جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

من إعداد الطالب :

محمد بلاق

تحت إشراف الدكتور:

قادة شهيدة

أعضاء اللجنة :

– د. رايس محمد أستاذ محاضر "أ" جامعة تلمسان رئيسا

– د. شهيدة قادة أستاذ محاضر"أ" جامعة تلمسان مشرفا ومقررا

– د. يوسف فتيحة أستاذة محاضرة "أ" جامعة تلمسان مناقشة

– د. بن عصمان جمال أستاذ مساعد "أ" جامعة تلمسان مناقشا

السنة الجامعية

2011 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود....."

الآية 01 من سورة المائدة.

شكر و تقدير

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أوتى معروفا فليذكره، فمن ذكره فقد شكره، ومن كتمه فقد كفره "

وأسجل هنا عظيم التقدير وأسمى آيات الشكر والعرفان لأستاذي الدكتور شهيدة قادة لقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وتبني موضوعها منذ البداية....

كما أتقدم بالشكر الخالص والإحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة، اللذين تجشموا عناء قراءة وتقويم هذا البحث.

إهـداء

إلى من بعطائهما أضاءا لي دروب العلم والمعرفة

إلى أغلى من في الكون

إلى العزيزين

والدي ووالدتي.....أمد الله في عمرهما

إلى إخوتي الأعزاء.

❖ **قائمة المختصرات:**

- **باللغة العربية:**

- ص.....صفحة.
- ط.....طبعة.
- ج.....جزء.

- ج ر.....جريدة رسمية.
- د م ج .....ديوان المطبوعات الجامعية.
- ق م ج.....قانون مدني جزائري.
- ق إ م إ .....قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- **باللغة الفرنسية:**

- CCI……..Chambre de commerce international.
- D.……Dalloz.
- Éd……..édition.
- L.G.D.J……....Librairie général de droit et de jurisprudence.
- Litec…..……....Librairie techniques.
- Op.Cit…..……Ouvrage précité.
- P……..…page.
- R.I.D.C……Revue internationale de droit comparé.
- Rec .des cours……....Recueil des cours de l'académie de la haye de droit international privé.
- T……Tome.
- SDI……sous la direction d'internet.

مقـدمة

تمثل التجارة أهمية بالغة في حياة الشعوب، لهذا وجه إليها الإهتمام منذ القدم وحتى يومنا هذا، نظرا لما تلعبه من دور محوري وفعال في بناء الصرح الاقتصادي لهذه الشعوب والسير بها نحو التقدم والرقي.

وإزاء هذه الأهمية لم تقتصر مباشرة تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة وإنما امتدت خارجها وإتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة، وكان التجار دوما هم المحرك الأساسي في تطور هذه التجارة، فأخذوا يتطلعون إلى أسواق جديدة ومنتجات متنوعة وخاضوا في سبيل ذلك مخاطر عدة بين أسفار طويلة وخطر التعامل مع أنواع وأجناس مختلفة، إلى أن ارتقت التجارة الدولية إلى أعلى سلم العلاقات الدولية، وذلك بالنظر لإسهاماتها الكبيرة في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم، وبالنظر لما تلعبه من دور أساسي ومؤثر في تقدير وتقييم مستوى وحجم التبادل في هذا المجال، كما كان لازدياد أنواع المعاملات الدولية واتساع حجمها الأثر الكبير في تنوع الوسائل القانونية التي تحكمها، ولعل عقود التجارة الدولية وبصفة خاصة عقود البيع الدولي تشكل أهم وسائل التبادل التجاري الدولي، فلا غرو إن لاحظنا اهتماما متزايدا بها من طرف الفقه والقضاء وتنظيما متنوعا ومحكما من قبل هيئات متخصصة دولية ومحلية.

هذا وقد أصبح لعقود التجارة الدولية في العصر الحديث دور كبير ومهم في خدمة أهداف التنمية والتقدم، لما لها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلبي أهدافا سياسية واجتماعية واقتصادية.

فمن حيث الأهداف السياسية فهي تعد أداة هامة للحكومات والدول نحو تحقيق برامجها المختلفة في تعزيز الإنتاج وتوفير الخدمات بالنسبة لمواطنيها، كما أنها وسيلة يتم من خلالها تطبيق النظريات السياسية التي تنتهجها هذه الحكومات، ومن حيث الأهداف الاجتماعية فإن هدف عقود التجارة الدولية على المستهدفين منها واضح وغير منكور، كونها ترفع من المستوى المعيشي للأفراد وتضمن لهم خدمات أفضل بصورة مواكبة للعصر ، أما من حيث الأهداف الاقتصادية فتبادل السلع والخدمات

يؤدي إلى حركة دوران كبيرة لرؤوس الأموال، الأمر الذي يحدث بسببه رواج اقتصادي وارتفاع في مستوى دخل الأفراد.

وإذا كان نمو اقتصاد الدول يعتمد على زيادة التجارة الدولية، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها، حيث أصبح الإهتمام بمحاولة البحث عن حل لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو الدولي، ومرد ذلك هو أن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية لا شك أن له أثر في زيادة حجمها واتساع نطاقها، لذا نجد أن إقرار المستثمر الأجنبي بالإقدام أو الإحجام عن التعاقد والإستثمار في بلد ما لا يتوقف على تقدير الأوضاع السياسية والاقتصادية السائدة في ذلك البلد فحسب، وإنما يتأثر أيضا بمدى فعالية القواعد القانونية السائدة فيه، بحسبان أن تلك القواعد عادة ما تحدد ضمان حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

وغني عن البيان أن مشكلة تنازع القوانين وتعدد أساليب فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي تقع في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الدولي الخاص، الذي مازال إلى الآن يعاني الكثير بسبب غموض بعض أحكامه وعدم ضبط الكثير من قواعده،حتى قيل بأنه أثار في داخله – بسبب ما به من غموض وتعقيد – أكثر من تنازع[1].

وإذا كان هذا هو حال تنازع القوانين بصفة عامة، فما بال البحث في تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، الذي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص إن لم يكن أدقها على الإطلاق، لما يكشفه ذلك من تعدد في المناهج وتضارب في الحلول وعدم استقرارها، فعقود التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق، بوصف أن تحديد قانون معين لتنظيم وحكم العقد ليس

[1] – هشام خالد ، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 ، ص04 .

مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يأخذ في الحسبان عدالة النتيجة المترتبة عن هذا التحديد، حتى أننا نجد القضاء الوطني عند إجرائه هذا التحديد يلتزم بقواعد التنازع في قانونه، هذه القواعد تؤدي إلى تطبيق قانون وطني قد يكون غريبا على أحد الخصمين إن لم يكن غريبا عليهما معا، وقد يكون صالحا للعقود الوطنية ولكنه لا يتناسب مع عقود التجارة الدولية، زيادة على ذلك فإن التشريعات الوطنية قد تباينت فيما بينها تباينا يتعذر معه على أطراف العقد الاطمئنان على مصير حقوقهم المتعلقة بالعقد.

وازدادت أهمية هذه المسألة بظهور أنماط جديدة من العقود لم تعد التشريعات الوطنية قادرة على مجاراة نسقها المتزايد بقواعد ونصوص تنظمها، خاصة بعد أن شهدنا تطورا ملحوظا في حقل التبادل التجاري الدولي وازدهار الحياة الاقتصادية، والذي زادت معه أهمية المدن التجارية والصناعية والمناطق الحرة وتعدد المعارض التجارية الدولية باعتبارها القبلة الأولى والمثلى لإبرام مثل هذه العقود لتهافت التجار عليها من جميع أنحاء المعمورة، كل هذا أدى إلى اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية التي تعنى بتنظيم هذه المسائل، لذا تأتي المنازعات المتعلقة بهذه العقود في غاية الصعوبة من الناحيتين القانونية والفنية، وتواجه مسائل بالغة الدقة تؤدي غالبا إلى عدم التوازن القانوني والاقتصادي بين أطراف العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يساهم بشكل أو بآخر في عرقلة وتطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، لما يترتب عن ذلك من مشاكل ضخمة ناشئة عن تنازع القوانين.

ولقد عالج المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى مسائل تنازع القوانين في الرابطة العقدية بالمادة 18 من التقنين المدني المعدل والمتمم[1]، أين أخضع الالتزامات الناجمة عن العقد الدولي للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان وهذا كضابط إسناد أصلي، وفي حالة السكوت أوجد ضوابط

[1] – القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 ، الموافق لـ 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني ،ج ر .العدد 44 لسنة 2005.

إسناد احتياطية تتمثل أساسا في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة إن إتحدا المتعاقدان في ذلك، وفي حالة انعدام هذا الإتحاد فيؤخذ بمكان إبرام العقد.

لكن رغم كل المحاولات التي كانت تصبوا إلى الحد من مشاكل التجارة الدولية وعقودها المتنوعة بالإعتماد بصفة أساسية على منهج قاعدة التنازع، إلا أن الوقوف عند هذا المنهج وما يقوم عليه من وسيلة فنية لم يعتمده الفقه على إطلاقه، فالنشاط التجاري هو فيض متدفق يقدم لنا الجديد كل يوم، وإزاء ذلك فمن اللازم البحث عن وسائل جديدة تناسب المعطيات الجديدة، خاصة بعد أن أصبح الحديث عن تعدد المناهج التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية هو أحد أهم السمات التي تميز فقه القانون الدولي الخاص المعاصر[1]،كما أن تزايد الإنتقادات الفردية والجماعية الموجهة لمنهج قواعد التنازع بحجة عدم كفاية هذا المنهج قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية ، ما دفع ببعض الفقهاء إلى الحديث عما أسموه بأزمة المنهج التقليدي القائم على قاعدة التنازع.

ومن خلال هذا النظر كان سعي فقه القانون الدولي الخاص حثيثا لإيجاد منهجيات جديدة بحيث تتلافى أوجه القصور الموجودة في آلية التنازع وقاعدة الإسناد، كان في مقدمتها منهج القواعد المادية، وهذا كرد فعل لتعصب الغرب في فرض الصورة التي استقر عليها منهج التنازع حتى النصف الأول من القرن العشرين وتبرير المفاهيم الأوروبية، فضلا على النصرة القومية المتجسدة في عدم تصور إمكانية قيام تنازع القوانين بين قوانينهم الأوربية المتمدينة وبين قوانين غير أوربية، ومن ناحية ثانية كرد فعل لعجز هذا المنهج على حل تلك المشاكل لما يشوبه من قصور وجمود وتعقيد تقود جميعا إلى نتائج متضاربة وغير مرضية، مما يفقدها اليقين القانوني الذي تتطلبه العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي وأهداف القانون الدولي الخاص المعاصر[2].

[1] - Henri Batiffol , Le pluralisme des méthodes en droit internationale privé , rec. des cours , T 02 , 1973 , p 107 et s.

[2] – هشام خالد ، المرجع السابق ، ص07.

ولم يكن التطور العلمي بمعزل عن التحولات القانونية والاقتصادية والسياسية التي ألقت بظلالها على عقود التجارة الدولية، بل شهد العالم ثورة علمية جديدة هي ثورة التكنولوجيا في مجال وسائل النقل والإتصال[1]، وهي الثورة التي مكنت جميع سكان العالم من الإتصال والوصول إلى المعلومة بشكل غير مسبوق عن طريق اختراع أجهزة الإتصال الحديثة وربط هذه الأجهزة ببعضها على مستوى عالمي عن طريق شبكة الأنترنت[2]، مما زاد من الإمكانات الموضوعة تحت تصرف المتعاملين داخل السوق الدولية، وبالتالي جعل هذه السوق سوقا عالمية بالمعنى الحقيقي لهذا الوصف.

والتقدم العلمي في المجال الإلكتروني وما تبعه من تنمية معلوماتية، وإتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، وتغير مفهوم التجارة الكلاسيكية بعد أن أصبحت عبارة عن منظومة معلوماتية تربط بين البائع والمشتري وبين المنتج والمستهلك ...الخ، كل ذلك أثر على الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد، ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية الناشئة في إطار التجارة الدولية.

إن الحديث عن الأهمية البارزة للتجارة الإلكترونية تحديدا قد أصبح معروفا سلفا وشبه مسلم به، فالأرقام والدراسات تتوالى لكي تشيد معا حقيقة واضحة: أن عقود التجارة الإلكترونية هي مستقبل التجارة العالمية[3]، ومنه كان لا بد من إيجاد البنية القانونية الملائمة لتحرير الرابطة العقدية بين

[1] – يرى البعض أن هذه الثورة تمثل أولى مراحل الثورة الثالثة في تاريخ الحضارة الإنسانية، وهي ثورة المعرفة أو ثورة تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات التي أدخلتنا إلى عصر العولمة وتدويل الإنتاج....ينظر : صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص أ .

[2] – بعد اختراع أجهزة الإتصال الفوري الحديثة أخذت هذه الأخيرة تتدخل باندفاع كبير في المجال التجاري، وأخذت المعاملات تعرف طريقها عبره، فظهر إلى الوجود عصر التجارة وإبرام العقود بصورة إلكترونية، وفي مرحلة تالية أصبح هذا الواقع أمرا بديهيا ومفروغا منه، فقد تحقق مع وجود هذا التطور العديد من المزايا المطلوبة عند القيام بالعمليات التجارية كالدقة والثقة، فضلا عن الكفاءة العالية في الأداء وحل الكثير من المعضلات، وقام أيضا باختصار الجهد والمال اللازمين للقيام بذلك... ينظر: بشار محمد دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط01 ، 2006 ، ص 11.

[3] – وفي ذلك يرى إيهاب السنباطي أن التجارة الإلكترونية هي عبارة عن" جواد جامح يتمتع برفاهية التكنولوجيا والأنترنت إلا أن هذا الجواد الجامح ذو المستقبل العتيد لم يزل يدور – طبقا لطبائع الأمور – في رحاب التجارة الدولية"...ينظر: إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 15.

الأطراف المتعاقدة مستوفية لشروط تضمن حقوق كل طرف على حدة ، وذلك لن يتأتى إلا عن طريق البحث عن قواعد قانونية تتولى مهمة البت في النزاعات الناشئة داخل هذه البيئة الإفتراضية، والبحث في إمكانية تطويع القواعد القانونية التقليدية مع حجم ومعطيات هذه التجارة الجديدة، خصوصا أمام التحديات المتعددة التي أظهرتها هذه الأخيرة .

هذا وتعتبر دراسة موضوع "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية" شيئا جديدا بطبيعة الحال، رغم من أن هذا الموضوع حظي بدراسة وافية بطريقة غير مباشرة، عن طريق الدراسات التي توصلت إليه والمتعلقة بالعقود الدولية بصفة عامة، باعتبار عقود التجارة الدولية من التصرفات التعاقدية ذات الطابع الدولي.

لكن الخصوصية التي يكتسبها هذا النوع من العقود والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية الدولية، جعلته يتميز بالحداثة بالنسبة للدراسات الأخرى التي شملها القانون الدولي الخاص، ومن ضمنها الدراسات التي تناولت التصرفات العقدية، كون هذه الدراسات أعطت مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية ، مما أدى إلى عجز القواعد والنظم القانونية الوطنية التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية على مسايرة التطور الحاصل في التجارة على الصعيد الدولي.

وعلى هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابعا من الأهمية العملية والعلمية التي يكتسيها هذا الأخير، وتتبلور الأهمية العملية في ارتباط هذا الموضوع بعقود تتنامى وتزداد يوما بعد يوم بصورة مطردة، لأن الأمر يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة ويؤثر تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وفي ميزانها التجاري، لذا فلا عجب أن تجد عقود التجارة الدولية وكذا الإلكترونية اهتماما دوليا متزايدا من كافة الهيئات الدولية والإقليمية مثل منظمة التجارة العالمية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي...الخ، بالإضافة إلى أنظمة قانونية وطنية عديدة، أما بالنسبة للأهمية العلمية أو القانونية للبحث، فإنها تهدف لكشف اللبس عن مكانة منهجية التنازع في حل مشاكل عقود التجارة الدولية ومدى قدرتها على الوقوف في وجه المناهج التي تستهدف النيل منها، فالحاجة

تبقى ملحة لمتابعة التطورات التي طرأت على هذه العقود سواء من حيث أنماطها المختلفة أو من حيث المناهج التي اعتمدها الفقه والقضاء والتحكيم بشأنها، فالتطورات المتلاحقة التي تصاحب هذه العقود تجعل من الصعوبة بما كان أن تستوعب أي دراسة تمت في إطار زمني الإحاطة بكل مستجد يطرأ على هذه العقود.

وانطلاقا مما تقدم، يمكن صياغة وتحديد مشكلة بحثنا في الأسئلة التالية: ما المقصود بمنهجية قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية؟ وهل لهذه المنهجية دور متكامل في حسم المنازعات المعنية ؟ وما هي الخلفية التاريخية والأسباب التي دعت إلى ظهورها ؟ وما مقدار الحاجة إلى هذه المنهجية في ظل وجود منهجيات أخرى وبالأخص منهجية القواعد المادية ؟ وما مدى استقلال هذه الأخيرة عن منهجية التنازع وما مدى تأثرها بها ؟ وما مستقبل العلاقة بين المنهجين: تعايش أم تنافر؟ كما لنا أن نتساءل أيضا في هذا الخصوص عن قدرة المنهجين على الإيفاء بمتطلبات عقود التجارة الإلكترونية وتقديم الحلول الملائمة لها، بالنظر إلى التحديات القانونية العديدة التي أصبح يقدمها هذا الوافد الجديد ذو البيئة الإفتراضية؟.

وعلى الرغم من أن موضوع الدراسة قد حظي مؤخرا ببعض الاهتمام من لدن بعض الدراسات القانونية ذات الصلة، إلا أن صعوبته تكمن في أن كثيرا من منازعات عقود التجارة الدولية يتم حسمها عن طريق التحكيم التجاري الدولي بسرية كاملة، الأمر الذي يجعل من الصعب معرفة الأسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم، علاوة على ذلك فإن دراسة هذا الموضوع تدعونا إلى البحث والتنقيب عن الأحكام التي لها صلة به في فروع القانون المختلفة لاسيما القانون الدولي الخاص والقانون المدني وقوانين التحكيم...الخ.

وإبرازا لأهداف هذه الدراسة فقد انتهجت منهجا مختلطا يجمع بين المنهج التاريخي والمنهج المقارن، ذلك أن المنهج التاريخي يساعد –كما يرى مونتسكيو – في التعرف على القديم بهدف الإستعمال الأمثل للجديد، فالدراسة التاريخية تمثل ضرورة ملحة لأن مادة تنازع القوانين في مجملها ذات أصول

عرفية ضاربة في القدم ولم تتناولها التقنينات إلا حديثا، كما أن ظهور العلاقات القانونية الدولية وأسلوب مواجهة منازعاتها كان بعيدا كل البعد عن المفاهيم والفلسفة الآنية للقانون الدولي الخاص، ذلك أن الفكر القانوني عادة ما يجيء إعماله في مرحلة لاحقة لنشوء واستقرار الظواهر الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية التي تدعوا لتدخله؛ ومن أجل إعطاء الدراسة بعدا آخر حاولنا أن نستعين ببعض الدراسات المقارنة لتفادي نقص التراكم في المعلومة، وكذا للإطلاع على تجارب القوانين الرائدة في هذا المجال والتوجه السائد في الدول والمنظمات الدولية لمحاولة تحقيق الإنسجام بين قوانين مختلف دول العالم، وهو عين ما يصبوا إليه القانون الدولي المعاصر.

وترتيبا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذا البحث اقتضت تقسيمه إلى فصلين :

الفصل الأول: سيادة قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

الفصل الأول:

سيادة قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

الفصل الأول: سيادة قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

إن اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية يعد من أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الإقتصادية الدولية، لما يترتب عنها من مشاكل ضخمة ناتجة عن تعدد المصالح وتضاربها لدى القوى الفاعلة في مجال التجارة العالمية.

و الأمر نفسه يصدق بالنسبة لعقود التجارة الدولية التي تثير صعوبات قانونية ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية، و هو ما سنحاول البحث في أسبابه و خلفياته التاريخية (**مبحث أول**)، كما أن جل اهتمام المتعاملين في هذا الميدان يهدف بصفة جوهرية إلى معرفة القانون الذي يحمي توقعاتهم و مصالحهم التجارية، و بالتالي سنحاول أن نستشف مظاهر هذه الحماية و الهدف البعيد من وراء تقريرها (**مبحث ثاني**).

المبحث الأول: عقود التجارة الدولية و مشكلة تنازع القوانين

تعد عقود التجارة الدولية من أكثر العقود بروزا و تجذرا في الواقع الاقتصادي و التجاري، بدليل إبرامها من طرف المتعاملين في ميدان التجارة الدولية من أفراد و شركات و مؤسسات مالية و تجارية على مدار الساعة، فكان لها أن أصبحت من أكثر وسائل خلق النشاط التجاري و الاقتصادي العالمي، و الأداة القانونية التي يتحدد بها اليوم تسيير و استقرار التعاملات التجارية الدولية، و لذلك قامت التشريعات و القوانين المختلفة بضبطها عن طريق قواعد قانونية تضمن حسن تنفيذها على أكمل وجه دون إخلال أو تقصير[1].

ووجود مثل هذه العقود يؤدي إلى بروز مشكلة تنازع القوانين التي ترتبط وجودا وعدما بوجود علاقة ذات طابع دولي من عدمه، فلا تثار هذه المشكلة في حالة وجود علاقة داخلية كونها تبقى خاضعة للقانون الداخلي الذي ينظمها.

ويتلازم مع مشكلة تنازع القوانين مشكلة القانون الواجب التطبيق الذي اختلفت النظم القانونية بشأن المناهج المتبعة لفضه، فمثلا إذا أبرم عقد بيع بين مواطن جزائري متوطن بالجزائر وبائع فرنسي وثار نزاع بشأن تنفيذ العقد أمام القاضي الجزائري، فأي القوانين يكون واجب التطبيق في هذه الحالة ، هل هو القانون الجزائري أم الفرنسي، أم قانون دولة ثالثة؟.

و عليه كان لا بد من أجل تذليل الصعاب أمام تدفق التجارة الدولية، التعرض لكيفية حل الإشكالات التي تعترضها، عن طريق دراسة قواعد التنازع في منازعات عقود التجارة الدولية (**مطلب ثاني**)، باعتبارها من أهم موضوعات البحث التي أثارت و تثير جدلا و خلافا في نطاق الدراسات الفقهية و القضائية و التشريعية المتعلقة بها، لكن قبل ذلك يصبح تحديد المقصود بهذه الطائفة من العقود أمرا ضروريا للتمهيد للموضوع (**مطلب أول**).

المطلب الأول: المقصود بعقود التجارة الدولية

إن تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية كان و لا يزال مثار جدل واسع، كما أنه يثير الكثير من الإشكالات، من خلال ما يرتبه هذا العقد من آثار و نتائج من ضمنها تحديد القانون الواجب

[1] – عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ، دار هومة ، الجزائر ، ط 01 ، 2007 ، ص 155.

التطبيق في حالة حدوث نزاع، و بذلك اللجوء إلى قواعد قانونية لحكم ما ينشأ من نزاع بسبب هذا التعاقد[1].

و تعد مسألة تحديد هذا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه و القضاء حولها، حيث أن وضع تعريف محدد للعقد التجاري الدولي يعد شبه مستحيل بالنظر إلى الصعوبات المرتبطة بتحديد صفة الدولية من عدمه في العقد[2]، و لذلك وضعت مجموعة من المعايير و الضوابط التي يتعين الإعتداد بها لإضفاء الصفة الدولية على عقد ما أو لإنكارها عنه[3].

ومن أجل ذلك اتجه جانب من الفقه إلى القول بأنه ليس من المستحسن وضع تعريف شامل لعقود التجارة الدولية، مفضلين تقرير الدولية من عدمها حسب ظروف كل قضية على حدة عندما تنظرها المحكمة، بينما قال البعض الآخر أن دولية العقد أقرب إلى لغة الإقتصاد كونها موجهة لأن تتخطى حدود دولة أخرى، مستندين في تقرير ذلك إلى أن التجارة البدائية كانت في الأصل دولية، و أننا لا ندخل في المفهوم الحقيقي للتجارة إلا عندما تكون مفتوحة نحو الخارج[4].

الفرع الأول: تكييف عقود التجارة الدولية.

لعل سبب عدم تعريف العقد التجاري الدولي تعريفا واحدا جامعا و مانعا، هو أن ما قد يجعل من عقد ما دوليا بصدد نشاط معين، قد لا يضفي عليه هذه الصفة بصدد نشاط آخر، فكان من شأن هذه الصعوبة أن أدت إلى جعل الكثير من التعاريف التي قال بها الفقهاء تعاريف قاصرة نظرا لتباين

[1]- كمال إبراهيم ، التحكيم التجاري الدولي (حتمية التحكيم و حتمية القانون التجاري الدولي)، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ،1991 ، ص26.

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص45.

[3]- إن تحديد ما إذا كان العقد دوليا أو داخليا يكتسي أهمية بالغة، ذلك أن عقد التجارة الدولية يتميز بخصائص و مميزات كثيرة إذا ما قورن بالعقد الداخلي، من أهمها أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم و هو ما لا يتحقق في العقد الداخلي، يضاف إلى ذلك شرط التحكيم الذي يتمتع بمعاملة مختلفة بحسب ما إذا تم إدراجه في عقد دولي أو داخلي...إلخ. لمزيد من التفصيل ينظر: حبار محمد، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري و المقارن ، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1990 ، ج 01 ، ص 05 و ما بعدها.

[4]- طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، 2008 ، ص 08.

آراء فقهاء القانون الدولي الخاص بشأنها، غير أن تحليل هذه التعاريف يكشف على أن القائلين بها يعتدون بمعيارين اصطلح على تسميتها تباعا: المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي.

ومما لا شك فيه أن تطبيق كل معيار سوف يؤدي إلى نتيجة مغايرة عند تطبيق معيار آخر، وذلك راجع إلى أن الفقه قد اختلف بين المعايير القانونية و المعايير الاقتصادية للعقد التجاري الدولي، كون الأولى تستند إلى ضوابط إسناد يتم الكشف عنها عن طريق التحليل القانوني مثل الموطن ومكان الإبرام أو مكان التنفيذ، أما الثانية فإنها تتطلب بحث مجموع العملية التعاقدية من الناحية الاقتصادية أي حركة تداول الأموال والقيم عبر الحدود، إذ تبنى على اعتبارات تمس مصالح التجارة الدولية.

