفهرس

- ثانيا : قانون محل إبرام العقد.....34
- الفرع الثاني: الإسناد المرن للقانون الواجب التطبيق.....36
- الفصل الثاني: مصير قواعد التنازع في ظل التطورات الراهنة للتجارة الدولي 40
- المبحث الأول: مصير قواعد الإسناد في ظل تحرير المعاملات التجارية الدولية من حكم القانون.....41
- المطلب الأول: العوامل التي ساهمت في ظهور قواعد التجارة الدولية..... 42
- الفرع الأول: العوامل السياسية.....42
- الفرع الثاني:العوامل الاقتصادية.....43
- الفرع الثالث: العوامل القانونية.....45
- أولا: شدة تعقيد المنهج القائم على قاعدة الإسناد.....45
- ثانيا: عدم إمكانية توقع الحلول و انعدام الأمن القانوني.....46
- ثالثا: تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع.....47
- المطلب الثاني:وجود قضاء خاص لتطبيق قواعد التجارة الدولية..... 48
- الفرع الأول: تعريف التحكيم.....48
- الفرع الثاني: أنواع التحكيم.....50
- أولا: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.....50
- ثانيا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.....51
- ثالثا: التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون.....51
- الفرع الثالث: أهمية التحكيم مقارنة مع القضاء الوطني.....52
- المبحث الثاني: مصير قواعد الإسناد في ظل تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري.....54
- المطلب الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....55
- الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري.....55

- أولا : قواعد البوليس والأمن 58
- ثانيا: القواعد فورية التطبيق 59
- ثالثا : قواعد النظام العام (الوقائي أو التوجيهي) 60
- الفرع الثاني: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد 61
- أولا : تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن القواعد ذات التطبيق المباشر 61
- ثانيا : تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج قاعدة الإسناد 62
- ثالثا : تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج التنازع 62
- المطلب الثاني: كيفية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري 63
- الفرع الأول : تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قضاء الدولة 63
- أولا : التزام القاضي بإعمال كافة القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه 63
- ثانيا : إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع 65
- ثالثا: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع 67
- الفرع الثاني: تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في هيئة التحكيم 68
- أولا : إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد 69
- ثانيا: مدى وجوب إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد 70
- الاتجاه الرافض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد 70

2: الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون

العقد.....71

خاتمة.....73

قائمة المراجع.....78

الفهرس.....88

الملخص

إن القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية من خلال المنهج التنازعي القائم على قاعدة الاسناد، وهو من أقدم المناهج التي عرفت نظرية التنازع، وهذه الأخيرة عرفت تطورات في مختلف المجالات إلا أن أصبح مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يطبق على العقد الدولي. عرفت التجارة الدولية تطورات في الجانب العلمي والتكنولوجي وتطور وسائل النقل مما أدى إلى ظهور مجتمع يمارس هذه التجارة؛ و نظرا لهذا التطور أدى إلى ظهور منهج آخر يقوم على إيجاد حلول مباشرة لحل النزاع و المتمثل في المنهج المباشر الذي يطبق القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم المعاملات التجارية ذات البعد الدولي وهذه الأخيرة تسمى بقواعد التجارة الدولية.

Résumé

Le droit applicable aux transaction commerciale par l'approche contentieuse fondée sur l'attribution, et c'est l'une des plus anciennes méthodes connues de la théorie des conflits, et cette dernière a connu des développements dans divers domaines jusqu'à ce que le principe de l'autorité de volonté devienne celui qui s'applique aux contrat international.

Le commerce international a connu des développements dans l'aspect scientifique et technologique et le développement des moyens de transport, qui ont conduit à l'émergence d'une société qui pratique se commerce, et du fait de ce développement a conduit à l'émergence d'une autre approche basée sur le recherche des solution directes aux résoudre le conflit, qui est l'approche directe qui applique les règles juridique qui visent à régler les transactions commerciales avec une dimension cette dernière est appelée les règles de commerce international.