وبينما استقر الفقه التقليدي على اعتناق المعيار القانوني الذي يعتد بعناصر الرابطة العقدية و مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصر هذه الرابطة كلها أو بعضها، يتجه الفقه الحديث أو جانب كبير منه إلى تفضيل التمسك بالمعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى إتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، ليصل هذا الخلاف في مرحلة لاحقة إلى التساؤل حول ما إذا كان من المتعين التفرقة في ها الصدد بين قواعد التنازع من ناحية والقواعد المادية من ناحية أخرى، بحيث يقتصر الأخذ بالمعيار الاقتصادي عند إعمال هذه القواعد الأخيرة بينما يعتد بالمعيار القانوني عند إعمال قواعد التنازع، أم أنه يتعين توحيد المعيار الواجب الإتباع للكشف عن دولية العقد بصرف النظر عن طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستخضع لها الرابطة العقدية[1].

أولا- المعيار القانوني (النظرية الشخصية):

يقرر هذا الإتجاه أن العقد يعتبر دوليا متى كانت عناصره القانونية مرتبطة بأكثر من نظام قانوني واحد[2]، من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان الشيء محل الإبرام، وهكذا يعد عقد بيع سلعة ما دوليا وفقا لهذا المعيار فيما لو أبرم بباريس بين شخص فرنسي مقيم بفرنسا وآخر جزائري يقيم بالجزائر ليتم تنفيذ العقد في المغرب ، فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لإتصال عناصره بثلاث دول أي بأكثر من نظام قانوني واحد.

[1]- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط02 ، 2001، ص71.

[2]- هشام علي صادق ، المرجع نفسه ، ص 72 .

وعلى ذلك يتعين الكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصر العقد المختلفة، فإذا إتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، فإنها تكتسب على هذا النحو الطابع الدولي لتعلّقها في هذه الحالة بأكثر من نظام قانون واحد.

ومن الملاحظ في هذا الصدد اختلاف الفقه التقليدي والفقه الحديث حول مفهوم العنصر الأجنبي الذي يسبغ على العلاقة طابعها الدولي، بحيث يكتفي الفقه التقليدي بمفهوم موسع للعنصر الأجنبي، حيث يعدّ تطرق الصفة الأجنبية إلى عنصر من عناصر العلاقة القانونية مؤديا إلى اعتبارها ذات طابع دولي، ووفقا لهذا المعيار تعتبر العلاقة القانونية ذات طابع دولي إذا تم التعاقد في الخارج أو تم التنفيذ في دولة أجنبية أو كان أطرافه من الأجانب، أو انصبّ النزاع على أموال موجودة في دولة أجنبية.

في حين يرى الفقه الحديث أن مفهوم العنصر الأجنبي الذي يسبغ على العلاقة طابعها الدولي يتصف بالمرونة، ومفاد هذا المعيار أنه إذا إتضح من الظروف أن العلاقة القانونية المطروحة من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي لترتبط بأنظمة قانونية أخرى[1].

وبهذا فإن توافر هذا المعيار يتم من خلال تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة النظام الداخلي لدولة واحدة، أما إذا تركزت العلاقة بكافة عناصرها المادية والمعنوية في إطار عمليات قانونية ذات صبغة داخلية بحتة فلا يعد العقد دوليا، حتى ولو كان أحد طرفيه أجنبي الجنسية، أو أُبرم العقد أو نُفِّذ في الخارج مصادفة أو غشا، وعلى هذا الأساس فإنه ليس من الضروري كي يكون العقد دوليا أن يتوافر عنصر أجنبي فيه على نحو أو آخر، لأن هذا العنصر قد يكون سلبيا وليس من شأنه أن يمسّ بطبيعة العقد[2].

و طبقا لهذا الرأي فإنه بالإعتماد على الظروف الإيجابية المؤثرة في التكييف و التي تفصح عنها طبيعة العقد، نستطيع أن نبرز دولية العقد من عدمها، و يكون بذلك المعيار الواجب إتباعه هو

[1]- بوسماحة الشيخ ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس ، الجزائر ، 2008 ، ص17.

[2]- بوسماحة الشيخ ، المرجع نفسه ، ص18.

كون العلاقة تتضمن قواعد أو أنظمة تتجاوز بطبيعتها حدود القانون الداخلي[1]، أي أنه متى اتصلت الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، فإنها تكتسب وفقا لهذا التوجه الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني واحد.

إلا أن أنصار هذا المعيار قد اختلفوا بشأن العناصر القانونية الأجنبية الواجب الأخذ بها لإضفاء الصفة الدولية للعلاقة التعاقدية بين اتجاهين:

- اتجاه موسع يميل إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، وبمقتضاه يعتبر العقد دوليا متى تطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف العقد أو موضوعه أو سببه، وفي ذلك يرى Loussouarn أن العقد يتمتع بالصفة الدولية إذا كان من حيث الأعمال المتعلقة بإبرامه أو تنفيذه أو من حيث جنسية أطرافه أو موطنهم أو محل إقامتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني[2].

وعلى هذا الأساس يتسم المعيار القانوني لدولية العقد بالجمود، كونه يؤدي إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد توفر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر، وعلة ذلك أن هذا الأخير قد يكون سلبيا وغير مؤثر في تحديد طبيعة العقد[3].

- و لهذا ظهر اتجاه مضيق تبناه الفقه المعاصر، والذي حاول التفرقة فيه بين العناصر المؤثرة أو الفاعلة والعناصر غير المؤثرة أو المحايدة التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية، فإذا تطرقت هذه الأخيرة لعنصر غير ذي أهمية من بين عناصر العقد أو لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في شأن الرابطة العقدية المطروحة، فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة على النحو المتبع في القانون الدولي الخاص[4]، فلا يعقل اعتبار العقد دوليا على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية ، كما اعتبر ضابط الجنسية عنصرا غير مؤثر في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، فضلا عن ضابط محل الإبرام الذي يختلف باعتباره عنصرا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل

---

[1]- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1990، ج01 ، ص 05 .

[2] - أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية ، البيع الدولي للبضائع ، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007 ، ص42.

[3] - هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 75 و مايليها.

[4] - Kneopfler François, Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse, Travaux des journées d'étude organisées par le centre du droit de l'entreprise les 09 et 10 Octobre 1987, à L'université de Lousanne 1988, page 81.

عنه حين إسنادها من حيث الموضوع، خاصة فيما لو تم إبرام العقد في دولة أجنبية بمحض الصدفة، حتى أن أنصار المعيار القانوني أنفسهم وإن اتفقوا على ضرورة الوقوف عند حد نقاط الارتباط، فإنهم لم يتفقوا على العناصر التي يتعين مراعاتها في هذا الصدد، ولعل هذا السبب هو ما أدى ببعض الفقه . وإن كان أصلا من مؤيدي هذا المعيار – إلى القول بأنه يستحيل وضع معيار قانوني واحد[1].

ويفرق الأستاذ Pierre Mayer عند تحديده لدولية العلاقات القانونية التي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، بين ما أسماه بالدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى في طبيعة الروابط العقدية[2]، فالعلاقة القانونية تتسم بالدولية الموضوعية فيما لو إتصلت عناصرها الذاتية بدولتين أو أكثر وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها، بينما تتسم بالدولية الشخصية فيما لو كانت عناصر هذه العلاقة تتركز في دولة واحدة بينما طرح النزاع بشأنها أمام دولة أخرى.

وقد كان كذلك من شأن المتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي ألقت بها العولمة على مختلف الميادين بصفة عامة وعلى الجوانب الاقتصادية والقانونية بصفة خاصة، أن أدت إلى تراجع بعض الأفكار والمعايير التي اعتنقها الفقه لفترات زمنية طويلة عند تحديد الصفة الدولية لعقود التجارة، وبات مؤكدا أن الاعتماد على المعيار القانوني بذاته غير كاف للوقوف على مدى ارتباط موضوع التعاقد بالتجارة الدولية[3]، ذلك أن مثل هذا الارتباط هو الذي يجعل العقد أداة لخدمة التجارة الدولية، لكونه قد تخطى على هذا النحو مجال الاقتصاد الوطني للدولة.

ومن هذا المنطلق يفضل جانب من الفقه الحديث الاستناد إلى هذا الاعتبار الأخير لتحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية، وهو ما يسمى بالمعيار الاقتصادي.

ثانيا – المعيار الاقتصادي (النظرية الموضوعية):

[1] - حبار محمد ، المرجع السابق ، ص13

[2] - Pierre Mayer, Droit international prive, 4ème Éd, Montchrestien, Paris ,1991, p 11.

[3] - محمد إبراهيم موسى ، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص50 و 53

يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار عندما يتصل بمصالح التجارة الدولية[1]، أي العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فنكون بصدد حركة للأموال عبر الحدود الإقليمية ذهابا و إيابا.

والعبرة عند إلحاق تلك الصفة بالعلاقة الدولية تتحدد بالنظر إلى موضوعها، أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في مصالح التجارة الدولية[2]، وهذا دون الرجوع إلى عناصر العقد كجنسية الأطراف أو محل إقامتهم....الخ[3]، فضلا على أن المعيار الاقتصادي يعطي للعقد محتوى اقتصادي واقعي، كونه – العقد – تصرف قانوني إرادي تترتب عنه آثار اقتصادية على الصعيد الدولي، فهو يمثل الوسيلة القانونية التي تتم بها أغلب المبادلات التجارية على المستوى الدولي[4]، وبذلك فتكييف العلاقة العقدية بوصفها وطنية أو دولية لا يرجع فيها إلى عناصر العقد وإنما سبب العلاقة وارتباطها بمعاملة دولية تدخل في المجال التجاري الدولي، حتى ولو كان العقد وطنيا في نظر المعيار القانوني[5].

وبهذه المثابة حكم القضاء الفرنسي بأن العقد المبرم في فرنسا بين شركة فرنسية وأحد الفرنسيين المتوطنين في فرنسا أيضا يعدّ عقدا دوليا فيما لو كان موضوعه هو قيام هذا الشخص بتمثيل الشركة وتسويق منتجاتها في دولة أجنبية، باعتبار أن الغاية النهائية للعملية العقدية تقتضي تنفيذها في الخارج، الأمر الذي يثير مصالح التجارة الدولية[6].

والمعيار الاقتصادي هذا يهدف إلى غايات اقتصادية مستوحاة من حرية المبادلات في إطار التجارة الدولية، مما قد يؤدي إلى انتزاع العلاقة القانونية من مجال تنازع القوانين وإخضاعها لقواعد التجارة

---

[1] – انتصرت محكمة النقض الفرنسية لفكرة ارتبط العقد بمصالح التجارة الدولية في حكمها الصادر في 27 يناير1931 والذي تتعلق وقائعه بعقد بيع شحنة قمح تم إبرامه بفرنسا بين فرنسيين لنقل الشحنة من أمريكا إلى فرنسا، حيث استندت المحكمة بالإضافة إلى أن العقد تم إبرامه بالاستعانة بسمسار أجنبي وأن تسليم البضائع يتم في St.Nazire إلى أن العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية وبذلك يعتبر عقدا دوليا...ينظر:خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص.48.

2– لمصالح التجارة الدولية مفهوم اقتصادي بحت ومرن في عقود التجارة الدولية، ويرجع بعض المؤلفين ذلك إلى وجود حركة أموال أو خدمة أو عملية عبر الحدود. ينظر في ذلك: شريف هنية ، المرجع السابق ، ص22.

[3]- Sylvie Graumann - yettou , Guide pratique du commerce international , Librerie de la cour de cassation , L.E.T.E.C, paris , 1997, p279.

[4] - زروتي الطيب ، المرجع السابق، ص18

[5]– شريف هنية ، المرجع نفسه ، ص21.

[6] – بوسماحة الشيخ ، المرجع السابق ، ص 16.

الدولية[1]، وهذا كنتيجة للمفهوم الاقتصادي البحت والمرن لمصالح التجارة الدولية في عقود التجارة الدولية نظرا لحركة المد والجزر التي تميز هذه العقود[2].

ورغم المزايا التي يتوافر عليها المعيار الاقتصادي من حيث كونه يأخذ في الاعتبار المعطيات الاقتصادية والتجارية للمعاملات الدولية، بالإضافة إلى تحليله الموضوعي والواقعي للوقائع القانونية و عدم اكتفائه بالجوانب الشكلية والقانونية في التصرفات الدولية، إلا أنه لم يسلم من النقد، فقد أوخذ عليه الغموض وعدم التحديد كما اختلف أنصاره حول مدى أو نطاق تطبيقه[3]، وفي ذلك يشير Batiffol في شأن العقود الاقتصادية و مستقبل القانون الدولي الخاص، أن المعيار الاقتصادي لا يتلائم مع التوسع في طوائف جديدة من العقود و لن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها الخاص إلا المعيار القانوني، وأن نظرية تنازع القوانين ستظل لها مستقبلا الصدارة في حل مشكلات القانون الدولي الخاص كما كانت من قبل[4]، وهو ما ذهب إليه الفقيه LOUSSOUARN الذي يقرر أن المعيار القانوني الجامد أفضل لا شك من المعيار الاقتصادي المتغير.

و لقد أفضى هذا النقد إلى إيجاد اتجاه جديد حاول الجمع أو التوفيق بين المعيارين لإكساب العقد صفة الدولية، وبالتالي تطبيق النتائج المترتبة على إسباغ هذه الصفة على عقود التجارة الدولية، حيث أصبحت تعتبره بعض الدول الحل الأمثل لتكييف العقد التجاري الدولي.

ثالثا – الجمع بين المعيارين وموقف المشروع الجزائري منه:

نظرا لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود بالعقد لتجاري الدولي، رأى بعض الفقهاء ضرورة الأخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي معا، و هو ما تبناه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد، في مرحلة انتقالية حاول فيها الجمع بين المعيارين وصولا إلى الإقرار بتكاملهما لاكتساب العقد صفة الدولية، وبناءا على ذلك لا يمكن اعتبار عقد ما دوليا إلا إذا

---

[1] - منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 28 .

[2] – و طبقا للمعيار الاقتصادي أنكرت محكمة النقض الفرنسية في 07 أكتوبر 1980 الطابع الدولي لعقد مبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا و أخضع العلاقة للقانون الفرنسي حتى لو كان أحد المتعاقدين ممثلا تجاريا مغتربا في كولومبيا و رأى جانب من الفقه الفرنسي أن الأمر يتغير فيما لو كان النزاع في الحكم المشار إليه يتعلق بتجارة الممثل التجاري في كولومبيا بخصوص نشاط في هذا الإقليم عندئذ فإن النزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية في مفهوم المادة 1492 من قانون المرافعات الفرنسي.....ينظر : منير عبد المجيد ، المرجع السابق، ص29.

[3] - أحمد سعيد الزقرد ، المرجع السابق ، ص38

[4] - منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص32

استوفى الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معا، كأن يكون متصلا بأكثر من نظام قانوني ومحققا لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت، الأمر الذي يؤكد أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية للطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني والعكس غير صحيح[1] ، ومثال ذلك أن يبرم عقد بيع في الجزائر بين انجليزي وشركة جزائرية ويتعلق الأمر ببضائع يتم انتقالها من الجزائر إلى ألمانيا ويتم في هذه الأخيرة، فهذا العقد يكون متصلا بنظامين قانونيين هما القانون الجزائري والقانون الانجليزي، ومتعديا كذلك لحدود الدولة الواحدة بالنظر إلى نقل البضائع إلى ألمانيا .

وعلى الرغم من أن القضاء قد اعتدّ في بعض أحكامه بتطبيق المعيار المزدوج لدولية العقد، إلا أن جانبا منه رفض فكرة ازدواج المعيار، إستنادا إلى أنه يجب فحص طبيعة العقد ذاته بغض النظر عن جنسية المتعاقدين وموطنهم، أو مكان الإبرام أو التنفيذ، أو موقع المال أو موضوع العقد، لذلك إذا تطلبت طبيعة العقد تطبيق نظام خاص تجاوز النظام القانوني الوطني اعتبر العقد دوليا، والعكس غير صحيح[2]، ومن أجل توضيح ذلك فإن الأمر يتطلب تركيز العلاقة القانونية لبيان ما إذا كانت تندرج تماما في إطار التنظيم الخاص الداخلي، أم أنها تتجاوز هذا الإطار بطريقة تتطلب الإلتجاء إلى قواعد دولية سواء كانت قواعد تنازع أو قواعد مادية[3].

كذلك نجد أن الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع الدولي تجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، وهذا ما توضحه إتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع[4]، التي اعتدت بالإضافة إلى المعيار القانوني وإتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، بوجود مؤسسات الأطراف

[1] - هناك مجموعة من القضايا العملية التي تعرض لها القضاء الفرنسي من بينها حكم Hecht الشهير بتاريخ 04 جويلية 1972... ينظر: شريف هنية ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر ، 2002، ص26. و ينظر: حبار محمد ، المرجع السابق ، ص23

[2] – بوسماحة الشيخ ، المرجع السابق ، ص24.

[3] – بوسماحة الشيخ ، المرجع نفسه ، ص25.

[4] – تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 أول أداة قانونية عالمية موجهة إلى تحديد العقد الأكثر تداولا في العلاقات الاقتصادية الدولية، وعصارة لتاريخ طويل من البحث المضني في سبيل إيجاد حلول تنظيمية ملائمة لهذه الطائفة من العقود...ينظر في ذلك:
Philippe KAHN , La convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente international de marchandises , R.I.D.C , 33 année , N 04 , 1981 , p951.

المتعاقدة في دولتين مختلفتين، وكذلك الحال في إتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن البيع الدولي للبضائع[1].

إلا أن الاعتماد على فكرة التطبيق الجامع للمعيارين ترد عليه بعض القيود تتمثل في:

– ضرورة الوقوف على العناصر المؤثرة لتقرير دولية العقد طبقا للمعيار القانوني كموطن الطرفين أو محل الإقامة أو محل التنفيذ، واستبعاد كل من اختلاف الجنسية أو محل الإبرام كون هذين الأخيرين غالبا ما يمثلان عناصر أو عوامل عارضة فقط، الأمر الذي يفتح باب التحايل إذا ما ركز عليهما[2].

– و بالنسبة إلى المعيار الاقتصادي فإن عبارة التجارة أو معنى التجارة الدولية يجب ألا تفسر تفسيرا ضيقا و يقتصر في تحديدها على ما يعتبر من قبيل العمليات التجارية في ظل قانون داخلي معين، بل يجب إن يفهم منها كل العمليات التي تدرج ضمن النشاط الاقتصادي الدولي، لتشمل عمليات الإنتاج بكافة أصنافه سواء ما كان منه ذو طبيعة مادية أو ذهنية وعمليات التبادل والتجهيز والاستثمارات الأجنبية وغيرها من الخدمات[3].

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية للعقد التجاري الدولي، فلا يوجد نص صريح يتضمن التصريح بأي من المعيارين أخذ المشرع الوطني، إلا ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 09/93[4]، والذي تعرض للصفة الدولية للتحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج (المادة 458 من المرسوم التشريعي 09/93) وهو ما يدل على الصلة الوثيقة بين التحكيم والعلاقات التجارية الدولية التي تحتل فيه عقود التجارة الدولية مركز الصدارة في العصر الحديث، هذا بالإضافة إلى الارتباط النسبي بين التحكيم وعقود التجارة الدولية، ما يجعل صفة الدولية عنصرا مشتركا بينهما[5].

[1] – خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص62.

[2] - حبار محمد ، المرجع السابق ، ص50

[3] – زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص42 –

[4] - المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413هـ الموافق لـ 25 أفريل 1993م و المتعلق بالتحكيم الدولي، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08 يوليو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر ، ع 27 لسنة 1993م.

[5] - شريف هنية ، المرجع السابق، ص32.

و بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08[1]، فإن المشرع الجزائري قد تجاوز اصطلاح مصالح التجارة الدولية وعدل عنه، حين أتى بمفهوم مخالف لذلك بنصه في المادة 1039 على أن التحكيم يعد دوليا إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، فبينما كنا نلمس في المرسوم التشريعي 09/93 أن المشرع قد جمع بين المعيارين من خلال أخذه بالمعيار الاقتصادي لتعلقه بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف مقر أو موطن المتعاقدين، نجده في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر قد ركز على المصالح الاقتصادية للدول، وبالتالي تغليب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني والذي يتفق في مضمونه مع الفكرة الحديثة لمفهوم عقود التجارة الدولية .

ويتضح بذلك أن تكييف عقد التجارة بأنه دولي من عدمه يمكن الوصول إليه بالجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، بالنظر إلى تداخل وتشابك العلاقات القانونية والاقتصادية في العقود الدولية.

رابعا – صعوبة تحديد تجارية العقد الدولي:

على الرغم من التطور الذي لحق بالعقود التجارية الدولية إلا أن الصعوبة في تحديد تجاريتها مازالت قائمة، طالما أنها ليست سوى عقود تجارية اندرجت في إطار علاقة دولية يترتب عليها انتقال السلع والخدمات عبر الحدود الدولية[2].

إن تحديد الصفة التجارية لأي عقد من العقود يعد من الأمور الدقيقة والشائكة نظرا لعدم وجود معيار جامع مانع يمكن على هداه إلحاق تلك الصفة بهذه العقود.

صحيح أن العقود التجارية لا تستقل بنظرية خاصة عن تلك التي تسري على العقود المدنية[1]، مع هذا ينبغي تحديد هذه الطبيعة نظرا لما يترتب عليها من أهمية عملية كبيرة سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

[1] –القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فيفري2008م ، ج ر ، ع 21 لسنة 2008م.

[2] - محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق، ص21

و إزاء هذه الصعوبة العملية في تحديد صفة التجارية للعقود الدولية، لم تقتض الاتفاقيات الدولية الحديثة في مجال التجارة الدولية لانطباق أحكامها أن يكون العقد تجاريا[2] سواء من حيث الصفة (أي صفة أطرافه وكونهم تجار أو غير تجار) أو من حيث الطبيعة (مدنية كانت أم تجارية)، وهذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع[3] بعدم اعتدادها بصفة أطراف عقد البيع أو للطبيعة المدنية أو التجارية للعقد عند تحديد نطاق تطبيقها[4].

الفرع الثاني: مميزات العقد التجاري الدولي

يتزايد سوء فهم أو تشويه العقد التجاري الدولي بما يلائم نوايا مختلفة وإذا أمعناه النظر في المفاهيم المعطاة لهذا النوع من العقود نجده يتميز بالمميزات التالية:

أولا– ميزة العقد النموذجي: يوصف العقد التجاري الدولي بأنه عقد نموذجي وإن أمكن تعدد نماذج العقود، حيث يتبنى المتعاقدون الشكل الذي يروق لهم و يتفق مع الظروف المحيطة بتعاملاتهم و الدافعة إلى تعاقدهم ، ومع ذلك فإن الشكل وإن كان من الخصائص التي تطبع هذه العقود إلا أنه لا يعني بالضرورة أنه من مستلزماته، بحيث تتجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد الدولي عندما أصبح هذا الأخير يوصف بأنه عقد نموذجي و إن أمكن تعدد المناهج التي تعالج محلا واحدا، لذلك بقي التساؤل حول المقصود بالعقد التجاري الدولي وهل يستمد صفته من الشكل الذي يتخذه أو من طبيعة العلاقة التي يحكمها[5] .

---

[1] - فهي تخضع في تكوينها وشروط صحتها إلى القواعد التي يقررها القانون المدني،باعتبار قواعد هذا الأخير تعد الشريعة العامة التي تطبق على كافة العقود عند عدم وجود نص خاص أو قاعدة مخالفة جرى العرف على إتباعها بين المتعاقدين في مثل هذا النشاط وهو ما دفع ببعض الفقه إلى القول بأن العقود التجارية ليست سوى عقود مدنية تحكمها الصفة التجارية بتوافر شروط معنية ...ينظر: محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص23.

[2]– والدليل على ذلك أن إتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع و إتفاقية لاهاي لسنة 1964 بشأن بيع الأشياء المادية المنقولة لم تتم التفرقة فيهما بين البيوع المدنية والبيوع التجارية حتى وإن كانت نصوصهما محررة بطريقة تطبيقية أساسية للبيوع الدولية...ينظر:

Philippe KAHN , op.cit , p956.

[3]– هذه الإتفاقية تم التفاوض بشأنها في مقر الأمم المتحدة، وانتهى الأمر إلى اعتمادها في 11أفريل1980 بغرض وضع إطار قانوني موحد وملائم لحاجات ومتطلبات التجارة الدولية عوضا عن القوانين الوطنية التي تختلف فيما بينها، مما يشكل عائقا يحول دون تطور وازدهار التجارة الدولية.

[4] - Vincent Heuzé, Traité des contras « La vente international de merchandises » droit uniform , L.G.D.J ,Ed. Delta ,paris , 2000 , p50

[5] - محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992، ص 15

ثانيا– ميزة الشروط العامة: يأخذ العقد التجاري الدولي شكل الشروط العامة التي تأخذ صفة العقد، والتي يطلق عليها أحيانا اصطلاح الشروط التعاقدية ، ويتعلق بالتعامل على محل معين يضم مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاقدون في إتمام تعاقدهم، ولذلك أصبح يعطى لهذه الشروط أحيانا وصف العقود النموذجية[1].

وفي حقيقة الأمر لا يزال هناك فرق بين الشروط العامة والعقود النموذجية التي تمثل مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن محل معين وتتضمن تفاصيل العقد، ما ينتج عنه أن العقد التجاري الدولي كما قد يكون عقدا يتضمن صيغة معينة لنوع من الشروط العامة أو يشير إلى هذه الصيغة، فإنه قد يتمثل في عقد من العقود النموذجية[2].

ثالثا– ميزة العقد الدولي التجاري: تبرم عقود التجارة الدولية بوصفها عقد دولي ذو طابع تجاري، وتظهر هذه الميزة بصورة جلية إذا وقع بشأن أحكام العقد تنازع بين القوانين الدولية، سواء ما تعلق فيه بأهلية التعاقد أو شروطه أو موضوع العقد والقواعد التي تحكم شكله وموضوعه، و الدليل على ذلك– كما أسلفنا الذكر– هو اختلاف الفقه والقضاء حول المعيار الواجب الإعتداد به لإضفاء الصفة الدولية على هذه العقود لتحديد القانون الواجب التطبيق ومنه حل مشكلة تنازع القوانين، فإذا لم يظهر هذا التنازع بين القوانين المختلفة المتصلة بالعقد التجاري فلا يمكن بأي حال من الأحوال تصنيفه ضمن العقود الدولية، بل يعتد به كعقد تجاري وطني محض، والعبرة في تحديد ذلك هو مركز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم أو...إلخ.

رابعا– ميزة سلطان الإدارة: يقوم أي عقد من عقود التجارة الدولية بين طرفيه على أساس الحرية التامة المعبرة عنها عادة بمبدأ سلطان الإدارة، والتي تمنح للمتعاقدين حرية اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، و القانون بدوره يشجع بكل نصوصه اجتهاد الأطراف في إيجاد قواعد تنظم العلاقة بينهم سواء بابتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة التجارية، أو بإتباع أي نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر غير تشريع الطرفين المتعاقدين.

[1] - عمر سعد الله ، المرجع السابق، ص159

[2] - عمر سعد الله ، المرجع السابق ، ص159 .

إذن فالمتفق عليه هو أن عقد التجارة الدولية يتضمن من وجهة قيامه على إتفاق ينظم عمليات تجارية تتخطى الحدود الجغرافية تبرم بين طرفين بحرية بعد أن أضحى له معاييره، من أجل ذلك يفضل الفقه في أغلب الحالات استبعاد وضع تعريف شامل لمختلف عقود التجارة الدولية والإقتصار على تعريف خاص لكل منها على حدة، نظرا لاختلاف محالها والقواعد التي تحكمها[1].

و قد كان للمتغيرات التي طرأت على الساحة الدولية[2]، أن تأثرت بها عقود التجارة الدولية فتنوعت بين عقود تقليدية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البيع والنقل والتأمين...إلخ، وأخرى حديثة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي...إلخ، كما كان لاختلاف السياسات القانونية من دولة أخرى، واقتران مدى نجاح الحكومات في صياغة تشريعاتها بمدى قدرة هذه التشريعات على الإستجابة المناسبة – وقتا وحجما وتكلفة– للمشكلات التي تعترض التجارة الدولية بما يضمن انسيابها وامتدادها وبما يعود بالإيجاب على الحالة الاقتصادية للدول، فضلا على أن هذه السياسات لا تتطلب فقط نظريات جديدة وإنما قواعد متقنة الصياغة ومدروسة جيدا وآليات تنفيذية واضحة وعملية، نظرا لتأثيرها الواضح في سير ونمو التجارة الدولية، خصوصا بعد أن تخطت منظومة التعاون الدولي الحدود الضيقة للدول، ومعه بلغت عقود التجارة الدولية آفاقا غير مسبوقة سواء من حيث التطبيقات أو الحجم[3]، ما أدى إلى كثرة مشاكلها والنزاعات التي تثور بشأنها سواء في مرحلة الإبرام أو بصدد تنفيذها، وهو ما ولد الحاجة إلى البحث عن وسائل أو قواعد كفيلة بتذليل الصعاب التي تعترض هذه العقود، فكانت البداية باللجوء إلى قواعد وطنية من ابتداع المشرع الوطني عرفت بقواعد التنازع.

المطلب الثاني: أسباب إعمال قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

[1] - عمر سعد الله ، المرجع السابق ، ص162

[2] - بحيث ساهم التقدم المذهل في عالم الإتصال و المواصلات، و ظهور التقنيات الحديثة في شبكات النقل إلى إطراد هذه المعاملات و تفعيل التبادلات التجارية، فألقى هذا التطور بظلاله على النشاط التجاري الدولي على نحو أدى إلى خلق أنشطة تجارية عالمية جديدة.

[3] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 31

تعد عقود التجارة الدولية الآلة المحركة للنمو الاقتصادي الدولي، كونها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم، الأمر الذي يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها؛ ونظرا للتطور والتنوع الكبيرين الذين أصابا هذه العقود وعدم التوازن القانوني والاقتصادي لأطرافها، الأمر الذي أصبحت معه غالبية التشريعات الوطنية عاجزة عن مجاراة هذا التطور، خاصة مع تعدد المناهج و تضارب الحلول بشأنها و عدم استقرارها.

إن حاجتنا إلى إبراز أهم المحطات المؤثرة وانتقاء أهمها، والتي ساهمت في ظهور قواعد التنازع ومنه علم تنازع القوانين، تتلاءم مع الاختصار الذي لا يسقط الوضوح بغية فهم قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية بشكل مبسط، مستهدفين أصولها العامة والمبادئ الأساسية دون التطرق للأمور المتشعبة عنها، وهذا لن يتأتى إلا بعد عرض الوسائل الفنية التي لجأ إليها المتعاملون في ميدان التجارة الدولية منذ القدم أو الفقهاء القدامى والمعاصرون، من أجل وضع قواعد ثابتة يمكن اللجوء إليها لفض مشكل التنازع بصدد عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: حاجة التعامل الدولي إلى قواعد التنازع.

بدأت ظاهرة التنازع منذ أقدم العصور، واختلفت الحلول المتبعة بشأنها بسبب تطور تنظيمها مع تطور الإنسان وتقدمه خلال عقود طويلة مضت، وخاصة مع بداية إتصال الشعوب فيما بينها وتكوين الأفراد لعلاقات فيما بينهم.

وتعود بذور أول تنظيم للتنازع إلى المجتمعات القديمة المتمثلة في المدن الإغريقية، ثم مع نشوء الإمبراطورية الرومانية لم تقتصر تعاملات مواطنيها على المحليين فقط، بل امتدت لتشمل أقاليم وديانات أخرى، فبدأت بالظهور أولى تجليات العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي ومعها فكرة التنازع[1].

وبعد ذلك شهدت الحياة الدولية الخاصة تطورا ملحوظا يميل إلى جعل علاقات الدول التجارية مكملا بعضها البعض كما لو أنها تشكل كتلة واحدة، لا سيما بعد تقدم طرق المواصلات أين لم تعد معها للمسافة أهمية تذكر؛ ومع التوسع الذي شمل أغلب نواحي الحياة الدولية ما أدى و الحالة هذه إلى زيارة المعاملات التجارية الدولية، والأخيرة تحتاج إلى تنظيم وتقنين وبالتالي تعيين القانون

[1]- محمد وليد المصري ، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط 01 ، 2009، ص 37 .

الواجب التطبيق في مجال العلاقات والمعاملات ذات الطابع الدولي الذي يمس العالم[1]، فجاءت بذلك قواعد التنازع لتؤسس منهجا خاصا هو منهج التنازع و تنظم جزءا هاما من مجالات القانون الدولي الخاص وتتمثل في نظرية التنازع الدولي للقوانين، التي تمتاز بكونها خاصة بحل التنازع الدولي بطريقة فنية معينة، ومجموع قواعد التنازع هذه سواء كانت من خلق القضاء أو المشرع هي التي تساعد القاضي المرفوع أمامه النزاع في تحديد القانون الذي يرجع إليه لحكم النزاع المثار أمامه متى تعلق الأمر بعلاقة منطوية على عنصر أجنبي.

و يشير الأستاذ عز الدين عبد الله إلى وجوب مراعاة ثلاثة عوامل أساسية في تقرير الحلول المختلفة لحالات التنازع، آخذا في عين الاعتبار الميل إلى الحل العادل الذي يتفق وحاجة المعاملات سواء بين الدول أو الأفراد، وتتمثل هذه العوامل في: العدالة، هدي العقل، وحاجة التعاملات الدولية، فكان من شأن هذه العوامل أن أضفت على هذه الحلول صفة العالمية، بمعنى صلاحية حل التنازع أيا كان مكانه[2].

و لن يتأتى الفهم المجرد لحاجة التعاملات الدولية إلى قواعد التنازع إلا بعد التطرق لمفهوم هذه الأخيرة والدور الذي تلعبه في حل المشاكل التي تعترض السير الحسن للعلاقات الدولية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة.

أولا– تعريف قاعدة التنازع:

تعد قواعد التنازع من الأدوات الفنية القديمة و التقليدية التي استخدمتها القوانين المحلية لحل مشاكل القانون الواجب التطبيق، حيث تبنتها معظم الأنظمة القانونية في العالم مع بعض الاختلافات التي ترجع إلى طبيعة تلك الأنظمة.

ويلاحظ أن الفقه يتحاشى في الغالب الأعم تعريف قاعدة التنازع، مكتفيا ببيان وظيفتها وعرض أوصافها وخصائصها، بالرغم من أن هذا التعريف هام من ناحيتين:

[1] - ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ط1 ، 2005 ، ص12

[2] - محمد المبروك اللافي ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجامعة المفتوحة ، ليبيا ، 1994 ، ص 19

1- أنه يميز تلك القاعدة عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص، بحيث يظهر الطابع الفني لمضمونها المتمثل في كونها أداة للاختيار بين القوانين التي تدعي قابليتها لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وبالتالي تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تلتمس فيه الحل دون تقديم الحل الموضوعي للنزاع.

2- أن ذلك التعريف لازم لتمييز قاعدة التنازع كمنهج لتنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي عن قواعد المناهج الأخرى التي ظهرت على ساحة ذلك التنظيم، وصارت تنافس تلك القاعدة.

ومن بين أهم التعريفات المقترحة أن قاعدة التنازع هي:" قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، لها خصائصها العامة ومكوناتها الفنية، أي عنصر الفرض وعنصر الحكم أو الأثر القانوني، وباعتبارها كذلك فهي تنهض بوظيفة محددة داخل الفرع القانوني التي تنتمي إليه، وهي تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو فني معين، ويلتزم القاضي بتطبيقها وإلا ترتبت مسؤوليته القانونية"[1].

و بذلك تعتبر قاعدة التنازع بإجماع الفقهاء العلامة الفارقة التي تميز منهج التنازع عن غيره من المناهج الأخرى، لذلك يعتبر موضوع النظرية العامة لتنازع القوانين هو دراسة قاعدة التنازع ومختلف المسائل التي تعرض بمناسبة تفسيرها أو تطبيقها[2]، وما الصفة الدولية والخاصة لتنازع القوانين إلا دليل ومبرر على اقتران مصطلح القانون الدولي الخاص بمحور التنازع دون غيره من المصطلحات .

ولم تظهر قواعد التنازع إلى الوجود وتتكامل إلا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامها في العلاقات القانونية الخاصة الدولية، فأصبح من المألوف في أغلب دول العالم أن ينص القانون الوطني على حالات تطبيق القانون الأجنبي تحت ضغط العلاقات الدولية، والدول إنما تفعل ذلك لاعتبارات عديدة أقل ما يقال عنها أنه في حالة امتناعها عن تطبيق هذه القوانين- وإن كان لها ذلك- تتضرر دوليا وتصبح التجارة الدولية عندها تعاني الكثير من المشاكل السلبية، كأن تعاملها بقية الدول بنفس الشكل خاصة في البلدان التي تأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو مبدأ المجاملة الدولية[3]، فضلا على أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول أو الأفراد وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن

[1]- أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ط01، 1998 ، ص 17

[2] - سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ط 01 ، 2004 ، ص 99

[3]- غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل ، عمان ،الأردن ، ط 04 ، 2005 ، ص63... و ينظر كذلك : ممدوح عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 21

بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي كما كان من قبل – حينما كان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذي يحكم العلاقة – وأصبح من الضروري السماح أحيانا بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، لأنه في حالة الامتناع عن ذلك فستترتب عنه إمكانية عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات، ما يؤدي بدوره إلى إرباك المعاملات التجارية الدولية وشل الحياة الاقتصادية في المجتمع الدولي[1].

ثانيا– شروط تطبيق قاعدة التنازع:

إذا استعرضنا تشريع أية دولة نجد أنه يتضمن قواعد خاصة لحل تنازع القوانين وتحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي، لكن هذه القواعد ليست وفيرة ولا مجمعة في مجموعة واحدة، بل تتنوع بين نصوص قوانين عديدة و يستأثر كل مشرع بوضعها على حسب النزعة السائدة في دولته.

وباعتبار قاعدة التنازع قاعدة أدائية تشير إلى القانون الواجب التطبيق، فإن موقف التشريعات متباين بخصوص تنظيمها، ولعل أهم ما نلحظه بشأنها هو:

– أنها قواعد وطنية، بمعنى أنها تجد مصدرها – في أغلب الأحوال – في المصادر الداخلية للقاعدة القانونية من تشريع وعرف ومبادئ عامة للقانون، ولما كان الأمر كذلك فإنها تتأثر دون شك بالنزعة السائدة في كل دولة من الدول، استنادا على الاعتبارات الوطنية التي تضفي من ذاتيتها على التنظيم الوضعي لقواعد التنازع.

– رغم كون قواعد التنازع قواعد وطنية إلا أن ذلك لا ينفي على البعض منها صفة العمومية والعالمية عند غالبية التشريعات، ومن ذلك خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، فإعمال قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية أصبح مبدأ من المبادئ العالمية، بل يمكن القول أن احترام هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها، وهو ما يعد هدفا تسعى إليه كل التشريعات تشجيعا للتعامل في مجال التجارة الدولية[2].

[1] - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ط 01، 2008، ص 231.

2- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط01 ، 2004 ، ص641

والمتأمل في قواعد التنازع يجد أن ثمة شروطا لازمة لتشغيلها لتؤدي وظيفتها وصولا إلى حسم مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق وهي:

1- أن يتعلق الأمر بعلاقة خاصة: تتصل العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي بعدة دول عن طريق العناصر المكونة لها- سواء من حيث الأطراف أو الموضوع أو السبب – ، والتي تدخل في نطاق علاقات القانون الخاص، فهي وحدها التي تطرح عملية اختيار أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بحكم ارتباطها بها، ومرد ذلك أن مسائل القانون العام لا تطرح مشكلة تنازع القوانين بل تثير فقط مسألة تحديد القانون من حيث المكان[1]، كما أن القانون الدولي الخاص لا يهتم إلا بالحياة القانونية الخاصة الدولية للأفراد، على أساس أن الهدف الأساسي والمباشر للقوانين الخاصة هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد، وإن كان في تحقيق هذه المصالح الخاصة مصلحة عامة بصورة غير مباشرة، عكس القوانين العامة التي تهدف في الأصل إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

رغم ذلك هناك من يرى أنه وإن كان صحيحا أن تنازع القوانين لا يثور إلا بمناسبة العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يستبعد إمكانية وجود التنازع بصدد مسائل القانون العام، ويتجسد ذلك في حالة تطبيق القاضي لقواعد القانون العام خاصة في الحالة التي يرجع فيها بصفة تبعية إلى أحكام القانون العام الأجنبي المرتبطة بالمسألة المعروضة، مثلما هو الحال عليه عندما تطرح أمامه مشكلة عدم دستورية القانون الأجنبي المراد تطبيقه، ولا شك أنه وإن كان قانون القاضي يسمح له بالفصل في المسألة الأولية، فإن ما يفعله هو تطبيق لأحكام قانون عام أجنبي هو القانون الدستوري[2].

2 – اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني: يجب أن يكون للعلاقة موضوع النزاع اتصال بأكثر من نظام قانوني، فلا يمكن أن تنشأ ظاهرة تنازع القوانين إذا كانت عناصر العلاقة القانونية مركزة كلها في إقليم الدولة، ودون وجود حركة دولية للأشخاص وتعامل تجاري بين الدول[3].

[1] - عبده جميل غصوب ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط02 ، 2009 ،ص27

[2] - عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص32

[3] - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، 2001 ، ج01 ، ص46

ويعبر الفقه عن هذا بشرط"الصفة الدولية لتنازع القوانين"، ومعناه أنه إذا اتصلت المسألة بروابط مع دولتين فأكثر تحقق وصف الدولية للمسألة المطروحة بما يثير تنازع القوانين، وبحسبان عقود التجارة الدولية تتميز بوصف الدولية فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى اتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد.

لكن لا يكفي لتحقق هذا الشرط أن تكون العلاقة متصلة بأكثر من نظام قانوني، وإنما يجب أن تكون هذه القوانين التي يقع بينها التنازع صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة بالمعنى المتعارف عليه في القانون الدولي العام، إذ يعتبر العامل السياسي من العوامل التي ساهمت في ظهور مشكلة تنازع القوانين[1].

وقد لقي الرأي المتقدم معارضة من بعض الشراح[2]، وحجتهم في ذلك أنه لسنا بصدد علاقات الدول فيما بينها حتى يقحم الاعتراف في الموضوع، ولكننا بصدد تطبيق القانون الأجنبي، فلا مجال هنا للبحث في مدى شرعية السلطة التي صدر عنها هذا القانون ما دامت تلك السلطة قادرة على تحقيق نفاذه، وإلا فإن تجاهل هذا القانون المطبق فعلا في الخارج يعتبر تجاهلا للواقع من الأمر.

3 – تباين القواعد القانونية المتصلة بعناصر العلاقة القانونية: لقيام تنازع القوانين الدولي ومنه تطبيق قواعد التنازع لفضه، لابد من وجود اختلاف وتباين بين أحكام القوانين المتنازعة، لأنه إذا كانت الأحكام فيها متشابهة وواحدة، فإن الحكم سيكون واحدا فيما لو أعطى الاختصاص في العلاقات القانونية لأي واحد منها، على أن لا يبلغ هذا الاختلاف المفترض حدود التعارض التام مع الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتعارضة، وإلا سيتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تتعارض أحكامه مع أحكام قانون القاضي تعارضا جوهريا بالاستناد إلى فكرة النظام العام[3].

4- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي: إن السماح بتطبيق قانون أجنبي هو نقطة البداية في تنازع القوانين، كون الدول لا تجعل لقانونها اختصاصا مطلقا، فسلطان القانون محدد بحدود سيادة الدولة، ولا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي إلا بإذن المشرع الوطني، لذلك وجب أن يكون

[1]- يوسف فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009 ، ص18

[2]- محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ط01 ، 2006 ، ص247.

[3] – غالب علي الداوودي ، المرجع السابق ، ص101

هناك نوع من التسامح داخل كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه، لأنه إذا تمسك كل مشرع وطني بالإقليمية المطلقة أو الشخصية المطلقة في تطبيق القانون الوطني، فلن يحصل عندئذ أي تنازع للقوانين ولا حاجة معه لإعمال قواعد التنازع، ويكون بذلك قانون القاضي هو الواجب تطبيقه لعدم قبوله مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي[1].

تلك هي الشروط التي يجب توافرها لتطبيق قواعد التنازع على العلاقات القانونية بصفة عامة، وبدون التقاء هذه العوامل لا يمكن أن تظهر إلى الوجود مشكلة تنازع القوانين التي تفترض قيام علاقات ودية بين الدول والاعتراف لكل منها بتشريعها وسيادتها، وقيام علاقات تجارية متواترة بين الشعوب وانتقال الأشخاص والأموال من إقليم لآخر، كما تفترض أيضا أن يجري توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا، يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملائم لحكمها حسب طبيعتها عن طريق قواعد التنازع.

الفرع الثاني: استقلال المعاملات التجارية الدولية بقواعد خاصة.

كانت المجتمعات القديمة تمارس التجارة الخارجية في مواسم معينة وأسواق محددة تشبه إلى حد بعيد ما يطلق عليه اليوم "المناطق الحرة"، وتثبت الدراسات التاريخية أن البابليين مارسوا التجارة مع الخارج، فقد عثر على وثائق تحدد قيمة البضائع في بعض العقود تبعا لسعرها خارج البلاد، وتستطرد هذه الدراسات على رأي بعض الشراح أن مبدأ اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد كان معروفا عند المصريين القدامى، كما كان لجنسية الأطراف الأثر الكبير في تبيان القانون الواجب التطبيق إبان العهد الإغريقي ثم الروماني، فكان من شأن هذه المحطات التاريخية أن أحدثت نوعا من التقارب والتأثير بين مختلف هذه الأنظمة، لا سيما في مجال العلاقات التعاقدية التي بقيت قواعدها مشتركة ومتأصلة في شكل أعراف وعادات تجارية[2].

كما يثبت التاريخ أن القواعد القانونية قد نشأت تبعا لظهور حالات معينة استوجبت وضع حلول ملائمة لها، و التنازع كظاهرة وجد مع إتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تفترضها

[1]- غالب علي الداوودي ، المرجع نفسه ، ص101

[2] - زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 46

الطبيعة الإنسانية التي ترفض بنزعتها البشرية كل حاجز يمنع ذلك الإتصال، لتتجاوز الحدود الإقليمية وتتصل بشعوب من أقاليم أخرى وديانات مختلفة، وتنشأ بذلك علاقات جديدة ذات عنصر أجنبي مشكلة نواة كل تنازع[1]، فلقد عرفت الشريعة الرومانية هذا التنازع كظاهرة دون أن يكتمل بناؤه كنظرية لها مقوماتها، وهذا ما يظهر من خلال الحلول التي كانت تعطى للنزاعات ذات العنصر الأجنبي من خلال تقرير القانون المدني للرومان وقانون الشعوب لغيرهم، فلم يكن من المتصور قيام تنازع بالمعنى الفني للكلمة[2].

ومع نهاية القرن الثاني عشر وأوائل القرن الثالث عشر بدأت الأمور تأخذ منحى آخر، فقد كان لاستقلال العديد من المدن الإيطالية في شمال إيطاليا واتساع العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن بالغ الأثر في استقلال المعاملات التجارية الدولية بذاتيتها؛ وأمام تزايد حجم هذه الأخيرة وكثرة النزاعات الناجمة عنها، ما دفع إلى البحث عن كيفية حل هذه المنازعات الناشئة بين أفراد يتبعون أكثر من مدينة من المدن الإيطالية المستقلة حديثا، نظرا لما تتميز به قوانينها من اختلاف في المضمون وعدم تشكيلها لحلول موضوعية موحدة كما هو الشأن بالنسبة لقانون الشعوب[3]، خاصة غداة ظهور القواعد القانونية المنظمة لحرف التجارة والصناعة، وهذا بعد جمع الأعراف والعادات السائدة حينها ومحاولة تدوينها في لوائح متضمنة قواعد عرفية تسمى LEX MERCATORIA وصولا إلى وضعها في تقنين خاص[4] هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى إيجاد تنظيم لمختلف التصرفات غير الوطنية التي تشتمل على عنصر أجنبي بين سكان مختلف الأقاليم عن طريق وضع نظرية الأحوال[5]، فبدأت المدن تتسابق لتقديم تسهيلات

---

[1] - سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، ط1، 1994 ، ص 84

[2] - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د م ج ، الجزائر ،ط 3 ، 2005 ، ص 26

[3] - حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ،2002 ، الكتاب الأول،ص 13

[4] - حيث يرجع الفقيه francescakis اعتراف روما بالأعراف الدولية لقانون التجارة إلى مصدرها الأول و هو قانون الشعوب الذي وجد لتدبير علاقتهم التجارية الدولية، ما تبعه تطور في مختلف ميادين التجارة الدولية ،الأمر الذي دفع الفقيه الفرنسي فليب كان إلى القول أن = = = = = المجتمعات الإنتاجية قد دخلت في علاقات قانونية تتمثل في صورة المجتمع الدولي للتجار... ينظر: جورج حزبون جورج، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي و المستحدث الموضوعي ، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 2006 ،العدد الثاني ، 2002، ص 237

[5]- يقصد بنظرية الأحوال: مجموعة القواعد الفقهية التي صاغها الفقهاء في أوربا منذ أواخر القرن 12م وبداية القرن13م لفض التنازع بين قوانين البلد الواحد في أول الأمر، ثم لفض التنازع بين قوانين البلاد المختلفة، و قد كانت مدن شمال إيطاليا محطة البداية التي انطلقت منها البحوث الفقهية آنذاك لاعتبارات عديدة...ينظر: زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة ، الجزائر، ط02 ، 2008 ، ج 01، ص 54

قانونية للأجانب؛ وكان نتيجة لتوافر هاته العوامل أن بدأ السعي نحو تنظيم المعاملات التجارية الدولية بقواعد خاصة لا تخرج عن المسعى المتوخى من ممارسة التجارة ككل، معتمدين في ذلك على تحديد طبيعة وصفة كل من الأنظمة المتزاحمة بعد أن يحدد مجال كل نظام حسب طبيعته، هل هي قوانين إقليمية أم أنها قوانين شخصية ؟ وصولا لإعطاء حلول للعلاقات القانونية على اختلافها و تنوعها.

ومن أهم هاته الحلول تلك التي أخضعت الإجراءات لقانون القاضي، كما ميزت بين شكل التصرف و موضوعه، أين أخضعت الأول لقانون محل إبرام التصرف والثاني لقانون مكان تنفيذه بالنظر إلى كونه الأمثل لحكم العلاقة، وهذا لسهولة التعرف على أحكامه من قبل جميع الأطراف، وبذلك وضعت النواة الحديثة للتمييز بين القوانين التي تختارها قواعد التنازع الوطنية[1].

ويعود الفضل في تحديد هذه القوانين التي تحكم العقد التجاري الدولي إلى الفقيه Bartol زعيم المدرسة الإيطالية القديمة (1314م-1357م)، الذي فرق كما أسلفنا الذكر بين شكل العقد وتنفيذه وآثاره المباشرة و غير المباشرة، و كان للتطور الحاصل آنذاك من جراء تكوين الوطنيات أو ما يعرف باستقلال الوحدات السياسية عن الإمبراطورية الرومانية بالغ الأثر في تحديد آرائه[2]، ثم جاء بعده تلميذه Balde الذي أثرى نظام التنازع بإضافة قواعد جديدة، خاصة بعد ظهور جمهوريات صغيرة استهوت التجارة وتكونت فيها أنظمة محلية خاصة لا تخلوا من التنوع والاختلاف، والتي اتخذت من الروابط التجارية أساسا لتنمية الحياة الاقتصادية وخلق الإئتمان والثقة والإستقرار، وهذا بقبول تطبيق الأنظمة القانونية للمدن المجاورة بهدف زيادة العلاقات التجارية ودعمها بين مدينة وأخرى[3]، آخذين في الاعتبار عند الحكم في أي تنازع بما قضت به اعتبارات المنطق القانوني من جانب، ومقتضيات التجارة الدولية والضرورات العملية التي تفرضها المعاملات من جانب آخر.

و قد ساهم في استقلال المعاملات التجارية الدولية بقواعد خاصة مجموعة من العوامل الاقتصادية والتاريخية وبدرجة أقل عوامل سياسة وعلمية، فعلى الصعيد التاريخي كان لسقوط الإمبراطورية الرومانية على يد القبائل الجرمانية آنذاك، و جلب هذه الأخيرة لقوانينها معها أن وجدت جنبا إلى جنب

[1] - سامي بديع منصور، المرجع السابق ، ص91

[2] - محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، د م ج ، الجزائر ، 2006 ، ص42

[3] - غالب علي الداوودي ، المرجع السابق ، ص 65 .

شعوب و قبائل تختلف فيما بينها، فأصبح الوضع السائد هو كثرة المنازعات التي تطبع أغلب تعاملاتهم خاصة المتعلقة منها بالتجارة.

أما من الناحية الاقتصادية، ونظرا لما تمثله مدن شمال إيطاليا بالنسبة لأوربا باعتبارها موقع عبور ومنطقة آمنة من الغزو الخارجي، فقد طبعتها الأسواق الموسمية التي كانت تقام من حين لآخر لتتحول فيما بعد إلى أسواق دائمة، الأمر الذي أعطى لهذه المدن بعدا تجاريا، فازدهرت معه الصناعة والتجارة الخارجية إلى كامل أوربا والدول الأخرى[1].

من خلال ما تقدم يتبين أن جهود المدرسة الإيطالية القديمة تعد بمثابة البذرة الأولى لقواعد التنازع[2]، والتي مهدت الطريق لنظريات حديثة أخرى كانت في مقدمتها المدرسة الفرنسية القديمة التي مرت في هذه المرحلة– القرون الوسطى– بظروف سياسية واقتصادية تختلف عن تلك التي عرفتها سابقتها، بدليل الإقطاعية التي كانت سائدة آنذاك والتي فرضت قواعد عرفية إقليمية خاصة بكل إقطاعية على حدة، فكانت الحاجة إلى أفكار قانونية جديدة مهدت لزوال النظام الإقطاعي وقيام النظام الملكي على الرغم من بقاء بعض المعارضين لهذا التوجه، والذين يرون في الدعوى إلى نظام عينة الأحوال (الإقليمية) حفاظا على الأعراف الخاصة بكل مقاطعة وتطبيقها عليها[3]، ويمثل الفقيه DUMOLIN أحد أقطاب هذه المدرسة، والذي فتح الباب أمام قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، مركزا على دور إرادة المتعاقدين في الاختيار بين القوانين المتنازعة[4]، فكان أول ما توصل إليه قاعدة خضوع العقد لقانون المحل "Lex loci" ، الأمر الذي ترتب عنه إمكانية إحداث العقد لآثاره الموضوعية خارج إقليم الدولة، وأن يسري عليه قانون آخر مادام وليد إرادة المتعاقدين[5].

---

[1]– وهو نفس ما مرت به انجلترا في هذه المرحلة حيث ظهر التنظيم التجاري في أول الأمر في أسواق موسمية ثم في أسواق مستمرة، و صاحبه اتحاد التجار في تنظيم خاص ومحاكم خاصة عرفت بمحاكم ذوي الأقدام المترتبة... ينظر: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص 53.

[2]– يشكل أبرز رواد المدرسة الإيطالية القديمة بالإضافة إلى الفقيه BALDE وتلميذه BARTOL الفقيه MEIJERS الذي أوضح بأن أول تفرقة ظهرت في مجال تنازع القوانين تتمثل في التفرقة بين الإجراءات و الموضوع، يليه الفقيه ROCHIUS CURTIUS الذي حاول تفسير القاعدة القائلة بإخضاع العقود لقانون محل الإبرام بفكرة الاختيار الضمني، ومن ثم فتح الباب أمام إخضاع العقد لقانون الإرادة....ينظر: حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص ، مطبوعات جامعة وهران ، كلية الحقوق، الجزائر، 1981، ص97.

[3]– زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ، ص 57

[4]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 29

[5] - محمودي مسعود ، المرجع السابق ، ص 43

الفرع الثالث: بروز معالم قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية.

انتقلت الحركة التجارية والقانونية من إيطاليا إلى سائر أوربا وتوسعت معها العلاقات التجارية ذات العنصر الأجنبي، فتنوعت العقود المبرمة بين أفراد يتبعون دول مختلفة وكثرت معها المشاكل الناجمة عن اختلاف النظم القانونية بين الدول المشكلة لمحور التجارة الدولية، ما دفع بفقهاء القانون الدولي الخاص إلى البحث في قواعد تنازع خاصة بالتصرفات الدولية الإرادية أو غير الإرادية، سواء المتعلقة منها بالمسائل التجارية وهو الغالب أو المدنية منها.

فمشكلة التنازع –كما أسلفنا الذكر– ليس وليدة اليوم بل تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، لكن التزايد المطرد والازدهار الذي عرفته المعاملات و التجارة بين شعوب المدن والوحدات السياسية المختلفة والاعتراف بشخصية الأجنبي، أفضى إلى التساؤل حول كيفية الفصل في المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات، خصوصا بعد أن تعاظمت وتوسعت ظاهرة العلاقات التجارية الدولية من جهة، وظهرت التكتلات التجارية والسياسية الإقليمية والدولية التي تنامت بصورة ملفتة من جهة ثانية، ما دفع إلى التفتيش عن أنسب المفاهيم والقواعد التي تواكب هذه المشاكل و تساعد على فضها.

ونزولا عند حكم هذه الضرورات العملية المتولدة عن العلاقات التجارية الدولية، ظهرت بعض القواعد القانونية التي أرستها وقامت عليها نظرية الأحوال الإيطالية، ومن أهمها قاعدة خضوع مسائل إجراءات المرافعات لقانون القاضي" Lex Fori" ،وخضوع مسائل الموضوع للقانون الذي يحكم محل النزاع والذي قد يكون قانونا أجنبيا أو قانون القاضي، بالإضافة إلى قاعدة خضوع موضوع العقد وآثاره الطبيعية لقانون بلد إبرامه، عكس آثاره التبعية أو العرضية غير المباشرة كالإعذار لعدم الوفاء الذي يخضع لقانون بلد التنفيذ، أما شكل التصرفات القانونية الإرادية كالعقود فتخضع لقانون بلد إبرامها...إلخ[1].

ثم ظهر في مرحلة لاحقة ما يسمى بفقه DUMOLIN (1500م– 1566م)، الذي يمثل أحد أعمدة المدرسة الفرنسية القديمة، والذي كان من أشد المتحمسين لنظرية الأحوال الإيطالية ولآرائها، أين تكشف أعماله عن أمرين: فهو يعتبر من جهة حلقة وصل بين المدرستين الإيطالية والفرنسية،

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 01 ، 2007 ، ص 601.

خاصة من حيث اعتماده لبعض الأفكار وتبنيه لبعض الحلول التي وضعها الفقهاء الإيطاليون ، كما أنه لعب من جهة أخرى دور التجديد وذلك بوضعه أسس نظرية التكييف بمناسبة تقديمه استشارة في قضية الزوجين DE GANAY[1] ، ومن أهم ما توصل إليه قوله بأن قاعدة خضوع العقد لقانون المحل مبناها رضا المتعاقدين الضمني على اختيار قانون آخر غير قانون المحل لحكم العقد[2]، وما لبث أن عمم ديمولان هذه القاعدة على سائر التصرفات الأخرى، فاستطاع بذلك أن يتنصل من كون العقد نظاما إقليميا، والذي كان من نتائجه أن أصبح سلطان قانون محل إبرام العقد مقتصر على شكله دون مضمونه أو موضوعه، وهو ما يؤدي إلى إحداث العقد لآثاره الموضوعية خارج إقليم الدولة مع إمكانية تطبيق قانون آخر عليه ما دام وليد إرادة المتعاقدين.

هذا بخلاف معاصره D'ARGENTRé الذي جاءت كل كتاباته ونظرياته موجهة للدفاع عن الإقليمية، أين كان متعصبا لعرف مقاطعته و نادى بوجوب تطبيقه وحده على إقليم المقاطعة، فكان لمبدأ الإقليمية معنى واسع لدى هذا الفقيه كونه عد الأصل، أما إمكانية قبول تطبيق القانون الأجنبي فهو الاستثناء.[3]

لكن على الرغم من معاول الهدم التي تعرض لها فقه D'ARGENTRé باقتصاره على إسناد الأحوال الشخصية والعينة فقط واستبعاد العقود والإجراءات، فقد لقي فقهه صدى واسع في هولندا[4]، أين برز لأول مرة اصطلاح تنازع القوانين عن طريق الفقيه HUBER، كما برزت لأول مرة فكرة إمكانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب قواعد التنازع بسبب مخالفته للنظام العام المحلي، فكانت النواة الأولى لفكرة الدفع بالنظام العام[5].

---

[1]- حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص100

[2]- وقد أفتى ديمولان بهذا الرأي بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق على مشارطات الزواج وهذا بمناسبة طلب فتوى بخصوص النظام المالي لزوجين مقيمان بباريس بهدف تجنب القواعد العرفية السائدة في نظامها المالي وتطبيق قانون واحد وهو عرف باريس، فأقر بجواز ذلك على أساس أن النظام المالي للزوجين هو عقد ضمني يجوز إخضاعه لقانون الإرادة... ينظر: زروقي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن ، المرجع السابق، ص 29.

[3] -علي على سليمان، المرجع السابق، ص 29

[4] -من أبرز فقهاء المدرسة الهولندية: الفقيه بورجواني Bourgoigne و رود نبورغ Rodenburgh، و هوبر Huber و غيرهم و قد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة المجاملة الدولية.

[5] -علي على سليمان، المرجع السابق، ص 30

وخلال القرن الثامن عشر حاول الفقهاء الفرنسيون حل مشكلة التنازع عن طريق التوفيق بين فقه DUMOLIN ذي الطابع التحليلي العملي، وفقه D'ARGENTRé ومن بعده فقه المدرسة الهولندية الذي يمتاز بطابعه التجريدي و التأصيلي، بحيث نالت مواضيع العقود الدولية حصة الأسد من أبحاث هؤلاء الفقهاء، وهو ما فتح الباب أمام فقهاء آخرين حملوا لواء البحث في مختلف قواعد التنازع المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية ، وفي مقدمتهم الفقيه الألماني SAVIGNY (1779م-1861م) الذي عاصر التاريخ المعاصر لقاعدة التنازع التي تميزت بعدة أمور هامة، كونها تمثل بداية النهاية بالنسبة لنظم المدن والإتجاه نحو مولد الدول بالمفهوم المتعارف عليه في القانون الوضعي ومعه تنازع القوانين الدولي بالمعنى المعاصر، بالإضافة إلى احتواء التقنينات المدنية لمختلف الدول على قواعد التنازع، والتي حاولت صياغة حلول لمشكلات التنازع بناءا على مناهج فكرية توازن بين إرادة المشرع و بين اعتبارات العدالة وحاجات التجارة والمبادلات بين الشعوب[1].

واعتمد Savigny في بحثه حول قاعدة التنازع بالبدء في تحليل الطبيعة القانونية للرابطة أو العلاقة محل النزاع ثم يبحث عن المركز المكاني لتلك العلاقة، ما من شأنه تصور قواعد التنازع التي تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون محدد حسب المسألة المتعلقة بها، سواء تعلق الأمر بمحل الإبرام أو محل التنفيذ على حسب الحالة (الشكل أو الموضوع)، ويدعم سافيني التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق فضلا عن تحليل الطبيعة الذاتية و الجوهرية للروابط القانونية بتوافقه مع إرادة الأطراف[2].

وتأييدا لهذا الموقف يثبت الواقع – على حسب رأي بعض الفقه – أن التنازع بين القوانين يسبق عملية طرح الإشكالية القانونية أمام القضاء، كون التنازع قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقات القانونية، لأن أركان تكوين العلاقات القانونية و شروطه تتطلب معرفة القانون الذي تتكون العلاقة في ظله من الناحية الشكلية والموضوعية والإجرائية[3].

وفي إيطاليا أقر الفقيه MANCHINI خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة استثناءا من المبدأ العام عنده والقاضي بتطبيق القانون الشخصي، إذ يعد من معتنقي شخصية القوانين إلى حد المغالاة لتأثير الظروف السياسية التي كانت سائدة في ايطاليا آنذاك على آرائه ، وتعد قاعدة ترك

[1] -أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 611

[2] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ، ص613 و 641

[3] – جورج حزبون جورج ، المرجع السابق ، ص240

الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من بين الاستثناءات التي أدخلها على مبدأ شخصية القوانين، ولكثرة هذه الاستثناءات قيل بأنها فاقت الأصل وأصبحت أكثر منه[1].

ويتضح مما سبق أن أساليب تنظيم عقود التجارة الدولية وحل مشاكلها قد تطور تبعا للحقبات الزمنية التي مرت بها المعاملات الدولية، فلكل مرحلة وسائلها القانونية، ومع اتساع حجم التجارة الدولية في العصر الحديث و أهمية عقودها وتعددها، أصبح نمو اقتصاد الدول يعتمد بصفة أساسية على زيادة حجم التجارة الدولية ومعه فاعلية النظام القانوني الذي ينظم عقودها، لذلك تعد مسألة فض التنازع بمناسبة منازعات عقود التجارة الدولية من أكثر المواضيع التي نالت اهتمام فقهاء القانون الدولي الخاص، بعد أن أصبح الفقه الدولي يعالج هذه المسائل معالجة وضعية وطنية وفقا للتشريعات الوطنية و اجتهاد قضائها.

والمتمعن في الشريط التاريخي الذي حدد معالم قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية، يلحظ بجلاء أهمية وفائدة هذه المحطات الزمنية ومعها أهمية القواعد والمفاهيم والنظريات المطبقة اليوم في مجال التنازع، التي لم تكن لتقطع صلتها بما سبقها.

كما تبرز خصوصية هذه القواعد أنها بقيت متشابكة و متداخلة بقوة مع الأساس التاريخي الذي قامت واستندت إليه، ما أدى إلى إغناء محتواها الذي صاحب توسع رقعة الحلول المتعارضة، وبالتالي زيادة التنازع المتولد عن هذه الحلول[2].

المبحث الثاني: مظاهر الأخذ بقواعد التنازع في منازعات عقود التجارة الدولية.

تطرح منهجية حل التنازع بين القوانين فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية بالمقارنة مع باقي فروع القانون، وسائل جديدة وطرق غير مألوفة عن تلك التي عهدناها في النزاعات المتعلقة بالعقود الداخلية، وهذا ما يميز تقنية تنازع القوانين وأداتها عن طرق الحل المباشرة المألوفة و المعروفة في فروع القانون المختلفة وفي التطبيقات القضائية لحل النزاعات، الأمر الذي يبرز خصوصية هذا الحل وذاتية وسائله.

[1] – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص34

[2] – سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص94

إن جل اهتمام المتعاملين في ميدان التجارة الدولية يتركز بصفة جوهرية على معرفة القانون الذي يحمي توقعاتهم، وبطبيعة الحال لن يتأتى بلوغ هذه الغاية إلا إذا حددنا القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، باعتبار هذا التحديد مسألة أولية ذهنية لازمة وضرورية لكل مسألة ذات طبيعة دولية يراد البحث لها عن حل (**مطلب أول**)، ومتى أوضحنا ما تقدم أصبح لزاما تقييم وإبراز الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية في حل المنازعات المتعلقة بها (**مطلب ثاني**).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في إطار منهج تنازع القوانين.

إن مسألة تنازع القوانين تعتبر من المسائل العملية الهامة في عقود التجارة الدولية، حيث يؤدي وجودها إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، نظرا لتعدد النظم وتباينها في حكم المسألة الواحدة[1].

وإذا كان المبدأ المقرر في ظل تنازع القوانين في الوقت الحاضر هو ضرورة إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون دولة ما، فإن هذا المبدأ لم يكن ليستقر دون منازع[2]، حيث اهتدى كل من الفقه والقضاء إلى أنه لا بد لكل عقد من قانون يحكمه، وهو قانون يجد مصدره في قانون دولة ما أي قانون وطني، ليصبح هذا الأخير– أي المبدأ– معتمدا في مختلف الأنظمة القانونية، كما أعتمد أيضا

[1]– حمزة حداد، قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة ، بيروت، لبنان، 1980، ص 307.

[2]– ذلك أن هذا المبدأ تعرض لتيارين: أولهما ينكر مسألة إخضاع العقد وجوبا لقانون دولة أو ما يعرف بنظرية العقد المتجرد من القانون أو العقد الطليق(العائم) وثانيهما هو الاتجاه الذي حاول تحرير العقد الدولي من فكرة الخضوع لكل قانون وطني مستهديا في ذلك بمصالح التجارة الدولية...ينظر: حبار محمد ، المرجع السابق ، ص 35 وما بعدها.

في المجال الدولي كتأكيده من قبل القضاء[1] و محكمة العدل الدولية الدائمة ولدى كثير من الهيئات الخاصة الدولية والمتخصصة في مجال العقود الدولية.

ونظرا للخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الدولية والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية.

ولما كان لإرادة أطراف العقد السلطان الأكبر في تحديد شروط العقد، كان بديهيا أن يكون لهذه الإرادة دور بارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية المشتملة على عنصر أجنبي، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد الرئيسي في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيق قواعد القانون الذي أراد الأطراف الخضوع له[2]، ويعزى التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم للتعدد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية الدولية[3]، ومن أجل البحث في كيفية تحديد هذا القانون سنتولى دراسة ذلك من خلال التعرض لإختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية باتفاق الأطراف– الإسناد الشخصي – (فرع أول) وفي ظل غياب اتفاق الأطراف — الإسناد الموضوعي – (فرع ثاني).

الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية باتفاق الأطراف (الإسناد الشخصي).

[1]– حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية ولأول مرة، على اختصاص قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص للعقود في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 1910في قضية American Trading الشهيرة، والتي تتعلق وقائعها بعقد نقل تم إبرامه بين شاحن أمريكي وناقل كندي وإتفق الأطراف على تطبيق القانون الأمريكي، بالإضافة إلى أنه تم إدراج شرط في العقد بموجبه يعفى الناقل من المسؤولية عن تلف البضاعة، وقد أقرت المحكمة مبدأ أن " القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف، وإذا كان العقد مبرم بين أشخاص من جنسيات مختلفة فيجب تطبيق قانون مكان الإبرام ما لم يكن الأطراف قد أعلنوا عن إرادة مخالفة، ولا يشترط أن يكون الإعلان عن الإرادة صريحا ولكن يمكن استنتاجه من نصوص العقد". ينظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص76.

[2]– خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص74.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1، 2004 ، ص54.

استقر في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي ينشأ فيها وفقا للقانون، وأجمعت التشريعات على اختلاف مذاهبها على إخضاع عقود التجارة الدولية في جانبها الموضوعي لما يسمى " بقانون الإرادة "، والذي وفقا له يكون لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكمه[1]، فأصبح الدور الذي يلعبه هذا القانون لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، ومعطيا للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى، كونه يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي الدولي[2].

ولم تظهر فكرة قانون الإرادة وتبسط منطقها على عقود التجارة الدولية، إلا بمرورها عبر مراحل كرست فيها نفسها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، بعد أن كانت الأسبقية في الظهور لمبدأ سلطان الإرادة، والذي جعل من الإرادة أساسا لإبرام التصرفات الإرادية، فأصبح هذا المبدأ وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتا في القانون المقارن حيث عم الاعتراف به في جل الأنظمة القانونية[3].

بيد أن القانون قد ارتأى أنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الخاصة الدولية، فأصبح للمتعاقدين الحق في أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني معين – تستوي في ذلك قواعده الآمرة أو المكملة في التطبيق على حد سواء[4] – أو أن يخضعوه لأكثر من قانون، مع الإمكانية التي تخولهم استبعاد أي قانون وطني وإخضاعه للمبادئ العامة في القانون، وهذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية[5].

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، د م ج ، الإسكندرية ، 1994 ، ص 13.

[2] -Jean Michel Jacquet , principe d'autonomie et contrats internationaux , économica , paris, 1983 , p 07.

[3]– ومن تطبيقات هذه الفكرة المادة 106 من ق م ج التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو..."والمادة 1134 مدني فرنسي التي تنص على أن " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها".

[4] - Gabrielle Kaufmann – kohler et Andreas Bucher , droit international privé (contrat international , droit applicable) , polycopié fascicule , faculté de droit , université de genéve , p06. voir le site: www. Juriste-en-herbe.com.

[5]– أحمد بعد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 949.

وبناءا على ما تقدم سنبين كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مع تحديد الحدود التي تمارس فيها هذه الحرية لاختيار القانون الواجب التطبيق خاصة ما تعلق منها بفكرة النظام العام.

أولا– إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية:

تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية[1]، بما لا يخالف القواعد العامة لنظرية العقد، وإعمال التشريعات لهذا المبدأ يعني أنها لم تقم وزنا لمعاول الهدم التي قيل بها في حق مبدأ قانون الإرادة[2].

ولهذه القاعدة – قانون الإرادة – أهمية بالغة، فهي تمثل عصب المبادلات الدولية، ولها تطبيقات واسعة في مجال التجارة الدولية خصوصا بعد تغير النظرة إليها، ومن الإعتداد بها كغاية في حد ذاتها إلى اعتبارها وسيلة يستخدمها القانون كأساس للالتزام بالعقود استجابة لضرورات التعامل واستقرار المعاملات[3]، فالإرادة هي التي تولد الحق وهي التي تحدد آثاره.

وتاريخيا ترجع نشأة قاعدة قانون الإرادة إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلا وموضوعا، على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك، كما ساهم الفقيه الفرنسي ديمولان في إظهار قاعدة سريان إرادة الأطراف المتعاقدة انطلاقا من استخدامه لفكرة الإرادة المفترضة للأطراف كتبرير قانون الموطن المشترك لأحوال الزوجين، وينوه البعض من الفقه إلى أن ديمولان قد استمد هذه القاعدة من الفقه الإيطالي، وأنه قد أطلق القاعدة التي صاغها لتتناول سائر العقود، وبذلك جعل للإرادة دورا في حل تنازع القوانين بشأن العقد[4]، واعتمد بذلك مبدأ قانون الإرادة ضمن قواعد التنازع، وأصبح موضوع

---

[1] - Dominique Bureau , L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois , Mélanges en hommage a françois terée , presses universitaires de France , éd D , paris , 1999 , p186.

[2]– راجع فيما يخص الانتقادات الموجهة لقانون الإرادة: عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 08، 1977 ، ج 02 ، ص 421.

[3]– همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2004 ، ص 18.

[4]– صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 53 .وينظر: عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 420.

العقد يخضع للقانون المختار بينما بقي شكله خاضعا لقانون محل إبرامه ليتبناها بعد ذلك المشرع الفرنسي، وما إن حل القرن 19م و القرن 20 م حتى اعتمد هذا الضابط معظم التشريعات الوضعية[1].

وتبعا لذلك فإنه حتى ذلك الوقت كانت إرادة الأطراف لا تملك الخروج عن القانون الواجب التطبيق الذي يقدمه منهج قاعدة تنازع القوانين، فاستقر لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، ومما ساعد على ذلك هو التطور الذي شهدته الحرية الفردية والتي تشكل انعكاسا حقيقيا للفكر السائد في تلك الحقبة الزمنية بخصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية[2].

وعلى هذا النحو يظهر أن استقرار قاعدة قانون الإرادة يعكس التأثر بفكر المذاهب الليبرالية التي رسخت مبدأ حرية التعاقد، في حين يكشف الاختلاف في تطبيق هذه القاعدة عن تطور الأفكار والمضامين الاجتماعية والاقتصادية التي تؤثر على الفاعلية القانونية لتلك القاعدة[3].

وإذا كانت هذه الأخيرة قد استقرت فقها وقضاءا وتبناها التشريع المقارن[4]، إلا أنه اختلف بشأن تحديد المقصود بقانون الإرادة التي تشير إليه قواعد التنازع في مجال عقود التجارة الدولية ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

– **الإتجاه الأول:** يضيق من نطاق هذا القانون ويقصره فقط على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدولي العام، فإن تم اختيار قانون دولة ما من قبل الأطراف المتعاقدة لينظم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لتلك الدولة، وهذا ما أخذت به محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929 حيث قضت بأن "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معنية بموجب قواعد القانون الدولي الخاص ".

---

[1]– زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ، ص 240.

[2]– و في ذلك يرى الفقيه Dominique Bureau أن القانون الدولي الخاص يهدف قبل كل شيء إلى ترجمة وتحقيق الأهداف الخاصة رغم تخوفه الكبير من الرقابة الاجتماعية المحددة، المسبقة والآمرة في القانون الداخلي، وتبعا لذلك يمكن القول أن هناك نوعا من الانحطاط أو الانحلال في استقلالية الإرادة في القانون الخاص الداخلي، مقارنة بتعزيز تلك الاستقلالية في القانون الدولي الخاص...ينظر:

- Dominique Bureau , op.cit , p286,287.

[3]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق ، ص 263.

[4] - - Gabrielle Kaufmann – kohler et Andreas Bucher , op.cit , p06.

وتدعيما لهذا التوجه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1950م بأن كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة[1]، كما التزمت به أيضا الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955م في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، والتي نصت في فقرتها الثانية على أن " البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة ".

وقد تعرض هذا المضمون المضيق لفكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية للنقد من جانب بعض الفقه، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية، في حين أننا بصدد عقود ذات طابع دولي، فضلا على أنه قد يؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد المنازعات الناجمة عن تلك العقود.

– الإتجاه الثاني: وينادي أنصاره بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث يتجنبون الوقوف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة مع جواز إسناد العلاقة التعاقدية لقواعد ذات صبغة عالمية، كأن تكون القواعد العرفية التي استقر عليها التعامل في ميدان التجارة الدولية.

ويبدو هذا التوجه جليا في موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني التي نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين..." فالنص يتحدث عن حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما دون تخصيصه أو تقييده بقانون دولة معينة، لكن مع وجوب توافر شروط خاصة في ذلك.

وقد سارت على هذا النحو العديد من الاتفاقيات الدولية التي اعتنقت هذا المنهج الموسع لقانون الإرادة، نذكر من بينها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971م، والتي نصت في مادتها السابعة على أن " الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع "، وهو نفس ما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980م بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

[1]– صالح المنزلاوي ، المرجع نفسه ، ص 270.

التعاقدية[1] في المادة 03 فقرة 01 بنصها على أنه " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف ...".

كما اتبعت هذا النهج أيضا قوانين التحكيم، فنصت المادة 28 فقرة01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م على أنه " تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...".

لكن عيب على هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية التعاقدية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا[2].

– الاتجاه الثالث: وهو اتجاه معتدل لا يصل إلى حد تضييق قانون الإرادة مثل ما أخذ به أنصار الاتجاه الأول، ولا هو بموسع لنطاق هذه الحرية بحسب ما يأخذ به أنصار الاتجاه الثاني، بدليل أنه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة التنازع واحتراما لتوقعاتهم، ولكنه يضع في نفس الوقت حدا لهذه الحرية على أن لا تؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، وهو ما يقيم نوعا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في مادتها السابعة فقرة أولى[3].

ثانيا – النتائج المترتبة على الأخذ بقانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية:

يترتب على خضوع عقود التجارة الدولية لقانون إرادة المتعاقدين نتائج هامة نذكر منها:

---

[1] - ويجدر بنا التنويه أنه في الواقع العملي يكون تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أكثر سهولة عند العمل بإتفاقية روما، لأنها تقطع كل عملية بحث عن الإرادة عندما تكون هذه الأخيرة صعبة التحديد ....ينظر:

- Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 07 éd, Montchrestien, Paris , 2000 , p484.

[2] – صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 284.

[3] – " عند تطبيق قانون بلد معين بموجب هذه الاتفاقية، فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بهذه العلاقة المطروحة بصلة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بموجب قانون البلد التي تنتمي إليه بغض النظر من قانون العقد".

1– السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الدولية:

إن تمكين المتعاقدين من اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية الدولية، هو اتجاه يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تتيح للمتعاقدين اختيار قانون على غير صلة بالعقد، كما تسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف بحقهم في اختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد، فيصح لهما أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ...الخ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره.

ويبيح فقه النظرية الموضوعية بدوره للمتعاقدين حرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المتطلبة في العقد، مع تقييد هذه الحرية بحدين لا يمكن الخروج عنهما:

– الأول: هو أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية وذلك منعا للتضارب المتوقع في حالة تطبيق قوانين مختلفة.

– والثاني: أن لا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطة القانون، هذا القيد الأخير هو ما يميز هذا الفقه عن فقه النظرية الشخصية[1].

ولقد ذهبت اتفاقية روما لسنة 1980م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها الثالثة فقرة أولى في تأكيد هذا الحق، شأنها شأن اتفاقية لاهاي لعام 1986م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادة 07 فقرة 02.

والملاحظ على هاتين الاتفاقيتين الأخيرتين أنهما قد أجازتا تجزئة العقد، ولكن من أطراف الشفاه – كما عبر عن ذلك البعض – ومسلكهما هذا ينبئ على رأي جانب من الفقه عن رغبتهما في عدم تشجيع المتعاقدين على استخدام حقهم في التجزئة حفاظا على وحدة الرابطة العقدية، وهو ما يفسره

[1]– محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2000 ، ص125

إتفاق أنصار النظرية الموضوعية على إرجاع حرية الأطراف في اختيار قانون العقد إلى قوة القانون بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين[1].

وعليه وقف أنصار هذا الرأي على الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، بتأكيدهم على أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية لن يتأتى إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب إلى قانون معين.

2 – اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد :

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فإنه يتعين تقييد هذه الحرية في اختيار قانون العقد بلزوم توافر صلة جادة وحقيقية بين هذا الأخير وبين العقد أو بينه وبين المتعاقدين[2]، فإذا انعدمت هذه الصلة فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون واجب التطبيق على العقد وغشا نحوه، وعليه تكون الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقا لأهداف تلك القاعدة.

وقد اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين والعقد التجاري الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما أن الخلاف دار أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة والعقد التجاري الدولي، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

الإتجاه الأول: يرى أنصاره ضرورة تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة بين القانون المختار والعقد[3].

---

[1]– محمود محمد ياقوت ، المرجع نفسه ، ص 129.

[2]– ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة بنصه المادة 18 فقرة 01 ق م على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."

[3]–يعتبر الأصل التاريخي لفكرة الأخذ بالقانون الأوثق صلة الرابطة العقدية إلى فكرة تركيز العقد التي جاء بها باتيفول، بحيث تأثر بها القضاء الفرنسي الحديث واعتبر أن القانون الأوثق صلة بالعقد ما هو إلا تكريس لنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية. ينظر:
Henri Batiffol et Paul lagarde , Traité de Droit international privé , T 02 , 1983 , p236.

ويذهب مؤيدو هذا الاتجاه في تأكيدهم على وجوب توافر هذه الصلة إلى أن إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون محايد، يتيح لهم في النهاية التهرب من الأحكام الآمرة المرتبطة بالعقد.

ومن هنا تبدوا أهمية عدم الاعتداد بالقانون المختار فيما لو تبين انقطاع صلته بالعقد، إذ يستطيع القاضي في هذه الحالة استبعاد القانون المختار بإعماله لنظرية الغش نحو القانون، وإسناد الرابطة العقدية على هذا النحو للقانون الأوثق صلة بها[1].

فبالنسبة لهذا الفقه وإن كان قد اتفق على ضرورة توافر صلة بين القانون المختار والعقد، إلا أن مناهجه قد اختلفت حول طبيعة هذه الصلة، فهناك من يكتفي بوجود مصلحة مشروعة للمتعاقدين في اختيار قانون معين حتى ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالعقد، رغم ما يتضمنه هذا الرأي من مخالفة لوظيفة قاعدة التنازع، والتي تستهدف أصلا اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد، في حين يذهب باتيفول إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد بصرف النظر عن كون هذا الاختيار منصب على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، والذي نلتمسه في أغلب الحالات في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

الإتجاه الثاني : يخول أنصاره لإرادة المتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد، بحيث يجيز لأطراف العقد اختيار القانون الذي يرون فيه المرجع المناسب لتنظيم عقدهم حتى وإن كان القانون المعين من قبلهم ليست له أدنى صلة بالعقد، وهذا على أساس أن القانون الدولي الخاص بالخلاف للقانون الداخلي يستهدف في الأصل حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الآمر الذي يسعى إليه هذا الأخير، وبذلك يتمتع أطراف العقد بحرية في اختيار قانون العقد لا يباح معها للقاضي تغيير القانون المختار بدعوى افتقاره للصلة المتطلبة بينه وبين العقد التجاري الدولي، لأن ذلك من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين[2].

ومع ذلك فإن أنصار هذا الرأي قد اشترطوا في هذا الاختيار أن لا يكون مشوبا بالغش نحو القانون، ذلك أنه لو كان صحيحا أن مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية هو أحد الأهداف الرئيسية لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أنه لا يعد الأساس الوحيد لها وفقا للأوضاع والحقائق

[1]- هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 456. وينظر أيضا: محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 119.

[2]- محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 115.

الراهنة، مما يعني عدم المغالاة في حماية توقعات المتعاقدين على حساب أهداف القانون وما تقتضيه من تجنب الانصياع لأهواء المتعاقدين ورغباتهم الغير مشروعة.

الإتجاه الثالث: إتخذ هذا الاتجاه موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين، بحيث يستلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، ولكن دون أن يشترط تحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو مادية كمحل إبرام العقد أو تنفيذه، بل يكتفي بأن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، ويتجسد ذلك مثلا في الفرض الذي نكون فيه بصدد عقد مبرم في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال أو تخصص معين، والذي يلقى القبول الواسع في أوساط التجارة الدولية، فيخضع بذلك الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتفاء الصلة بين القانون المختار وعناصر العقد.

3- رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية:

يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد التي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، وهو ما ذهب إليه فقه النظرية الشخصية الذي رفض الأخذ بالإحالة في مجال العقود صيانة لتوقعات المتعاقدين، ذلك أنه يفترض في إعمال فكرة الإحالة وقبولها أن اختصاص القانون المختار قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع وليس استنادا إلى مطلق مبدأ قانون الإرادة، هذا إلى جانب أنصار النظرية الموضوعية الذين لم يدخروا جهدا في رفض هذه الفكرة مستندين في تقرير ذلك إلى أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع، لأن استشارة قواعد التنازع في القانون المختار ستؤدي حتما إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن الذي ارتضاه المتعاقدون، مما يؤدي بدون شك إلى الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة واضطراب معاملاتهم، لأن اختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدروها فيه، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديهم[1].

ثالثا- النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية:

[1]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 282.

ينادي الفقه – في مجال عقود التجارة الدولية – بوجود ما يسمى بالنظام العام الدولي[1]، الذي وإن تعددت تسمياته إلا أنها تتفق في مضمونها وتعبيرها عن هذا النوع الجديد من النظام العام، أيا كان الدور الذي تلعبه قواعد النظام العام الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية، والذي تؤدي الاستعانة به إلى تطبيق مفاهيم قانونية تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، إذ على أساسها تتراجع المفاهيم الوطنية أمام الأفكار والحلول الدولية[2].

ويعرف النظام العام الدولي بأنه " مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية الدولية، أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية"، كما تتعدد مصادر النظام العام الدولي بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والتي تساهم جميعا في خلق قواعد هذا النظام[3].

إن إعمال فكرة النظام العام الدولي أمر تقره وتسمح به مختلف الأنظمة القانونية، مبناه افتراض اختلاف الحل الذي يشير به القانون الواجب التطبيق عن ذلك الذي يقرره النظام القانوني المعني، فتحديد فكرة النظام العام الدولي لا يمكن الدفاع عنها عندما يكون الحل الذي يشير به قانون العقد في ظاهره غير عادل، وبالتالي يتعارض ويصطدم بالنظام القانوني الذي يتعين أخذه بعين الاعتبار[4].

ومن المقرر أن النظام العام بهذا المفهوم له وظيفة مزدوجة، إحداها سلبية والأخرى إيجابية.

1- النظام العام الحمائي (الإستبعادي)(Ordre public protection(d'éviction):

[1]- يطلق الفقه عدة تسميات على النظام العام الدولي مختلفة الصياغة لكنها تقف عند مدلول واحد، كالنظام العام عبر الحدود أو النظام العام العالمي أو النظام العام لقانون التجارة الدولية، ولقد أتى المشرع الجزائري باصطلاح النظام العام الدولي في المادة 1051 من ق.إ.م.إ بنصها على أنه: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي....وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

[2]- محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 142.

[3]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص 297. وينظر كذلك حول فكرة النظام العام وحقيقتها وما يسمى بقواعد النظام العام الدولي: أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط 02 ، 1998 ، ص 11 وما بعدها.

[4]- محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الآمرة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 30.

يؤدي النظام العام وفقا لهذه الوظيفة إلى استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع أو وفقا لاختيار الأطراف، بيد أن هذه الوظيفة الاستبعادية ترد عليها ملاحظتين:

أ- إن مسألة تدخلها تثور في كل الحالات التي تكون فيها القواعد المختارة من جانب الأطراف أو الواجبة التطبيق على الموضوع من قبيل المبادئ العامة أو عادات وأعراف التجارة الدولية، حتى أن بعض الفقه ذهب إلى أبعد من ذلك حين أقر بوجود تدرج بين الأنظمة العامة، بحيث يتيح للنظام العام الدولي باستبعاد النظام العام الوطني إذا وجده مخالفا لأحد هذه المبادئ العامة[1].

ب- أن الوظيفة السلبية تبدوا تبعية بالنسبة للوظيفة الإيجابية والتي تستغرقها في الغالب.

2- النظام العام التوجيهي Ordre public de direction:

ويتجسد في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي حقيقة دون استشارة القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا بتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية والعالمية للأخلاقيات التعاقدية[2].

ويفسر الأستاذ CHAPELLE هذا الدور الإيجابي للنظام العام الدولي بأن " الأنشطة و العمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيها بلا جدال خصائص القاعدة القانونية، وهذا النظام العام توجيهي لأنه يلبي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق والعدالة والنظام والأمان...."[3].

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في ظل غياب اتفاق الأطراف (الإسناد الموضوعي):

إذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الدولية على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة، وتعذر في الوقت نفسه استخلاص إرادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصلح أن يكون مدعاة

[1]- حسام الدين فتحي ناصف ، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص49.

[2]- حسام الدين فتحي ناصف ، المرجع السابق ، ص 50.

[3]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 302.

للإمتناع عن الفصل في النزاع من طرف القاضي وإلا وقع تحت طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة، وإنما وجب عليه أن يجتهد للوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يثيرها تحديد هذا القانون.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى التستر وراء فكرة الإرادة المفترضة لتحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يكون إما لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة، سواء لعدم تنبه الأطراف لذلك أو لعدم توقع حدوث النزاع أثناء إبرام العقد[1]، بل إن الأطراف مهما احتاطوا لذلك أثناء مرحلة الإبرام فإنه لن يتيسر لهم وضع أو تصور كل الحلول للمشاكل التي قد تطرأ مستقبلا.

وبالتالي فالقاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا، ويقمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف وملابسات الحال، وهو إذ يقوم بذلك عن طريق إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة ومعلومة سلفا للمتعاقدين كمحل إبرام العقد أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من طبيعة العقد الذاتية ومن أهمها ضابط الأداء المميز للعقد[2].

وعليه سنحاول التعرض إلى الضوابط العامة التي من المفروض أن تتوفر في كثير من عقود التجارة الدولية إن لم نقل جميعها، نظرا للخصوصية الأساسية التي تتمتع بها كونها عبارة عن إسناد جامد يكون محدد وغير قابل للتغيير بعد إبرام العقد التجاري الدولي، بالإضافة إلى ظهور فكرة الأداء المميز التي إتخذت كضابط إسناد قوامه أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، والذي يجعل من الرابطة العقدية في حد ذاتها محل اعتبار أساسي[3].

أولا– الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالعقد:

استقر فقه القانون الدولي الخاص منذ القديم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، على اعتماد ضوابط

[1] - Vincent Heuzé , op . cit , p251.

[2]– هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 548.

[3]– عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، المرجع السابق ، ص 63.

ثابتة مرتبطة بإرادة الأفراد بوصفها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك.

ونجد أن أغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الاتجاه وأعطت موقفا حاسما ومحددا لهذه الحالة، ومن بينها التشريع الجزائري الذي منح للقاضي الحق في تطبيق ضابطين للإسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري وهما:

- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.
- قانون مكان إبرام العقد.

ويستفاد من هذا النص أنه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية، حيث أتى بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتها الضمنية، وهو نفس التوجه الذي أخذ به القانون الإتفاقي مثلما تنص على ذلك صراحة اتفاقية روما لسنة 1980م[1]، التي دخلت حيز التنفيذ في أفريل 1990م والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[2].

كما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع هو الذي تولى عملية الإسناد والضوابط المذكورة بترتيب ورودها الذي يعد ذا قيمة في معاملات التجارة الدولية، خاصة وأنها ضوابط إسناد احتياطية أوردها المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، حتى وإن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها[3].

إن الخاصية التي تميز هذا الاتجاه تحدد بالعلم المسبق للقانون الذي يحكم العقد في حالة غياب اختياره من قبل المتعاقدين، وبهذه المثابة يتحقق لهم الأمان المنشود ويصون توقعاتهم المشروعة من ناحية، ويكفل للتجارة الدولية الإستقرار من ناحية أخرى[4].

---

[1]– تعتد إتفاقية روما كما في الاجتهادات القضائية السابقة لدخولها حيز التنفيذ من جهة بالشروط والبراهين التي تعكس إرادة الأطراف، ومن جهة أخرى بأدوات مادية تسمح بتحديد معيار خطورة العملية التعاقدية، أو بالأحرى درجة الارتباط فيها...ينظر:

- Pierre Mayer et Vincent Heuzé , Op.cit , p485.

[2]– فتيحة يوسف ،المرجع السابق ، ص 87.

[3]– زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ، ص 244.

[4]– هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 549.

غير أن تحديد الضوابط الاحتياطية المذكورة آنفا بشكل مسبق، قد يترتب عنه أن تأتي هذه الضوابط غير متطابقة مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد، بالنظر إلى المآخذ المتعددة التي طرحت بشأن هذا الإسناد الجامد، ومن أهمها تجاهله للطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية.

وعليه سنتناول هذه الضوابط في النقاط الثلاث التالية:

1- إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

يدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط.

لذلك فضل المشرع الجزائري تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة وقبل قانون محل إبرام العقد، رغم أهمية ووزن هذين الأخيرين[1].

والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله.

2- إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

اختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك[2]؛ فإسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، ومن الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، وما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية إلا دليل على ذلك[3].

3- إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد:

[1]- راجع المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

[2]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 333.

[3]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص75.

تستعين العديد من التشريعات بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد في حال انتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المعاقدة، وقد قيل في تأييد هذا الإسناد الجامد بأنه:

- إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد.
- يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل.
- يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد.
- يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

لكن رغم المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل في شأنه:

- أن إبرام العقد بناءا على ظروف عارضة لا يكفي لاعتماد هذا الضابط في تحديد قانون العقد.
- أنه يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف.
- أن اختلاف النظم حول تحديد المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، قد يؤثر على تحديد قانون العقد[1].

ثانيا– إعتماد الإسناد المرن للرابطة العقدية الدولية:

يلجأ إلى هذا الحل في الحالة التي لم يختر فيها المتعاقدان القانون المختص، ولم يحدد فيها المشرع ضوابط جامدة، فيعمد القضاء إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية، وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة " محل الأداء المميز ".

على أنه يبقى للإسناد وفقا لهذا المنهج المرن خاصيته الأصلية،من حيث كونه إسنادا مسبقا لا يختلف من عقد لآخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة، خاصة و أنه يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء، ما يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية ويصون توقعات الأطراف المشروعة[2].

[1]– صالح المنزلاوي ،المرجع السابق ، ص 327.

[2]– هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص563.

وسنتعرض فيما يلي لفكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية التي تعد عماد الإسناد المرن، والتي يقوم عليها في نفس الوقت منهج الأداء المميز للعقد، لنتوقف بعد ذلك عند هذا الأخير لنتبين المقصود بهذا الضابط ومدى صلاحيته للتطبيق على عقود التجارة الدولية.

1- التركيز الموضوعي للرابطة العقدية:

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير سافيني[1]، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي باتيفول[2]، ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، والتي يرجع فيها للقاضي في تعيين القانون المختص بناءا على دور الإرادة في تحديد مقر العقد باعتبارها عنصرا أساسيا في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه[3]، لذلك يرى باتيفول بوجوب التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وأحداثه الخارجية في كل حالة على حدى، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وإنما تركز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد[4]، وبذلك تبقي نظرية باتيفول على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق باعتباره عنصرا مؤثرا لتركيز العلاقة العقدية في مكان معين.

ولتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن اعتماد ثلاثة وسائل على سبيل الاختيار وهي إما:

أ- اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام

---

[1] - خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص126.

[2]- التي أكد فيها أن إرادة المتعاقدين لا تقوى على اختيار قانون العقد، وإنما تقوم فقط بإبداء رغبتها في تركيز الرابطة العقدية في مكان معين، على ضوء طبيعة هذه الرابطة ومعطيات التعاقد وملابساته المادية.

[3]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 241.

[4]- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع نفسه ، ص127.

ب- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف وملابسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين، وهو ما يعرف عند الفقهاء الأنجلو ساكسون بمنهج القانون الخاص للعقد[1].

ج- اعتماد منهج وسط باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية.

ويتم إعمال فكرة تركيز العقد والبحث عن القانون الواجب التطبيق إذا لم تكن الأطراف المتعاقدة قد قررت صراحة أو ضمنا إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون معين[2]، لما لهذا التركيز من أهمية في توحيد الحلول وضرورة توافر صلة بين القانون المصرح باختياره والعقد أو المتعاقدين، غير أن باتيفول عدل فيما بعد عن إسناده المنكر لإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مسلما بصحة الاختيار الصريح في حدود معينة، حتى و إن لم يأت معبرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، وهو ما جعل القضاء الحديث يقصر إعمال نظرية التركيز الموضوعي على الفرض الذي تسكت فيه الإرادة عن اختيار هذا القانون، وهذا هو موقف القضاء الإنجليزي الحديث[3]، إذ تبعه في ذلك جانب من الفقه الأمريكي عند إسناد الروابط العقدية الدولية لما أسماه بالقانون الخاص بالعقد[4]، مع ملاحظة أن إعماله لهذه الأفكار ينحصر في الحالات التي تسكت فيها إرادة المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد.

1- أ- النتائج المترتبة على فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية:

يترتب من جراء إعمال فكرة تركيز العقد النتائج التالية:

- استبعاد نظرية العقد المتجرد من كل قانون، فعملية التركيز تؤدي حتما إلى ربط العقد التجاري الدولي بقانون دولة ما.

---

[1]- محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 46.

[2] -H-Batiffol et P-Lagarde ,OP . Cit ,P 268.

[3]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 570.

[4]- حيث اعتدت المحاكم الأمريكية بقانون الدولة التي ترتبط بالعقد بصلة يمكن وصفها بأنها الأكثر تعبيرا عن الرابطة العقدية في خصوص المسألة محل النزاع، كما أن القضاء الأمريكي يعتد أيضا بقوانين الدول المرتبطة بالنزاع في ضوء الأهداف والمصالح التي تسعى القواعد المادية في هذه القوانين إلى إدراكها...ينظر : هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 572.

– وجوب توافر صلة بين العقد والقانون المختار، لأن للقاضي دورا واسعا في تحديد هذا الأخير ما دام الأمر يتعلق بالوقائع وليس القانون، فإن انعدمت هذه الصلة كان من حق القاضي إحلال القانون المرتبط بالعقد الذي يراه مناسبا، ففكرة التركيز الموضوعي تعد تطبيقا نموذجيا لهذا الأساس الجوهري في إسناد العلاقات التعاقدية، وهو الإسناد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، ويكون الهدف النهائي لعملية التركيز الموضوعي هو إسناد هذه الرابطة لقانون المكان الذي يمثل مركز الثقل فيها أي القانون الأكثر صلة بها[1].

– إن فكرة تركيز العقد تحتم على أطراف العقد مراعاة كل الأحكام الواردة بالقانون الذي يحكم عقدهما، سواء المطبقة منها أثناء إبرام العقد أو اللاحقة، لأن الأطراف المتعاقدة تصبح ملزمة باحترام كل الآثار المترتبة عن هذا القانون[2].

– استبعاد فكرة تجزئة العقد، إذ أن العقد يصبح بكامله خاضعا لقانون واحد.

– تسمح نظرية التركيز الموضوعي بالإبقاء على دور إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولكن مع الرفض القاطع لفكرة اندماج هذا القانون في العقد وإنزاله منزلة الشروط العقدية[3].

1– ب– تقييم فكرة التركيز الموضوعي للعقد:

رغم النتائج التي حققتها هذه الفكرة وخاصة معرفة الأطراف بالقانون الواجب التطبيق مسبقا وما يحققه لهم من أمان قانوني، إلا أنها لم تسلم مع ذلك من سهام النقد التي تركزت حول:

– أن فكرة تركيز العقد تتجاهل الدور الأساسي للطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق، ما يؤدي إلى إنكار كل تدخل للإرادة في هذا الإطار.

– السماح للقاضي بالتدخل وفرض إرادته عن طريق سلطته في تعديل اختيار الأطراف، بدعوى أن هذا القانون المختار لا يرتبط بالعقد، ما من شأنه المساس بمبدأ دقة الأحكام والحيلولة دون استقرار الأوضاع القانونية[4].

---

[1]– هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 513.

[2]– حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 94.

[3] – خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص126.

[4]– حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن ، المرجع السابق ، ص 93 وما بعدها.وأنظر: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، ص 116 وما بعدها.

– خطورة هذا التوجه بتجاهله للطبيعة الخاصة لكل عقد حين يضع قاعدة إسناد عامة، وكثيرا ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية، الأمر الذي يبدوا بعيدا عن المألوف في إطار المنهج العام القائم على قواعد التنازع، ما يؤدي إلى ربط قاعدة التنازع بمركز الثقل في العلاقة العقدية بالرغم من عنصري اليقين والمعرفة المسبقة التي يوفرهما هذا الضابط[1].

– عدم اهتمامها بوضع قواعد تنازع تلائم عقود التجارة الدولية، ما أدى إلى البحث عن وسائل كفيلة بمنع الأطراف من ارتكاب غش نحو القانون، والتي كانت في غالبيتها معايير شكلية[2].

لكن رغم ما قيل بشأن فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية إلا أن ذلك لم ينل منها، بدليل اعتمادها من طرف القضاء في مختلف الأنظمة القانونية بالإضافة إلى تأييدها من طرف الفقه الدولي المعاصر.

2– فكرة الأداء المميز في عقود التجارة الدولية[3] :

يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه، وتماشيا مع ذلك عرف الأستاذ Jean-Baptiste الأداء المميز للعقد بأنه " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى " وعرفه الأستاذ Van Overstraeten بأنه " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا " ففكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية[4].

إن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحت لا دور فيه للإرادة على الإطلاق، ولا حتى بوصفها عنصرا من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مشيدة بذلك التركيز بناءا على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الاعتبار، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، وهذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية بينما لا يكون الأداء الآخر إلا مقابل نقدي، فإنه يبدوا

[1]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 59.

[2]– حبار محمد، ، المرجع نفسه ، ص 99.

[3]– ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن 20م، وكان أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء المميز أو الجوهري هو قاضي المحكمة الفيدرالية السويسرية STAUFFER في دورة القانونيين السويسريين عام 1941م، والذي طالب بأن تأخذ المحكمة بقاعدة الإسناد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد. ينظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص 155.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق ، ص336.

عادلا ومقبولا ومتوافقا مع احترام توقعات الأطراف إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد، وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية الأداء المميز أمرا ميسورا، بوصفها الوسيلة التي بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين اتصالا بالعقد، نظرا لبساطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف[1].

وهنا تفترق فكرة الأداء المميز مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، فتعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لنظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة، وبالتالي يهمل الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، بخلاف فكرة الأداء المميز الذي يترك فيه تحديد قانون العقد إلى القاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة على حدة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، كما يتحدد أيضا على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وبالتالي لا يكون للأطراف أي دخل في تعيين هذا القانون.

وقد ذهب جانب من الفقه في سبيل تأييده لهذا الضابط إلى أن الإستناد إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد، فالغالب عملا أن الإلتزام بالأداء المميز يكون إلتزاما واحدا، وهو ما يمنع من تجزئة العقد وإخضاع الإلتزامات الناشئة عنه لقوانين عديدة ذات حلول متعارضة، كما يسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود الأخرى[2]، وبالتالي يكون معبرا عن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية في الرابطة العقدية كأداء البائع في عقد البيع، وأداء الناقل في عقد النقل و...الخ، كما يتميز بالوضوح والبساطة في الغالب الأعم من الحالات من حيث الكشف عن القانون الواجب التطبيق[3]، فنظرية الأداء المميز توفر للمتعاقدين الأمان القانوني دون أن تفقد المرونة المتطلبة في الإسناد، والتي تسمح بإيجاد القانون الملائم لكل نوع من أنواع العقود، فمن خلالها يختلف القانون الواجب التطبيق حسب طبيعة العقد المتنازع فيه.

و على هذا النحو تعد نظرية أو ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، كما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها إتفاقية لاهاي لسنة 1955م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثالثة، والتي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي، على أساس أن أداء البائع

[1]- عكاشة محمد عبد العال،قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص 62.

[2]خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص154.

[3]- صالح المنزلاوي ،المرجع السابق، ص 339.

هو الأداء المميز في العقد، كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980م كذلك هذا الضابط في مادتها الرابعة[1].

و تبنت هذه النظرية كذلك العديد من القوانين الحديثة كالقانون السويسري لسنة 1987[2] والقانون النمساوي (المادة 38،39،40 من قانون 1978م) وقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 م(المادة 136 فقرة ب..)، كذلك نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998م التي تقضي بأن "يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وما لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية "، والمقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز .

كما وجدت نظرية الأداء المميز تطبيقا لها في العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال: قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966م الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد[3].

وفي فرنسا تبنت محكمة استئناف Grenoble ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1995م وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة 04 فقرة 02 من إتفاقية روما لعام 1980م والتي تطبق في

[1]- " عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا.وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد...."

[2]- أكدت المادة117 على دور الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف في العقد بنصها في الفقرة الأولى على أن العقد يكون محكوما في هذه الحالة بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقا ....وأوضحت في فقرتها الثانية أن هذه الروابط تتوافر مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بالأداء المميز أو إذا كان العقد مبرما في إطار ممارسة أنشطة مهنية أو تجارية لهذا الطرف فتكون هذه الدولة هي التي توجد بها مقر مؤسسته...ينظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص 157.

[3]- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص155.

حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعا هنا للنصوص العامة في إتفاقية روما[1].

ولكن رغم أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتمادها في القانون المقارن، خاصة بعدما حققته للإسناد في مجال عقود التجارة الدولية من مرونة بوصفها معيارا منضبطا وواضحا للإسناد، قائم على فكرة الصلة الأقرب إلى الرابطة العقدية – وهو معيار محل إقامة المدين بالأداء المميز _ مستبعدة بذلك أي خلاف حول طبيعة القاعدة، فهي تعد بلا خلاف من قواعد التنازع المزدوجة أسوة بغيرها من قواعد الإسناد التقليدية[2]، إلا أنه رغم ذلك لم يستقر الرأي بشأن صلاحية هذا المعيار على كافة عقود التجارة الدولية، على الرغم من أنه من حيث المبدأ فلا أحد ينكر أهميتها، خاصة في الفرض الذي يكون فيه الطرف الملزم بالأداء قد أبرم عقده داخل إطار نشاطه المهني الذي يحترفه، وبالتالي من المناسب أن يتوحد القانون الواجب التطبيق في شأن مجموع عملياته التجارية.

ويمكن حصر أهم الانتقادات التي أخذت على نظرية الأداء المميز في النقاط التالية:

– صعوبة تحديد الإلتزام الذي يشكل الأداء المميز وترجيحه عن غيره ما دام العقد يتضمن إلتزامات متقابلة ومتعددة.

– صعوبة تحديد الأداء المميز في العقود المركبة، فإذا كان استخدام هذا الضابط يعد أحد المبررات الأساسية التي تؤدي إلى المحافظة على الأمان القانوني وحماية توقعات الأطراف، فإنه في نفس الوقت قد يؤدي إلى نتائج تناقض ذلك تماما، وذلك راجع كما أسلفنا إلى الطبيعة المركبة التي تتسم بها بعض العقود[3]، والتي تجعل من الصعوبة بما كان تعيين الأداءات المميزة لها، كعقد المقايضة مثلا الذي يتم بموجبه تبادل حق الملكية، أو العقد الذي يبرم بين الفندق والنزيل والذي يعد بدوره عقدا مختلطا، فهو عقد إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة لتناول الأطعمة وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة، ومن هنا يصعب تحديد الأداء المميز في هذه الحالة.

[1]– خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع نفسه ، ص 156.

[2]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 606.

[3]– خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص162.

– في الاعتماد على ضابط الأداء المميز إضرار بالطرف الضعيف في العقد، لا سيما عقود الاستهلاك[1] حيث تكون النتيجة هي إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين بالأداء المميز، مما يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة.

وبناءا على ما تقدم يتضح أنه يجب أن يكون في أغلب الحالات إن لم نقل دائما، اختيار القانون الذي سيحكم العقد صريحا حتى نتجنب الصعوبات التي يثيرها تطبيق منهج التنازع عند إعماله في منازعات عقود التجارة الدولية.

المطلب الثاني: قواعد التنازع ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل التنازع في عقود التجارة الدولية.

لا جدال في أن قواعد التنازع قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي ردحاً من الزمن، واستمر العمل بها ولا زال في معظم دول العالم، ومن ثم يُعد هذا المنهج عالميا في ذيوعه وانتشاره .

غير أن ظهور الدول بالمفهوم المعاصر ترتب عليه تطور في المذاهب الاقتصادية والسياسية، وانعكس ذلك داخلياً ودولياً حين أدركت الدول أنها لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن غيرها، فنشطت حركة التجارة الدولية والمبادلات الاقتصادية، وكان على الدول أن تتخذ الأدوات القانونية الكفيلة بتدعيم هذا النشاط، كوضع القواعد التي تتلائم مع علاقات التجارة الدولية وتحريرها من قيود الحياة الداخلية[2].

وأمام هذا التطور لم يعد منهج قاعدة التنازع قادرا على استيعاب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي، والذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية بغرض تحرير التجارة العالمية، فكان لا بد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص باعتبار يكرس التجارة الدولية والإستثمار الأجنبي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام[3]،

[1] – زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 245.

[2] - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 623

[2] – بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف ،الجزائر، 2007 ،

فصار من المألوف بين الفقهاء القول بأن قاعدة التنازع ليست إلا منهجاً من بين مناهج متعددة، أو هي طريقة من بين أخريات تحاول زحزحة هذه القاعدة عن عرشها وتكشف أسباب عدم ملاءمتها وتُظهر مثالبها على نحو جعلها في أزمة حقيقية .

وبناءاً عليه يبدوا ضرورياً التطرق للأسباب التي أدت إلى أفول نجم قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الدولية بعدما كانت لها الصدارة في ذي قبل، وبعدما ثبت أن التاريخ الطويل لهذه القواعد لا يعني أبداً الالتصاق بها والوقوف عندها، فطبيعة الأشياء تقول بأن النظم القانونية تتطور وتتفاعل وتستفيد من الثغرات والخبرات، وبالتالي فإن انتهاج مناهج أخرى متجددة لهو أمر يتفق مع بديهيات التطور ومنطق الحياة .

الفرع الأول: أزمة قاعدة التنازع

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة وفي منازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، إذ تعد مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبياً، حيث لم يلفت النظر إليها إلا منذ فترة ليست بالبعيدة، إذ لم تكن قبل ذلك منازعة في هيمنة قاعدة التنازع في تحقيق حلول للمشاكل التي تثيرها هذه العقود .

وفي الآونة الأخيرة غدا دور قواعد التنازع محل جدل، وتشكك البعض في أفول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي اكتسبته عبر السنين، فأصبح يُنظر إليها على أنها الدواء المر إذ لا يتم اللجوء إلى هذه القواعد كحل مناسب، وإنما كحل ضروري للمشاكل والنزاعات الخاصة الناشئة عبر الدول[1] خاصة عندما تتعامل مع مفردات التجارة الدولية، فكثيراً ما تسيء فهمها وتقودها إلى حلول غريبة ليست الأفضل للأطراف، وهو ما أدى إلى عزوف المتعاملين في مجال التجارة الدولية عن اللجوء إلى قضائهم الطبيعي _ الذي سيكون مضطرا لتطبيق قواعد التنازع التقليدية_ والنجاة بمصالحهم إلى طريق التحكيم .

ع 05، ص 56 .

[1]- إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 370

لقد أصبح منهج قاعدة التنازع محل استهدافات من قبل بعض الفقه، ما لبثت أن تحولت إلى هجمات جماعية لمجموعات من الفقهاء، هذه الأخيرة لم تتردد في أن تكتب عما أسمته "بأزمة تنازع القوانين" أو "أزمة قاعدة التنازع" مثل الفقيه الألماني kegel والفقيه Neuhans وتبعهم في ذلك الفقيه الألماني Francescakis مدعما بالفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجار [1] ، مستهدفين من وراء ذلك حرمان قاعدة التنازع من صدارتها ووضعها في ذات مرتبة المناهج الأخرى التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية .

ومما لا شك فيه أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة الدولية وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، وإبرام الاتفاقيات الخاصة والإتفاق فيها صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المزمع وقوعه دون المرور بقواعد التنازع، قد أفقد هذه الأخيرة دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة .

ومن أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد التنازع هي مجموعة الانتقادات الموجهة إليها، والتي سنحاول التطرق إلى أهمها في النقاط التالية :

أولا– العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع :

تتميز قاعدة التنازع بمجموعة من الخصائص من بينها التجريد والحيادية، هذه الأخيرة تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة لعدم تصور ــ من حيث المبدأ ــ استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمضمون أحكامه، فعندما يصل إلى مرحلة إعمال القانون المختار فإنه يتبين المضمون الموضوعي لأحكامه، إلا أنه لا يستطيع أن يهجره إذا تبين عدم ملائمتة للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة التنازع التي توجب احترامه وتطبيقه، فلقد أثبت استخدام هذا المنهج في كثير من الأنظمة القانونية والقضائية

[1] –أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 10

أن قواعده ليست سهلة الاستخدام [1]، بل يكشف مسألة فنية أخرى تتمثل في أنه يجسد حلولا داخلية لمسائل دولية بدليل وضعه أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، فالأمر يتعلق هنا بنوع من إنعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع قد أضحى زائفاً وأعمى، بل كذلك تحكيماً بين يدي القاضي[2]، ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية إن صح القول، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع، أيا كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال، وأيا كان جوهره ومضمون أحكامه.

ثانيا– إتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض والتعقيد

يعد الفقيه prosset من أكثر الفقهاء تشددا في إظهار هذا النقد حيث يشبهه بأنه " مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم "[3]، وعلية أصبح ينظر إلى هذا المنهج على أنه يتسم بالشدة والتعقيد، إذ يقوم على نظريات فقهية مبهمة كنظرية المسألة الأولية ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد[4]، فطريقته ليست واضحة ومتيقنة بشكل واضح لأن الطرف العادي لا يستطيع أن يتوقع حلا واضحاً باستخدامها، فهو يبحث دائما عن بيئة آمنة وموثوق بها تمكنه من ممارسه صفقاته بأمان[5].

كذلك يعيب البعض الأخر على هذا المنهج إمكانية تحريفه مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون[6].

ثالثا– عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص624.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه،ص625 .

[3]– بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 56

[4]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ،ص 80

[5] – Yvon loussouarn et Pierre Bourel , Droit international privé , 6 éme éd , Dalloz , 1999,p50.

[6]– بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 57

تعتبر قواعد التنازع قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، وبمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلا مباشراً للمسألة محل النزاع، وهذا لاعتمادها على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إليه.

وقد تأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة _ خاصة في الدول التي تتخذ فيها قاعدة التنازع من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع، ما يقودها إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول _ ،مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة [1]، لأنة عادة ما يتم تطبيق وتفعيل قواعد التنازع فقط بمعرفة المحاكم، ولذلك فهذه القواعد لا تساعد أبداً على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في نزاع ما، ذلك أنه غالباً ما يرغب التجار والشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعاً للمفاجئات الغير مستحبة، مع أن قواعد التنازع لا تساهم في خلق هذه البيئة المتطلبة [2]، وبحكم سرعة الإيقاع في عقود التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب نوعاً من الأمن القانوني لتأثرها أكثر من غيرها من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكلها، خاصة في الفرض الذي يلجأ فيه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة .

بالإضافة إلى هذه الانتقادات الأساسية، أعاب جانب من الفقه على قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، والتي يفترض أن تستجيب للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقتهم الدولية، وهذا ما يدل على افتقادها لملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه بالطبائع والتفاصيل المختلفة التي تميز هذا النوع من العلاقات[3] .

تلك بإيجاز أهم الانتقادات التي وجهت لمنهج قاعدة التنازع، والتي يتضح أنها نسبية لا تتمتع بقيمة مطلقة وتنطبق في أغلبها على قناة واحدة هي التجارة الدولية، متجاهلة بذلك الدور

[1] –أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق، ص 13

[2] – إيهاب السنباطي، المرجع السابق ، ص371

[3] – إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص373

الاجتماعي لقاعدة التنازع ومعطيات مشاكلها وظروفها التاريخية[1]، ومع ذلك فإن هذه الانتقادات لا تخلوا من فائدة، حيث أظهرت أنه في الحدود التي يفرط فيها هذا المنهج في دوليته أو يفتقدها فإنه يجدر التخلي عن قاعدة التنازع عند عدم ملائمتها للنزاع المطروح على القاضي .

أما فيما يتعلق بالنقد الموجه إلى منهج قاعدة التنازع على أنه منهج معقد وهذا لصعوبة تفهم قواعده، فقد رد عليه بأنه يشكوا نوعاً من المبالغة وما الاجتهادات القضائية الكثيرة الأخيرة إلا خير دليل على بساطة هذا المنهج، مثلما اعتمده المشرع الفرنسي في إيجاد الحلول لكثير من المنازعات الدولية الخاصة التي ثارت أمامه، والتي تعتبر بمثابة حجر الأساس لوضع الكثير من القواعد القانونية التي تحكم التنازع .

وفيما يخص النقد المنصب على عدم دقة هذا المنهج، فإن مجاله يتحدد بالتجارة الدولية فحسب، ذلك أن هذا النوع من النشاط يحتاج إلى قواعد دقيقة تتلائم مع خصائص التجارة الدولية [2] ، ليذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك حين أقر بأن عدم مراعاة منهج التنازع للطبيعة الخاصة للعلاقات الدولية يعتبر من قبيل الانتقادات الصائبة، معللاً ذلك بأن إخضاع أي علاقة تجارية دولية لقانون دولة واحدة فيه إهدار للطبيعة الخاصة لهذه العلاقة.

وإذا كان خضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين – بإعتباره الأصل- وفقا لما تشير إليه قواعد التنازع قد تعرض إلى انتقادات لاذعة استهدفت النيل من هذه القواعد، بالنظر لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، فهذا هو ما دعى بعض الشراح[3]إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والإحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى.

وقد وجدت نقطة التوازن تلك ضالتها في قواعد داخلية لا تحتاج في تطبيقها لمنهج التنازع، رغم أنها لم توضع خصيصا لتنظيم الروابط العقدية الدولية، كل ما في الأمر أن صفتها الآمرة قد بلغت حدا

[1]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 81

[2]- حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص 74

[3]- من بينهم الفقيه مانشيني الذي أسند العقد للقانون الشخصي للمتعاقدين مع تخويل هؤلاء اختيار قانون آخر ليسري خارج إطار المسائل التي تصدى القانون الشخصي بتنظيمها تنظيما آمرا...ينظر:هشام علي صادق، المرجع السابق، ص761.

يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكمها بشكل مباشر، وهذا بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات وما إذا كانت ذات طابع داخلي أم ذات طابع دولي. وسيرا في هذا الإتجاه ظهرت صورة أخرى تخضع بموجبها عقود التجارة الدولية إلى سلطان القانون سميت " بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس".

الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري Régles d'application nécessaire

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 الضروري لتتعايش مع قواعد التنازع وتنافسها، بل ولعلها المنافس الوحيد لهذه القواعد وفقا لما يراه بعض الشراح[1].

وقد تعددت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، وإن انحصرت في تعبيرات قوانين البوليس والأمن ، والقواعد ذات التطبيق المباشر أو ذات التطبيق الضروري وقواعد تأمين المجتمع[2]، إلا أن تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري تعد الأكثر شيوعا كونها تعبر عن أهمية هذه القواعد وحتمية تطبيقها على العلاقات الداخلية والعلاقات ذات الطابع الدولي أيضا.

ونقطة البداية في نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري هي أن القانون الدولي الخاص يحوي عدة أنواع من القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري " التي تتصدى لتوفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تقع تحت طائلتها، بغض النظر عن الطابع الدولي الذي تتسم به تلك المسائل ودون حاجة إلى هذا الحل الموضوعي للمرور بقواعد الإسناد"[3]، ويذهب الفقه الراجح إلى تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها " القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار

[1]- هشام علي صادق، المرجع نفسه ، ص771

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص237.

[3]- هشام خالد ، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط01 ، 2003 ، ص243.

ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[1]

وبذلك يتضح أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال انطباقها ومن غير حاجة إلى إذن من قواعد التنازع، إذ ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على تحليل للقواعد الموضوعية الوطنية، وبيان ما يعد منها ضروري و مالا يعد كذلك، وهي على هذا النحو تلتقي مع منهجية مدرسة الأحوال التي كانت تجري على تقسيم القوانين بحسب مجال تطبيق كل طائفة منها[2].

هذا وقد بدت الحاجة إلى القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس، حين استشعرت مختلف النظم القانونية أهمية بعض المسائل ذات المساس بكيان الدولة الاجتماعي والاقتصادي، فرأت إخضاعها لقانون القاضي مستبعدة في شأنها تطبيق قانون آخر، خاصة بعد اجتياح الدولة للمجالات المتعددة والرحبة للقانون الخاص ومن أبرزها وأهمها مجال العقود، وهذا عن طريق سنها للعديد من القوانين المنظمة للحياة الاقتصادية مثل قوانين الرقابة على النقد و القوانين الخاصة بالائتمان والصرف و البنوك و القوانين الخاصة بحماية المستهلك...الخ، فظهرت تبعا لذلك أفكار جديدة كفكرة القانون الاقتصادي وفكرة العقد المفروض وفكرة العقد الموجه...الخ؛ هذا التدخل التشريعي أفضى إلى إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة لقانون القاضي، سواء كانت هذه المسائل ذات طبيعة وطنية أم تضمنت عنصرا أجنبيا[3].

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري أبرزت بوضوح أن نطاق تطبيق بعض القواعد القانونية لا يمكن أن يتحدد بطريقة مزدوجة الجانب من خلال منهجية التنازع التقليدية، التي تطرح في وقت واحد إمكانية تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق قانون أجنبي، ومرد ذلك أن طوائف الإسناد التقليدية لا يمكنها أن تستوعب بعض النظم القانونية الحديثة التي لا يسري

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع نفسه ، ص239.

[2]- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ،ص534.

[3]- محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص167.

بشأنها إلا قانون القاضي الوطني، فكان من تبعات ذلك أن تقلص دور الإرادة الفردية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة، وبدأنا نلحظ مظاهر تدخل الدولة ممثلة في فكرة النظام العام الإقتصادي[1].

ولعل إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بصورة مستقلة عن قواعد التنازع المزدوجة على هذا النحو، هو ما يقتضي منا إيضاح الفارق بين منهج القواعد الأخيرة وبين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في التصدي لمشكلة تنازع القوانين ، والذي يتركز سواء في طريقة كل منهما في تصديه لمشكلة التنازع، أو من حيث مدى اعتداده بالعنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة، أو من حيث إعمال فكرة الاختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع، أو في الهدف الذي يسعى إليه كل منهما وذلك وفق التفصيل التالي:

أولا- من حيث إعمال فكرة الإختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم العقد:

يعتمد منهج قاعدة التنازع على اختيار أنسب القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، بحيث يمكن للقاضي بمقتضى معايير الإسناد المتداولة ربط العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي بأحد هذه القوانين باعتباره الأقرب صلة لتلك العلاقة، وهو ما يقوده إلى نوع من الإعتدال في معاملته للقانون الأجنبي[2]، ويرتبط بمفهوم هذا الاختيار أن قاعدة التنازع هي بحسب المبدأ قاعدة مزدوجة، يمكن أن تشير بحسب الأحوال ودون تحكم بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فلا تثار معه مسألة الاختيار هذه أمام القاضي، حيث أن إعمال هذه القواعد في قانون القاضي يتم بصورة مستقلة عن قواعد التنازع[3]، لأن هذا الأخير لا ينظر إلى القانون الأجنبي مع وجود تلك القواعد التي تصدر لمواجهة مقتضيات آمرة، بحيث يكون من الملائم تطبيقها متى ثبت ارتباطها بالعلاقة ولو كان هذا الإرتباط لا يتسم بالقوة[4]، وبذلك يتضح أن"منهجية التنازع ترتكز- من بين ما ترتكز عليه – فوق نقطة محورية قوامها الاختيار، بينما في منهجية القواعد ضرورية التطبيق تختفي عملية الاختيار تلك، ومن هذا المنظور يكون لهذه

[1]- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص535.

[2]- أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص61

[3]- يعد الفقيه francescakis من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري بصفة مستقلة عن منهج التنازع.

[4]- أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص61

القواعد الأخيرة أولوية – عند التطبيق– على قاعدة الإسناد بخصوص المسألة محل البحث"[1].

ثانيا– من حيث الإعتداد بالعنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة:

يركز منهج قاعدة التنازع على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع، بحيث يعتبر هذا العنصر نقطة الانطلاق في اختيار القانون الأنسب لحكم تلك العلاقة، وهو إذ يقوم بذلك عن طريق تحليل العلاقة أو المسألة القانونية المطروحة والتي تكون على إتصال بأكثر من نظام قانوني، ما يفضي إلى تركيزها في إقليم دولة معينة ليتم في الأخير إسنادها إلى قانون هذه الدولة باعتباره الأكثر ملائمة لحكمها[2].

أما بخصوص منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فهو لا يهتم بالعنصر الأجنبي أو بالطبيعة الدولية للعلاقة المطروحة، إذ يعتمد أصلا على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني، بهدف تثبيت الإختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض، وذلك لتحقيق الحماية القانونية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي.

أو بعبارة أخرى فإن منهج التنازع يبدأ من المسألة أو الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملائم لحكمها، بينما ينطلق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري من البحث في القواعد القانونية ابتداءا للبحث عن العلاقة التي تختص بها وتنطبق عليها[3].

ثالثا– من حيث الهدف الذي تسعى إليه:

منهج قاعدة التنازع هو منهج مجرد، حيث أنه لا يهتم بالمضمون الموضوعي للحل النهائي للنزاع، فهو– بحق– يقوم بما أطلق عليه الفقه الألماني بقفزة في الظلام[4]، وذلك لأنه يفترض أن العلاقة

---

[1]– ومن الجدير ذكره أن الأولوية التي تشغلها القواعد ذات التطبيق الضروري في مواجهة منهجية تنازع القوانين هي أولوية مطلقة لا تتعطل ولو بحكم واجب التطبيق بمقتضى اتفاقية دولية، وهذا الحل هو عين ما كرسته إتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، حين قررت في المادة 02/07 منها أن " أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد" . ينظر: محمد عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص542 . وينظركذلك: محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص174 .

[2]– محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص173

[3]– عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص539. وينظر: أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص61

[4]– محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص175

القانونية المطروحة على إتصال بأكثر من نظام قانوني، ويقتصر دور قاعدة التنازع على مجرد تعيين القانون الواجب التطبيق دون بيان الحل الموضوعي الذي يتضمنه هذا القانون ، هذا بالإضافة إلى أن قواعد التنازع تهدف إلى تحقيق صالح المعاملات الخاصة الدولية، وذلك بإفساح المشرع الوطني المجال لتطبيق القوانين الأجنبية في إقليمه عندما يرى بأنها الأنسب لحكم النزاع وأكثرها صلة به.

أما منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري فإنها لا تلتفت بتاتا إلى الصفة الدولية للمسألة محل التنازع، بدليل أن المشرع وهو بصدد تحديده لهذه القواعد لا يفرق بين مسألة ذات طبيعة دولية وأخرى داخلية أو وطنية، كما أن هذه القواعد تهدف إلى تحقيق الصالح الوطني عن طريق بلوغ أقصى حد من الحماية اللازمة للتنظيم الوطني في جوانبه السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

هذا التباين بين المنهجين في أهمية العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يؤدي إلى تباين في مسلك القاضي الناظر في المسألة، فكان لا بد إزاء ذلك من وجود صمام أمان ضد مخاطر تطبيق هذا القانون أو ذاك ، والذي وجد ضالته في آلية الدفع بالنظام العام الذي يتسلح به القاضي ليقيه من مخاطر تطبيق القانون الأجنبي عند عمله بمنهجية التنازع، أما عند استخدامه لمنهجية القواعد ذات التطبيق الضروري فلا تطرح الحاجة في الأصل لاستخدام الدفع بالنظام العام لسبب بسيط هو أن هذه القواعد بذاتها تعد من النظام العام[1].

و إذا خلصنا إلى أن منهجية التنازع هي منهجية مزدوجة الجانب ، وبأن منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري تتم بصورة مباشرة بالنظر إلى المضمون المادي لهذه القواعد، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هنا يتعلق بإمكانية تطبيق القاضي الوطني لقوانين البوليس الأجنبية من عدمه؟ خاصة إذا صادفنا مثلا أن قانون القاضي لا يحتوي على قواعد ضرورية التطبيق بصدد العلاقة المطروحة ؟

وللإجابة على هذه الحالة فقد قرر الفقه التقليدي في بداية الأمر أن من المحرمات أن يطبق القاضي الوطني قواعد البوليس الأجنبية، لأنها لا تطبق إلا تطبيقا إقليميا داخل حدود الدولة الشارعة ودون

[1]– لقد تصور بعض أنصار القواعد ذات التطبيق الضروري أن هذه الأخيرة والدفع بالنظام العام يلعبان نفس الدور ووظيفتهما، حيث يحددان مدى تسامح القاضي في مواجهة القوانين الاجنبية...ينظر: محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص175

أن تمتد إلى سواها[1]، إلا أنه عدل في مرحلة لاحقة عن هذا الرأي بعدما تعرض له من قدح، بحجة أنه لا يوجد مانع من تطبيق هذه القواعد متى كانت لازمة للفصل في العلاقة القانونية، لكونها تشكل جزءا من القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها، حيث يلتزم القاضي بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية قصرا على الحالات التي ترغب فيها هذه القواعد في الإنطباق ووفقا لمعايير انطباقها على النحو الذي أراده وحده مشرعها، ووسيلة القاضي في القيام بهذا التحديد هي ما تسمى بفكرة "الإسناد الإجمالي"[2]، والتي برزت بوصفها الطريقة التي يمكن بواسطتها تطبيق أحكام القانون الأجنبي المشار إليه في جملته، ذلك أنه حينما تشير قاعدة التنازع إلى القانون الأجنبي إنما تحدد النظام القانوني بأكمله، ودون أن تقتصر على بيان القواعد المتعلقة بالقانون الخاص أو تلك المعتبرة من القانون العام أو من قبيل قواعد البوليس.

ولهذا فإنه رغم خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الدولة الذي اختارته إرادة المتعاقدين بمقتضى منهج التنازع، فقد أكد الفقه الحديث مع ذلك على ضرورة إخضاع هذه العقود في نفس الوقت للقواعد الآمرة التي تضعها دولة أخرى تنفيذا لسياستها في التوجيه الاقتصادي، وهذه القواعد الآمرة التي يطلق عليها اسم القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس هي قواعد داخلية يؤدي طابعها الآمر إلى إعمالها على المسائل التي تدخل في إطار سريانها المكاني، ولو كانت العلاقة المطروحة تتسم بالطابع الدولي، وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق في شأنها بمقتضى منهجية تنازع القوانين[3].

من خلال ما تقدم يتأكد بأن القواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها قواعد قانونية ذات طابع داخلي قد تنتمي إلى قانون القاضي أو قانون أجنبي، ويمكن للقاضي أن يكشف من خلال تحليله

---

[1]- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص546.

[2]- يقصد بفكرة الإسناد الإجمالي أنه" متى كانت القواعد القانونية الواردة في قانون أجنبي واجبة للفصل في المسألة المطروحة على القاضي، فإنه يكون لازما آنذاك معاملتها من حيث تعيينها والكشف عنها معاملة القوانين العادية التي يتم تحديدها بمقتضى منهجية قواعد التنازع ، فإن أفضت منهجية التنازع التقليدية إلى تطبيق قانون أجنبي ، فإنها تقوم بعملية إسناد إجمالي إلى القانون الملائم لحكم المنازعة من وجهة نظر المشرع الوطني، والقول بغير ذلك يعني ببساطة تشويها للقانون الأجنبي وتطبيقه بصورة مجزأة تخرج به عما أراده مشرعه من وظيفة، الأمر الذي يمس في نهاية المطاف سيادة الدولة الأجنبية ذاتها"...ينظر: عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص549.

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

لمضمونها وكذلك الهدف الذي تسعى إلى إدراكه، عن مدى إرادة مشرعها في تطبيقها على النزاع المطروح .

وبالتالي يفضي تحليل القاضي لهذه القواعد إلى الكشف عن نطاق سريانها كما حدده مشرعها، وهو ما قد يؤدي إلى تطبيقها على العلاقة الدولية محل النزاع تطبيقا مباشرا ودون الحاجة إلى منهج قواعد التنازع، والاستغناء عن قواعد التنازع عند إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري هو الذي دفع البعض إلى وصف هذه الأخيرة بأنها قواعد مضادة للتنازع[1].

الفرع الثالث: البحث عن قانون يحكم منازعات عقود التجارة الدولية خارج إطار القواعد الوطنية.

بداية من منتصف القرن العشرين بدأ يظهر إتجاه ينادي بوجوب الابتعاد عن قواعد التنازع كمنهج لحل تنازع القوانين بصدد منازعات عقود التجارة الدولية، وهذا بعد الهجوم الشديد الذي تعرضت له هذه القواعد[2]، حيث كثر الحديث عمى يسمى "بأزمة تنازع القوانين" وهي أزمة لم تصل إلى حد الثورة أو الانقلاب الشامل على الأوضاع الذي ترسخت فقهاً وتشريعاً، والتي ترى أن كل تنازع للقوانين يتم حله مبدئيا عن طريق قواعد التنازع .

ويعتبر المنهج المعروف في الفقه والقضاء الأنجلوساكسوني بمنهج القانون الملائم أحد المناهج التي استهدفت تغيير معطيات المنهج التقليدي[3]، وهو منهج يقوم على استبعاد الفكرة القائلة بوضع قواعد عامة تحكم العلاقات الدولية الخاصة وتمكين القاضي من إعطاء الحلول للحالات المختلفة المعروضة علية مراعياً في ذلك خصائص كل حالة على حدة[4] ، ومنة يبدوا ضرورياً تحديد معطيات هذا المنهج وصولا إلى النتيجة التي خلص إليها الفقه القائل بوجوب الابتعاد عن قواعد التنازع في حل منازعات

[1]- هشام علي صادق ، المرجع نفسه ، ص688.

[2]- ينظر فيما يخص الانتقادات الموجة لقواعد التنازع : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 33

[3]- استطاع هذا المنهج في ظرف وجيز أن يجلب الكثير من الأنصار واستطاع أن يؤثر أيما تأثر على القضاء الأمريكي لدرجة أن البعض لم يتردد في وصفه بالثورة الأمريكية... ينظر:

Bernard Audit , flux et reflux de la crise des conflits de lois , Travaux du comité français de droit international privé , journée du 23/11/1985 , p 63. ; et- Bernard Audit , Le caractére fonctionnel de la règle de conflit de loi , rec des cours , T.03 , 1984 , p 243.

[4]- حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 150

عقود التجارة الدولية، خاصة إذا علمنا أن نظرية القانون الملائم قد ظهرت في بادئ الأمر في نطاق العقود ثم أمتد نطاقها إلى مجال الفعل الضار، فالعميد Morris مثلاً قد اعتمد على أحكام هذه النظرية في مجال العقود وتساءل عن مدى إمكانية تطبيقها بصدد الأفعال الضارة أيضاً[1].

أولا – مقومات الاتجاه الحديث لحل التنازع بصدد عقود التجارة الدولية:

يقوم هذا المنهج على فكرة نبذ منهج قواعد التنازع، فهي قواعد عمياء وجامدة تبين القانون الواجب التطبيق فقط، دون أن تكترث حول ما إذا كان هذا القانون هو أنسب القوانين لحكم النزاع، ما يبعد عنها خاصية التأقلم مع ظروف كل نزاع[2].

ويرجع بعض الفقه الأمريكي – ومنهم الأستاذ cavers _ سبب اعتماد القضاء الأمريكي على هذه القواعد في بادئ الأمر إلى أسباب تاريخية بالدرجة الأولى، وهذا بالنظر إلى التطور السريع للعلاقات التجارية والاقتصادية بين المستعمرات التي تكونت منها فيما بعد الولايات المتحدة، وبين هذه الأخيرة والدول الأجنبية، مما أدى إلى طرح العديد من منازعات القانون الدولي الخاص على المحاكم الأمريكية التي لم تكن تمتلك حينها أية سوابق قضائية تخصها، ما اضطرها للرجوع إلى حلول التنازع الأوربية السائدة آنذاك والقائمة على قواعد التنازع، التي قدمت لها من خلال مؤلف الأستاذ الأمريكي story[3].

لكن ما لبث الفقه الأمريكي أن منهج قاعدة التنازع الصعوبة التي تميزه، خاصة وأن القاضي يضطر إلى إتباع مرحلتين أساسيتين حينما تعرض علية علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، تتمثلان في قيامه بعملية التكييف ثم تحديد قاعدة التنازع، فضلاً عن عدم مطابقة منهج التنازع لمصالح الأطراف المتعاقدة، وهو ما يؤدي في نظر مؤيدي منهج القانون الملائم إلى عدم التوصل لتوحيد قواعد تنازع القوانين الذي يحلم به العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص .

[1]– حبار محمد، المرجع نفسه، ص 160

[2]– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ،2009، ص 175

[3]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 641

ولم يعتمد أنصار نظرية القانون الملائم في الحقيقة منهجاً واحداً فيما يتعلق بتحديد القانون الملائم، خاصة إذا كان من شأن هذا الموقف أن يفتح الباب أمام تحكم القضاة في تطبيق أي قانون بحجة أنه الأكثر ملائمة، لذلك تم وضع تعليمات للقاضي يُلزم بمراعاتها وهو بصدد البحث عن القانون الملائم، وهي قسمين : فهناك من جهة تعليمات فنية تتعلق بالوسيلة التي على القاضي إتباعها، وأخرى تتعلق بالغاية أو الهدف الذي يسعى القاضي لتحقيقه بمناسبة فصلة في النزاع[1].

1- التعليمات المتعلقة بالوسيلة الفنية المعتمدة :

قام بصياغة هذه الطريقة الأستاذ Morris وهو بصدد وضع نظريته بغية حل التنازع بين القوانين الذي قد يحصل في مجال الالتزامات غير التعاقدية والذي يجد تطبيقاً له في مجال العقود كذلك، إذ عادةً ما تؤخذ بعين الاعتبار عدة عناصر كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو العملة المعتمدة ...الخ، من أجل تركيز هذا العقد في مكان معين وإخضاعه بالتالي لقانون يكون هو الأنسب، وهو ما يدعو في نظر الأستاذ موريس إلى الاستعانة بفكرة " مركز الثقل " أو " جمع نقاط الارتباط " المعروفة في مجال العقود بصفة خاصة[2] .

لكن ما الحكم إذا تعددت نقاط الارتباط هذه وأدى تعددها إلى ربط العلاقة العقدية بأنظمة قانونية مختلفة ؟

هنا يأتي دور الوسيلة الفنية التي يقترحها الأستاذ Morris والتي أعتد من خلالها بوسيلتين: الأولى هي الطريقة العددية التي تعد طريقة بسيطة تكتفي بتحديد نقاط الارتباط ثم تطبيق القانون الذي يرتبط به أكبر عدد من هذه النقاط، لكن رغم بساطتها إلا أنه يؤخذ عليها أنها فكرة تقوم على أساس خاطئ لمساواتها بين نقاط الارتباط من حيث القيمة رغم تفاوتها من حيث الأهمية تبعاً لكل حالة على حدة .

[1]- حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 152

[2]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 177

أما الوسيلة الثانية فهي الطريقة النوعية والتي تعتبر مكملة للأولى، فهي لا تقف عند حد حساب نقاط الارتباط، بل تتعداه إلى البحث عن الهدف المبتغى من إصدار كل تشريع ترتبط به العلاقة محل النزاع، وهو ما اعتمده القضاء الأمريكي في القضية الشهيرة (Babcock v jackson) [1] .

2- التعليمات المتعلقة بفكرة الغاية أوالهدف :

تنسب هذه النظرية للفقيه BRAINARD CURRIE حيث صاغها في مؤلفة "محاولات في تنازع القوانين" (selected essays on conflicts of law) المنشورة سنة 1963م .

وينطلق CURRIE من فكرة أساسية مؤداها أن كل تنازع للقوانين هو عبارة عن تنازع لمصالح الدول، ما يستوجب معه مراعاة المصالح التي قد تحقق لكل دولة نتيجة تطبيق قانونها وتغليب قانون الدولة الذي تكون لها مصلحة أكبر في حكم النزاع[2]، مدعما رأيه بالقول بأن هدف أي قاعدة قانونية _ في نهاية الأمر _ هو تحقيق سياسة ما بالمدلول الواسع لهذا التعبير، فمن خلال المصالح الخاصة بكل دولة يمكن تحديد النطاق المكاني لكل قاعدة قانونية، وبذلك أقام CURRIE منهجه على فكرة " المصلحة الحكومية " أو" فقه مصلحة الدولة "[3] .

أ- نظرية المصالح الحكومية : تقوم هذه النظرية على فكرة مراعاة المصالح التي تتحقق لكل دولة من جراء تطبيقها لقانونها على الحالة المعروضة ، فكل قانون تصدره الدولة إنما الهدف منه هو تحقيق سياسة معينة، وما على القاضي إلا الكشف عن هدف كل قاعدة والسياسة التي يرمي مشرعها إلى تحقيقها، وعلى ضوء مصالح الدول التي تتنازع قوانينها لحكم العلاقة على هذا النحو يمكن للقاضي تحديد نطاق هذه القوانين[4].

لكن التساؤل يثور في هذه الحالة عن كيفية الوصول إلى تحديد هذا القانون ؟ .

[1]-يرجع في تفصيل وقائع قضية بابكوك ضد جاكسون: حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 154

[2]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص178

[3]- أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص122

[4]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص647

وهنا يأتي دور التوجيهات التي قال بها currie والذي رأى بضرورة المرور بمرحلتين أساسيتين للوصول إلى تحديد هذا القانون، الأولى تبدأ بوجوب تحليل المصالح الحكومية من خلال البحث في القوانين التي تتنازع حكم العلاقة المعروضة عن السياسة التي يهدف إليها كل مشرع عند وضعه لتلك القوانين، حتى إن انتهينا من ذلك وجب الانتقال إلى المرحلة الثانية التي تقتضي تحديد قانون الدولة التي تكون لها مصلحة أكبر في حكم النزاع، ما لم يكن من شأن تجاهل هذا الاختيار المساس بالسياسة التشريعية التي يهدف القانون لتحديدها[1].

وبذلك ينظم الفقيه currie إلىcavers وغالبية فقه القانون الدولي الخاص الأمريكي وبصفة خاصة فقه ehrenzweig [2] ، في شأن الميل العام لإعمال قانون القاضي وتفضيل تطبيقه على غيره من القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة .

غير أن هذه النظرية تعرضت لبعض الانتقادات خاصة وأنها اتخذت من المصالح الحكومية أساساً للتنازع، رغم أنه إسناد خاطئ في إطار القانون الدولي الخاص الذي يسعى بالدرجة الأولى إلى حماية المصالح المشروعة للأفراد في مجال التجارة الدولية، فضلاً على أن فكرة مصلحة الدولة لا تصلح معياراً لحل التنازع بين القوانين، وإنما على العكس قد تكون من عوامل نشأة هذا التنازع .

كما عيب كذلك على هذه النظرية أنها قد تصبح وسيلة تحكمية يستعملها القاضي المرفوع إلية النزاع لتطبيق قانونه الوطني، طالما أنه هو الذي يتولى تقدير المصالح المختلفة الخاصة بالدول ذات الارتباط بالعلاقة محل النزاع، خاصة إذا كان القاضي الوطني جاهلاً بمضمون هذه القوانين ما يصعب من مهمة التوصل إليها وإمكانية فهمها ، وبالتالي إمكانية إساءة تفسيرها وتطبيقها[3].

وهكذا تؤدي نظرية currie كغيرها من النظريات الأمريكية إلى الإخلال بوحدة العقد من جهة والأمان القانوني وحماية التوقعات من جهة أخرى، ما يُصعب على الأفراد المعرفة المسبقة للقانون

[1]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 179

[2]-ظهر فقه ehrenzweig في نهاية الخمسينات ومعاصرا لظهور فقه currie في شأن المصالح الحكومية إذ يعتبر من أكبر الشراح الأمريكيين تحيزاً لقانون القاضي، حيث أراد أن يعيد لهذا القانون مكانته التاريخية التي احتلها منذ القديم، فأكد أن تطبيق قانون القاضي على العلاقات الدولية الخاصة هو الأصل، وأن الرجوع إلى قانون أجنبي هو الاستثناء. ينظر: هشام علي الصادق ،المرجع نفسه ،ص 649

[3]- حبار محمد ، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص157. وينظر كذلك: بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص179

الواجب التطبيق على المسائل المختلفة التي قد يثور بشأنها النزاع بينهم مستقبلاً، وهو ما يناهض الاستقرار المتطلب في التجارة الدولية .

ب – نظرية تحقيق العدالة بصدد كل حالة على حدى : قام بوضع معالم هذه النظرية العميد David cavers ، والذي بدأ في شرحه لنظريته بانتقاد قواعد التنازع حيث اعتبرها قواعد عمياء تشير إلى تطبيق قانون معين دون أن تأخذ بعين الاعتبار مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه، مما يؤدي في أحوال كثيرة إلى عدم ملائمة القوانين المطبقة مع النزاع المطروح، ودون اهتمام بالأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها[1] ، ويقابل هذا الانتقاد البديل الذي يجب أن يتمثل في طريقه مرنة قوامها البحث في كل حالة عن النتيجة الأكثر تحقيقاً للعدالة عن طريق قيام قاضي النزاع بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بعد تحليل وتقدير النتائج والحلول التي تقدمها القوانين التي تتنازع لحكم المسألة المعروضة، وعلى ضوء النتائج المادية لكل قانون يستخلص القاضي القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة من أجل تطبيقه[2] ، وهو ما يشبه إلى حد بعيد نظرية قانون محل المدين بالأداء المميز في العقد[3].

غير أن هذه النظرية تعرضت لانتقاد لاذع من قبل الكثير، على أنها وإن حددت للقاضي المنهج الواجب الإتباع عند البحث عن القانون الواجب التطبيق، إلا أنها لم تقدم معياراً واضحاً للكشف عن هذا القانون، وعلى أساس أنها تعطي سلطة تقديرية للقاضي مما يؤدي إلى اختلاف الحلول وبالتالي المساس بمبدأ الاستقرار الذي يجب أن يسود التجارة الدولية [4].

هذه الانتقادات حملت cavers على تطوير نظريته من خلال طرحة لفكرة مبادئ التفضيل، والتي تفادى من خلالها السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي، مقترحاً في نفس الوقت وضع بعض المبادئ التي على القاضي إتباعها أو الاسترشاد بها أثناء مقارنته للقوانين المختلفة[5]، ومركزا على ضرورة احترام إرادة الطرفين إذا تم التعبير عن هذه الإدارة صراحة أو ضمناً، وذلك إذا اختيار الطرفان قانونا

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص642

2- Yvon loussouarn et Pierre Bourel , Op.cit , p 145

[3]- يرجع إلى الصفحة 59 السابقة.

[4]– حبار محمد ، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص159

[5]– بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص182

يحكم علاقتهما العقدية شريطة أن يكون لهذا القانون المختار ارتباط وثيق بالعقد، فإن لم يحدث هذا الاختيار فإن القاضي هو الذي يتولى القيام بذلك عن طريق تركيز العلاقة العقدية، والتي تعتمد على عناصر معينة يتعين على القاضي مراعاتها وهو بصدد إجرائه لعملية التركيز[1] ، والمتمثلة إما في :

- مكان إبرام العقد .
- المكان الذي تم فيه إجراء المفاوضات .
- مكان التنفيذ.
- مكان وجود موضوع العقد.
- الموطن إلى جانب محل الإقامة والجنسية ومحل التكوين إذا تعلق الأمر بشركة .
- مكان ممارسة أطراف العلاقة لنشاطاتهم .

وبذلك يتضح مضمون ومعالم الاتجاه الحديث والنظريات التي جاءت في هذا الصدد، إذ تشترك كلها في فكرة واحدة وهي رفض المنهج التقليدي في حل تنازع القوانين، رغم ما أوخذ عليها من أنها تقضي على الحماية التي تضمنها قواعد التنازع لكل من القاضي والأطراف، ما دفع بالكثير من الفقهاء خاصة بفرنسا، ومع اعترافهم بمزايا هذا الاتجاه إلا أنهم يفضلون منهج قواعد التنازع كونه منهج يضمن الحماية والاستقرار، وفي ذلك يقول الأستاذان Bourel وLoussouarn :" بين حل يتميز بالمرونة لكن غير مؤكد، وقاعدة قد لا تكون مناسبة دائماً غير أنه يمكن بكل سهولة معرفتها وتسمح بالوصول إلى الحل وجب تفصيل هذه الأخيرة "[2] .

ثانياً – بزوغ نجم القواعد المادية:

كان من شأن عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات الحياة الدولية للأفراد خصوصاً في جانبها الاقتصادي، ميلاد الحاجة إلى حلول موضوعية أو مادية تلائم المعطيات الجديدة وتعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين القوانين الوطنية .

[1]– حبار محمد ، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص161

[2] -" entre une solution raffiné , mais incertaine , et une règle peut être moins bien adaptée mais que l ' on peut aisément connaître et qui permet de prévoir la solution , la préférence doit être accordé à la seconde " Y. Loussouarn et P. Bourel ,op. cit. ,p157

واستناداً إلى الانتقادات التي سبق وقلنا بها بصدد منهج قاعدة التنازع المرتكزة أساساً على عدم مراعاة هذا المنهج للطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية الدولية، ذهب فريق من الفقهاء إلى تبني فكرة وضع قواعد خاصة تحكم هذا النوع من العلاقات بصفة مباشرة، وهي قواعد اصطلح على تسميتها بالقواعد المادية régles matérielles لتحل محل قواعد التنازع، هذه القواعد ترجع أصولها إلى تجارة العصور الوسطى من خلال تجمع التجار في الأسواق والموانئ في بعض مدن غرب أوربا، وهي قواعد لم تتكون من عادات وأعراف تجار تابعين لدولة معينة، وإنما كانت تجسيداً حقيقياً لما يسود من عادات وأعراف في جميع الدول، فيما عرفت هذه القواعد فيما بعد باسم قانون التجارة lex Marcatoria.[1]

وقد تطورت هذه القواعد فيما بعد بفضل الطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة والتطورات التي حصلت في مجالها، والتي خلقت الحاجة إلى تبني قواعد دولية موحدة تستند إلى عامل انتشار العقود النموذجية والشروط العامة وإلى عادات وأعراف التجارة الدولية ...الخ، هذه القواعد هي بالنتيجة ليست سوى تعبير عن الحاجات المشروعة لوسط معين، وهذا لافتقار العلاقات التعاقدية الدولية للبساطة والوضوح[2].

ومن أجل تسهيل هذه العلاقات التعاقدية وتوفير المناخ الأنسب لازدهارها، اهتدى جانب من الفقه إلى ضرورة تجاوز القوانين الوطنية والحيلولة بينها وبين حكم منازعات التجارة الدولية، مع ضرورة البحث عن الوسائل التي تستجيب لأماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة، خاصة مع وجود علاقة تبادلية بين المتغيرات التي طرأت على عقود التجارة الدولية وبين القواعد القانونية المنظمة لها، وبالنظر كذلك إلى الصعوبات التي تعترض تنظيم التجارة الدولية بسبب إتصال عملياتها بأكثر من نظام قانوني، مما هدد النظام القانوني للتجارة الدولية بأن يفقد ركن التوقع والعلم المسبق للقواعد واجبة التطبيق على العمليات القانونية المتعلقة بهذا النظام.

ولقد وجد الفقه في سبيل بحثه عن كيفية تفادي أسباب الاختلاف والتباين بين التشريعات الوطنية وفي آن واحد لمواجهة متطلبات وحاجات التجارة الدولية، ضرورة الأخذ بحلين أساسيين من أجل

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 41

[2]- سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 499

بلوغ الهدف، يكمن أولهما في إيجاد قواعد موحدة تهدف الدول من ورائها الوصول إلى تنظيم موحد في مجال تنازع القوانين بصدد مسألة قانونية معينة قدرت عدم ملائمة تركها لقواعد التنازع، أما ثانيهما فيعمل على تجنب مسألة تنازع القوانين أساساً، ويهدف إلى توحيد القواعد المادية أو الموضوعية المنظمة لمسائل التجارة الدولية كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل الصادرة في 29 أفريل 1961م والخاصة بنقل الأشخاص بطريق البحر[1] ، لتبدأ بعد ذلك العلاقات التجارية الدولية تتخلص شيئاً فشيئاً من هيمنة القوانين الوطنية .

إن الحديث عن كيفية صياغة القواعد القانونية في مجال عقود التجارة الدولية يعكس مفهوم مثالي مضمونه أن القواعد المادية الموحدة للمعاملات التجارية الدولية تعبر عن مصالح جميع أعضاء الأسرة أو الجماعة الدولية، ولذلك تساهم جميع الدول في نشوء هذه القواعد بدرجة أو بأخرى وفقاً لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، خاصة وأن ضرورات الأمان القانوني الذاتي للتجارة الدولية فرضت نفسها بقوة، بحكم أن سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس في المجال الدولي بنفس السهولة الموجودة على المستوى الداخلي، وعلى الدولة أن تأخذ في الحسبان ردود فعل الدول الأخرى وكذلك المجتمع الدولي التجاري، و بالنظر كذلك إلى ما تمنحه هذه القواعد للمتعاملين في المجال الدولي من تيسير وطمأنينة في التعامل والعلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم، باعتبار الاحترام المتطلب لتوقعات الأطراف يعتبر من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر، ولن يتأتى الفهم البين للقواعد المادية الدولية إلا باستيعاب الحقيقة الواضحة من أن هذه القواعد تتوافر لها حيوية غير مسبوقة ،كونها خلاصة للفكر القانوني الدولي وتعبر عن الحاجات العملية لأطراف المعاملات التجارية الدولية، ومما لا شك فيه أن خلق قواعد مادية موحدة سوف يؤثر بالضرورة على جميع اقتصاديات الدول كونه يخلق مناخا ممتازا للتجارة بكل أنواعها، كما سيكون لها آثار بعيدة في مجال التعاون والتنسيق بين مختلف الدول في المجالات الاجتماعية والسياسية، بالإضافة إلى تغليف المناخ الدولي بنوع من الثقة المتبادلة[2].

ونظر لتزايد القواعد المادية ذات التطبيق المباشر التي تؤهلها دون شك لاستيعاب المقتضيات المعاصرة للتجارة الدولية وتحقيق الأمان القانوني لها، فقد أخذت هذه القواعد اهتمامات

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 42

[2]- إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص386.

الفقه العالمي والمبادرات التشريعية الداخلية والدولية، وإسهامات القضاءات الوطنية وعادات وأعراف التجارة الدولية، ما جعل منها أرضية خصبة للانطلاق في البحث عن حلول موضوعية لمشاكل ومنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة مع بروز أفكار وأنماط جديدة على بساط البحث والتطبيق لتُسهم جميعها في تشييد هذا المنهج وتوسيع نطاق تطبيقه يوماً بعد يوم .

ودون الدخول في تفاصيل أكثر حول هذه القواعد المادية التي سنتركها للفصل الثاني من هذه المذكرة، والذي سنحاول الإجابة فيه عن مجموعة من الإشكالات التي تتركز أساساً حول ماهية منهجية القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية ؟ وهل لهذه القواعد دور متكامل في حسم المنازعات المعنية؟ دون أن نغفل التعرض إلى الخلفيات التاريخية لهذه القواعد والأسباب التي دعت إلى ظهورها.

الفصل الثاني

القواعد : تنامي دور

المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

كان منهج التنازع وحتى عصر قريب يتبوأ مركز الصدارة في حلول تنازع القوانين بصدد منازعات عقود التجارة الدولية، إلا أنه نتيجة للتطور الذي اتسمت به العلاقات التجارية الدولية وما أصابها من تغيير، لم يعد بمقدور قواعد التنازع أن تتماشى مع معطيات هذه التجارة الحديثة، خصوصا مع ازدياد الحاجة إلى وجود حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة لهذا التطور وتعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الوطنية ، وهو ما أدى إلى ظهور اتجاهات حديثة تدعوا إلى تحرير هذه العقود من سلطان القوانين الداخلية ، والإتجاه نحو خلق بعض الأحكام أو القواعد الموضوعية لتحكم مباشرة الروابط العقدية الدولية، بما يتماشى وطبيعة هذه الروابط ويستجيب لأهدافها[1].

ونحن في معرض الحديث عن عقود التجارة الدولية لا يمكننا بأي حال من الأحوال أن نغفل التطرق لعقود التجارة الإلكترونية، التي تعتبر من المتغيرات العالمية الجديدة التي فرضت نفسها خلال الحقبة الأخيرة ، على إثر وجود التقنية وهيمنتها على آلية نفاذ النشاط التجاري في ميدان التجارة العالمية ، فكان من شأن ذلك أن خلق تحديات جديدة أمام النظم القانونية القائمة استوجبت الوقوف أمامها لتقييم مدى الحاجة لإيجاد تنظيم جديد لها.

ومن أجل توضيح كل ذلك ، سنحاول التطرق إلى مكانة القواعد المادية ودورها في إيجاد حلول موضوعية ملائمة لمقتضيات ومتطلبات التجارة الدولية (مبحث أول)، وما دام أن التجارة الإلكترونية أصبحت عدة وأداة التجارة الدولية فإن ذلك يفرض علينا تسليط الضوء على أهم التحديات القانونية التي تواجه هذا الوافد الجديد ومدى قدرة القواعد التقليدية على إيجاد حلول ملائمة لها (مبحث ثاني).

[1]- محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق، ص 290.

المبحث الأول : خضوع عقود التجارة الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص

أدى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية وما صاحب ذلك من عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات، إلى ظهور قواعد موضوعية تصلح للتطبيق مباشرة على هذه العلاقات، أطلق عليها الفقه الحديث تسمية القواعد المادية في القانون الدولي الخاص[1].

ويحسن بنا ونحن في مستهل الحديث عن القواعد المادية أن نقف على الأسباب التي أدت إلى الاحتكام إلى هذه القواعد بصدد حل مشاكل عقود التجارة الدولية ، بعد أن نبين في بادئ الأمر مفهومها والخصائص المميزة لها (المطلب الأول) ، فإذا انتهينا من ذلك أصبح من الواجب التطرق إلى المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها، خاصة مع كثرة التساؤلات وعدم الاتفاق حول هذه المصادر، كذا والوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام في قواعدها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية وعوامل ظهورها.

لقد فرضت التغيرات السياسية والاقتصادية في الفترة من العصور الوسطى وحتى العصر الحديث ، خضوع العلاقات التجارية الدولية لقواعد مادية تختلف عن قواعد قانون التجار الذي كان سائدا إبان العصور الوسطى، هذا الاختلاف يظهر بشكل واضح من خلال التسميات العديدة التي اقترحها الفقه لهذا النوع من القواعد ، فقد أسماها البعض بقانون التجارة الدولية أو القانون الموحد أو قانون الشعوب ، بينما أطلق عليها البعض الآخر قانون التجار أو قانون عبر الدول أو القانون الدولي للأعمال...إلخ[2].

---

[1]- يتجه جانب من الفقه إلى تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص تمييزا لها عن قواعد التنازع، لأن أدبيات اللغة القانونية تثير احتمال أن استخدام تعبير " المادية" مقابل لتعبير " المعنوية"،إلا أن هناك جانبا آخر من الفقه الحديث يفضل اصطلاح القواعد المادية بدلا من القواعد الموضوعية لأن هذا الاصطلاح الأخير قد يثير الخلط بدوره على أساس مقابلته لاصطلاح القواعد الإجرائية ينظر في هذا المعنى:هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 702. .وينظر:إيهاب السنباطي،المرجع السابق ص 12 وينظر : ..... Pierre Mayer , op.cit ,p11

[2]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص 44.

والبحث عن قواعد مادية ذات طبيعية دولية تهتم بشؤون التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية ، يعيد الأذهان مرة أخرى إلى العصور الوسطى حيث نشأة تلك القواعد ، وتذكرنا بالجدل الذي احتدم بين الفقهاء في بداية الخمسينات من القرن الماضي في خصوص ما أطلق عليه الفقه " أزمة منهج التنازع"[1] وضرورة البحث عن المنهج آخر ليحكم الروابط الدولية.

الفرع الأول: تحديد مفهوم القواعد المادية الدولية les règles matérielles

يقوم منهج القواعد المادية على فكرة خلق بعض القواعد الأساسية (المادية) التي تشتمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة[2]، فتطبق مباشرة بمعرفة القاضي ودون البحث عن قواعد الإحالة في قانونه المحلي والبحث عن القانون واجب التطبيق الذي تؤدي إليه[3].

والمقصود بمصطلح القواعد المادية بصفة عامة " مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية"[4]، بيد أن هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا أضيف إليه ما يضيق من مفهومه الواسع، كأن يتعلق الأمر فقط بالقواعد المادية التي تحكم عقود التجارة الدولية مما يؤدي إلى تخصيص مدلولها السابق، فتعني حينئذ مجموعة القواعد التي تضع حلول موضوعية للمشاكل التي تواجه عقود التجارة الدولية .

وبموجب القواعد المتقدمة يتم حل النزاع موضوعيا ودون حاجة إلى تعيين قانون معين، لأنها وضعت أساسا لتستجيب لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ومن بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، إذ أنها غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية وتعطي حلولا تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الدولية[5] ، ففي الحالة التي يثار فيها التساؤل مثلا حول صحة شرط الذهب في عقد دولي، فإن هذا التساؤل يتم حله بالرجوع إلى القاعدة المادية المعروفة التي تقضي بصحة هذا الشرط في نطاق العقود الدولية، بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين[6]، ذلك

---

[1]- يرجع إلى الصفحة 48 السابقة.

[2] - Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine corneloup, Droit du commerce international , éd D , 2007 , p 67.

[3] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 379

[4]- صالح المنزلاوي ، مرجع سابق، ص 41.

[5]- Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine corneloup, op.cit , p68.

[6]- هشام خالد، المرجع السابق ، ص199.

أن مقتضيات التجارة الدولية توجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية الحقيقة التي ستعود عليهم نتيجة إبرام عقدهم التجاري الدولي، ليصبح من حق هؤلاء تضمين عقودهم شرط الذهب الذي من شأنه تحقيق الغاية المقصودة، فتغليب القواعد المادية على قواعد التنازع وفقا لهذا الرأي، يرجع إلى طبيعة هذه القواعد التي وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية، مما يقتضي التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه .

ولم يكن بمقدور القواعد المادية أن تصل إلى هذا المستوى بدون مراعاتها للطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة، والتي خلقت الحاجة إلى تبني قواعد دولية موحدة، وعبر مرورها بمراحل ومحطات تاريخية ساهمت في بناء هذا الصرح القانوني ، فكانت البداية بالرومان حين وضعوا قواعد مادية تحكم الروابط القانونية المختلطة بين سكان المدن المختلفة لتتفق وطبيعة هذه الروابط ذات الصبغة غير الداخلية ، وهذا بعدما أدركوا عدم ملائمة قواعد القانوني الروماني ذات الطابع الشكلي للتطبيق على العلاقات التجارية الناشئة بين التجار المنتمين إلى روما وغيرهم من سكان المدن الأخرى[1]، في حين استخدم التجار في مرحلة لاحقة قواعد خاصة – العادات والأعراف التجارية — في إدارة أعمالهم ، خاصة وأنه لا يوجد نظام قانوني يمكن أن يغطي كافة أنواع العلاقات الدولية.

لكن استخدام هذه القواعد لم يقتصر على التجار فقط ، بل تعداه إلى الدول حينما دخلت مجال التجارة الدولية ، وتعاملت فيه كشخص من أشخاص القانون الخاص ، فكان عليها أن تقبل هذه القواعد الحاكمة لهذا المجال طالما ارتضت قواعد لعبة التجارة الدولية ، لتصبح هذه القواعد أساسا لنظام تقبله أغلب الدول بل وتشجعه وتؤيده في بعض الأحيان[2].

كما كان للضغوط المرتبطة بحاجات التجارة الدولية وعلاقاتها، و على مستوى سرعة و مرونة القواعد القانونية التي يجب أن تحكمها والتي لم تعد تتوافق مع تقنية التنازع و تعقيداتها، بالغ الأثر في إرساء وجود هيئات ومؤسسات مهمتها الضغط على التشريعات للقبول بقواعد موحدة دولية لحكم العلاقات التجارية الدولية ، خاصة أمام تداخل مصالح الدول ومؤسساتها التي اخترقت الحدود، فما

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص700.

[2]– إيهاب السنباطي، المرجع السابق ، ص 379.

كان على الدول إلا أن وجدت نفسها مضطرة وفي سبيل الانضمام إلى هذا المسار لقطف ثمار مفترضة منه ،أن تندفع في حركة تشريعية مواكبة له ومساعدة على نجاح خطواته[1].

وهكذا بدت العولمة التجارية والقانونية كأنها تدفع نحو خطوات متسارعة لعولمة قواعد حل النزاعات التجارية الدولية، أين أصبحت القواعد المادية تقرر لتحقيق الإنتشار والهيمنة على المعاملات التجارية في الساحات الدولية، وهذا عن طريق صياغة قواعد موحدة تحكم هذه المعاملات ، قواعد تقبلها وترضى بها الدول أعضاء الجماعة الدولية على نحو يستبعد إقحام القوانين الوطنية في هذا المجال ، لذلك تساهم جميع الدول في نشوء هذه القواعد بدرجة أو بأخرى وفقا لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية[2].

أولا– خصائص منهج القواعد المادية :

إن توحيد القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية أمر مهم من أجل زيادة حجم المبادلات التجارية الدولية ، فوجود هذه القواعد يحقق السرعة والثقة والائتمان، ذلك أن للتجارة الدولية مقتضياتها وبناؤها المستقل عن النظم الداخلية ، فالاستقرار اللازم للعلاقات التجارية الدولية لا يتأتى بالضرورة من تطبيق قواعد القانون الوطني – التي وضعت أصلا لتحكم العلاقات الداخلية– وإنما بقواعد من صنع الأوساط المهينة التي تنبع تلقائيا من خلال عمليات التجارة الدولية[3].

ووفقا لهذا التوجه فإن المنهج القائم على القواعد المادية يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن باقي المناهج التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص[4]، والتي تعطي لهاته القواعد طبيعة خاصة ومن بينها:

1– قواعد مباشرة وموضوعية : – على عكس قواعد التنازع التقليدية – وهذا لأنها تعطي حلولا مباشرة للنزاع المعروض دون الاستناد إلى قانون معين ، لتستبعد بذلك الوساطة التي من الممكن أن

[1] – سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ، ص 247.

[2]- أبو العلا على أبو العلا النمر ، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، دار الكتب الجامعية ، مصر ، 2003 ، ص20

[3]– وهو ما يفسر اعتراف الدول بالتحكيم التجاري الدولي كأداة لتطبيق القواعد المادية في قانون التجارة الدولية . ينظر : أحمد سعيد الزقرد ،المرجع السابق ، ص10

[4] - - Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine corneloup , op.cit , p 67.

تنشأ بين القاضي والقانون واجب التطبيق، حيث أن هذا الأخير يصبح في متناوله مباشرة، وبالتالي يسهل تطبيقها والعلم بها سلفا لقوة صلتها المباشرة بالقاضي أو المحكم[1].

وقد أظهر مشهد نمو التجارة الدولية في العقود الأخيرة ،بالإضافة إلى التبدل الهام والمؤثر في الحجم النوعي للمبادلات التي تقوم عليها والأشخاص المحركين لها، عن اتساع وتعقيد متزايد لهذه العلاقات التجارية التي تتخطى الحدود الإقليمية، الأمر الذي تعذر معه على المشرع الوطني ملاحقة هذه المعاملات بالتنظيم، وفي حين لم يجد أحسن من رجال التجارة الدولية أنفسهم للقيام بهذه المهمة، عن طريق استخلاص قواعد موضوعية مباشرة تكون أكثر قابلية للتلائم مع حاجاتهم ومصالحهم التجارية.

2- قواعد عامة تتلائم والعلاقات التجارية الدولية الخاصة : وذلك لأن القواعد المادية موضوعة خصيصا لكي تناسب العلاقات التجارية الدولية الخاصة، ولأنها تطورت حصرا في قطاع التجارة الدولية الذي يتلائم بصعوبة مع النطاق الضيق للقانون الداخلي والعدالة الوطنية[2]، وما يؤكد هذا الفرض أن هناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية تكرس هذه القواعد في مواضيع مختلفة كالبيع الدولي للأشياء المادية المنقولة ، السندات التجارية ، والالتزامات التعاقدية ...إلخ ، زد على ذلك أن القواعد المادية أو الموضوعية للتجارة الدولية لا تهتم بصفة أساسية ولا تجد ضالتها إلا بمناسبة منازعات عقود التجارة الدولية، خاصة مع وجود أجهزة في نطاق التجارة الدولية تعمل على احترام القواعد القانونية التي تحكمها – وهي قواعد مستقلة عن أطراف العلاقة – ،تتجسد خصوصا في هيئات التحكيم التي تعد كسلطة قضائية حقيقة تساعد على استقلال المجتمع الدولي للتجار وتعمل على احترام قواعده ، يقابلها القضاء في التشريعات الوطنية، وعلى حد تعبير البعض فإن هذا الأخير يمثل بدوره سلطة قضائية للمجتمع الدولي التجاري[3].

[1]- هشام خالد ، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية ، المرجع السابق ، ص10

[2] – موحند اسعد ، القانون الدولي الخاص ، قواعد التنازع ، دم ج ، الجزائر ، 1989، ج01، ص 124.

[3]- أحمد سعيد الزقرد ، المرجع السابق ، ص 25.

إذن فالقواعد المادية تعد قواعد عامة ومصنفة لكي تتعامل مع حقل التجارة الدولية، ومع ما يتخلله من أنواع وفئات مختلفة من الصفقات التجارية ، وبذلك تكون كقواعد أساسية مناسبة وملائمة لأنواع العلاقات التجارية التي وضعت من أجلها [1].

3- قواعد تستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية: تظهر هذه الخاصية بجلاء عندما تكون القواعد المادية غير رسمية بوضعها بطريقة غير تقليدية، ومن ثم فهي تناسب وتستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية، فتطبق من طرف كافة الأطراف دون إلزام رسمي حيث أنها تعتبر من المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الدولية.

زيادة على ذلك، فإن القواعد التي تحكم المبادلات الدولية تستمد مصدرها في أغلب الأحيان من عادات وأعراف مهنية تطبق على المنازعات التجارية الدولية، فتكتسب تبعا لذلك قوة ملزمة، والثابت تاريخيا أن هذه العادات والأعراف المهنية نشأت قديما في مجتمعات التجار واعتاد عليها هؤلاء في مبادلاتهم التجارية، مما أكسبها الاستقرار في هذه العلاقات ومعها اعتبرت كمصدر لقانون التجارة الدولية[2].

4- قواعد سهلة التطبيق : بحيث يستطيع المتعاملون في ميدان التجارة الدولية أن يتعرفوا على كيفية عملها، مما يوفر لهم الأمان القانوني المنشود من وراء تعاقداتهم وتوفير البيئة الملائمة التي تبلغهم المقاصد التي يربون إليها، فالقواعد المادية باستطاعتها خلق بيئة قانونية آمنة موثوق بها ويمكن التنبؤ بنتائجها ، وهذين المقصدين يعتبران من الخصائص المهمة التي تشكل الإطار القانوني للعلاقات التجارية الدولية .

وقد ذهب البعض إلى وصف هذه القواعد بأنها صديقة للمحكمة[3]،كون القضاة سيكونون سعداء لتطبيق قواعد واضحة وسهلة، بدلا من التوغل في متاهات منهج تنازع القوانين بكل ما يتطلبه من مشقة وجهد، وسوف يتعاملون بشكل سلس مع هذه القواعد خاصة مع زيادة وتيرة العمل لدى الكثير من المنظمات المهتمة بوضع هذه القواعد.

[1] - إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 381.

[2]- إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص382

[3] - إيهاب السنباطي ، المرجع نفسه ، ص 382.

5- قواعد ذات مضمون دولي (أو عالمي) : تتمتع القواعد المادية بمضمون عالمي، إذ أنها موجودة أصلا في النظم القانونية الوطنية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات انطباق دولي، أعدت خصيصا لتحكم هذه العلاقات الدولية وتتلائم معها، لأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى لو كانت بعض عناصرها وطنية، ما دام الطابع لهذه العلاقات دوليا، بل أبعد من ذلك حتى لو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون العام [1].

6- قواعد ذات وظيفة وقائية وعلاجية في نفس الوقت : فمن حيث كونها ذات وظيفة وقائية، فذلك راجع إلى أنها تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده ،كما تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود، وهو ما يقلل – إلى حد كبير – من فرص نشوء النزاع في المستقبل، ولا شك أن الوظيفة الوقائية تعد الّأولى لوظائف القانون بوجه عام.

أما الوظيفة العلاجية، فعند حدوث النزاع قد تساعد الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السليم للالتزامات التعاقدية، وقد يتم عن طريق التوفيق والوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع، وقد يكون العلاج عن طريق القضاء الذي يفضي إلى حكم ملزم في النزاع، وحتى في هذه المرحلة فالقواعد المادية قد تدفع المحكوم عليه بالتنفيذ للحكم إجباريا دون الأمر بالتنفيذ، وذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي[2].

ثانيا – مقومات القاعدة المادية الخاصة بعقود التجارة الدولية:

تبدو ضرورة وأهمية الإستعانة بالقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية من حيث أنها تتولى بالتنظيم مجالات معينة تعاني من النقص والحاجة إلى قواعد قانونية كفيلة بتنظيمها، وهذا إما لإحجام القانون الوطني عن التدخل في هذه المجالات التي تتجاوز بطبيعتها الحدود الجغرافية للدول، وإما لعدم مناسبة أو ملائمة القواعد الوطنية الموجودة لهذه المجالات التي تتسم بطابع الدولية.

و لإنتاج قاعدة مادية خاصة بالمعاملات التجارية الدولية، لا بد أن تتوافر مجموعة من المقومات الأساسية التي تتفاعل فيما بينها من أجل بلوغ هذا الهدف، وتتمثل فيما يلي:

[1]- هشام خالد ، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية ، المرجع السابق ، ص 10.

[2] – هشام خالد ، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية ، المرجع السابق ، ص 11.

1- وجود مجتمع متماسك بدرجة كافية: ألا هو مجتمع التجار أو بالأحرى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية ، فهؤلاء المتعاملون يعتبرون الحلقة الفاعلة في معادلة الإقتصاد العالمي، طالما أن لهم تأثيرا كبيرا في تكوين هذا المجتمع وفي زيادة حجم تلك التجارة[1].

2- وجود أجهزة أو هياكل قانونية خاصة أو عامة: بحيث تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها وتسهر على احترام هذه القواعد، كما هو الشأن بالنسبة للمنظمات المهنية أو قضاء التحكيم الذي يعتبر سلطة قضائية تساعد على تقوية واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال، ولن تتأتى القيمة القانونية لهذه القواعد إلا مع وجود أجهزة مكلفة بإعمالها والعمل على احترامها[2].

3- الإقرار بالطابع الذاتي للقواعد المادية: أصبح وجود قواعد مادية خاصة بالمعاملات التجارية الدولية حقيقة وضعية من الصعب تجاهلها، وذلك يرجع إلى أن تدخل المشرع الوطني بوضع حلول لمنازعات عقود التجارة الدولية يعد في نظر البعض أحد الأسباب التي تعوق تطور هذه التجارة، إذ أن مجتمع رجال الأعمال والتجارة الدولية له معطيات ومفاهيم تختلف عما هو سائد في المجتمع الداخلي، من أجل ذلك ظهر في الفقه المقارن وقضاء التحكيم إتجاه نحو الإقرار بالطابع الذاتي والمستقل لهذه القواعد، ولهذا يشبه البعض هذه القواعد بأنها تشكل" نظام قانوني كالجنين في دور التكوين"[3].

الفرع الثاني : أسباب تغليب القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية.

مع تنوع أنماط عقود التجارة الدولية، ظهر جليا قصور قواعد التنازع التقليدية في إيجاد الحلول المناسبة لهذه العقود المتطورة باستمرار، وبالنظر لما يؤدي إليه ذلك من تطبيق أحد القوانين الوطنية التي وضعت أساسا لحكم العلاقات والمبادلات الداخلية، الأمر الذي لا يستجيب وطبيعة هذه العقود

[1] - Osman F , Les principes généraux de la lex mercatoria , perface E.loquin , bibliothèque de droit privé , T 2 , L.G.D.J , paris , 1992 , p09.

[2] – أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المرجع السابق ، ص103.

[3]- أبو العلا علي أبو العلا النمر ، المرجع نفسه ، ص132.

التي تقتضي تعدد روابط الإسناد، على نحو يصعب معه أن يدعي نظام قانوني واحد كفايته لحكمها[1].

ويعود السبب الرئيسي لاتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد مادية، إلى الرغبة في تجاوز القوانين الوطنية التي لا تتلائم بطبيعتها مع هذه العلاقات، والحيلولة بينها وبين حكم منازعات عقود التجارة الدولية، هذا فضلا على الاستجابة لأماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة وتطبيق ما استقرت عليه من قواعد وأحكام[2].

أولا – عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية: رغم تصدي الدول لحل مشاكل التجارة الدولية سواء من حيث تشريعاتها الوطنية أو من خلال ما تبرمه من معاهدات مع غيرها من الدول الأخرى لتنظيم حاجات تلك التجارة، إلا أنها لم تخلوا من الصعوبات التي اعترضتها عند تصديها لهذه المشاكل، خاصة وأن طبيعة عقود التجارة الدولية قد أضحت متعددة على نحو عجزت معه هذه التشريعات الداخلية عن ملاحقة أنماطها الحديثة[3].

وغني عن البيان أن القواعد الوطنية التي تشكل جانبا من قانون التجارة الدولية تفتقر إلى صفة الدولية، وعليه فإنه ليس من المستبعد أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملائمة بعض هذه القواعد لحكم ما تثيره من مشاكل[4]، فافتقار هذه الأخيرة للدولية أصدق مدلولا على عدم استجابتها لما تتميز به هذه العقود من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوزها وإخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصا من أجلها، ومن هنا كانت أهمية عادات وأعراف التجارة الدولية، والتي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدولية.

فهذه العادات والأعراف الدولية تشكل رقما مهما ضمن معادلة القواعد المادية[5]، بحيث أنها تتضمن تنظيما مباشرا للروابط العقدية الدولية ينطوي على قواعد دولية عابرة للحدود، يؤدي إعمالها

[1] – محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 63.

[2]- منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 07.

[3]- محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 314.

[4]- محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 65.

[5]– يرجع الفضل في تكوين القواعد العرفية السائدة بين الجماعات العاملة في ميدان التجارة الدولية إلى سببين رئيسيين: أولهما انتشار العقود النموذجية والشروط العامة الموضوعية، وثانيهما حرص المتعاملين في هذا المجال على الالتجاء للتحكيم نظرا لما يعطيه هذا الأخير من حرية أكبر

خاصة أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي إلى تحرير هذه الروابط من ربقة القوانين الداخلية، لتخضع لهذه الأعراف التي درج عليها العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية[1]، فهي لا تعد قانون داخليا لأنها نشأت بعيدا عن الدولة ومؤسساتها، ما يخرجها من مجال تنازع القوانين وفقا للمفهوم السائد أمام القضاء الداخلي .

وإزاء التطورات الملحة التي فرضت منطقها على الساحة التجارية الدولية و إخفاق الدول في السيطرة عليها وتوجيهها، وأمام عجز القوانين الوطنية عن التنظيم الانفرادي لعلاقات التجارة الدولية، كان من الطبيعي أن يكون للمتعاملين في ميدان تلك التجارة الحرية في الخروج من ربقة هذه القوانين التي أضحت لا تتلائم وهذه العلاقات، ولأن الإحالة إليها تأتي في كثير من الأحوال دون مراعاة لمضمونها أو فحواها ،إذ لا يمكن التعرف على ما تقرره من نتائج إلا عندما يثور النزاع بين الأطراف ، فالاستعانة بتلك القواعد لا يترك أي فرصة للأخذ في الاعتبار عدالة النتيجة التي قد تؤثر بدورها على إسناد الرابطة العقدية لقانون آخر أكثر استجابة لحكم المسائل التي يثيرها النزاع، وبالتالي يخضع العقد في هذه الحالة للقانون الذي يرسي المتعاقدون قواعده وأحكامه، ومن ثم يفضلون الخضوع لأحكامه التي يعرفونها مسبقا و يجدون فيها الأمان القانوني الذي ينشدونه.

فحينما تشير قاعدة التنازع بتطبيق قانون معين، قد تأتي أحكام هذا القانون على غير توقعاتهم، ما من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، وذلك بعكس لوتم اختيار قواعد معلومة سلفا ومعروفة لهم تجنبهم تبعة هذه المفاجئات .

إذن فالقواعد المادية على هذا النحو لا تحتاج لانطباقها على الروابط العقدية ذات الطابع الدولي – وفقا لما يراه البعض – لمنهج التنازع، بما يتضمنه من حلول لمشكلة اختيار القانون واجب التطبيق، وإنما تطبق تطبيقا مباشرا على العلاقات القانونية التي تدخل في نطاق سريانها بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين – وهذا ما يميز القواعد المادية عن قواعد التنازع غير المباشرة – ، وبالتالي لا يلجأ القاضي لمنهج التنازع إلا في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة مادية

للمحكم بخلاف القاضي عند نظره للنزاع ، حيث يتحرر الأول من قيود القوانين الداخلية مطبقا القواعد المادية التي جرى المتعاملون على إتباعها في مجال التجارة الدولية ... ينظر : محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 315.

[1] – ورغم ذلك يرى جانب من الفقه أن فرض النظام الاقتصادي الجديد يقتضي وضع قانون موحد للتجارة الدولية من خلال المعاهدات لعدم ملائمة القوانين الوطنية الداخلية للعلاقات الدولية . ينظر: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق ، ص 314.

تقدم الحل المباشر للمسألة المطروحة[1]، وبذلك تتجنب القواعد المادية تعقيد منهج التنازع وما قد يؤدي إليه من إخلال بتوقعات الأطراف، لاسيما عند سكوتهم عن اختيار قانون العقد .

وكنتيجة لذلك يتأكد القول بأن بعض القواعد القانونية الوطنية تعد غير ملائمة لتسوية المنازعات التي تثيرها العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، ولقد سجل فقه التجارة الدولية ذلك منذ فترة طويلة[2]، عندما لا حظ أن القواعد الوطنية لا يمكن أن تقدم بطريقة كافية حلولا مناسبة للعلاقات الدولية، وهو ما يجد تجسيدا له في العديد من الأمثلة التي تبرز بوضوح هذه الفرضية[3]، والتي يمكن أن ننطلق فيها بما سجله القضاء الفرنسي من عدم ملائمة القانون الفرنسي لحكم بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاقها، عندما لم يسلم بإعمال هذه القواعد خاصة ذات الطابع الآمر منها، وهذا لعدم وجود توافق أو تناسب مع الذاتية التي تتميز بها هاته العقود، كشرط الدفع بالذهب مثلا الذي لا يجد تطبيقا له في العقود الداخلية ،بالإضافة إلى ما تعلق منها باستقلالية شرط التحكيم ،وفي هذا الصدد يعد الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20ديسمبر 1993م في قضية Dalico مثالا واضحا، حيث قررت المحكمة أنه : "وفقا لإحدى القواعد المادية التي يقررها قانون التحكيم الدولي، يعد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة أو بالإحالة، وكذلك وجوده وفاعليته لا يمكن إنكارهما، وذلك دون المساس بالقواعد الآمرة التي يقررها القانون الفرنسي، أو تلك التي تعد من النظام العام الدولي دون أن يكون ضروريا الإحالة إلى قانون وطني معين"[4].

كما يبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة جانب آخر من القواعد الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية، وهذا بحجة عدم إجازته للشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات المبرمة بين مهنيين من تخصصات مختلفة، رغم أن هذا المنع لا يتناسب مع الطبيعة

[1]– هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 703.

2 -René David , le droit du commerce international , économica ,paris ,1987, p 15.

[3] – محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 68.

[4] محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق، ص 70. وينظر : أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،1981 ، ص37.

الخاصة لعقود البيع الدولية، منكرا بذلك الدور الفعال الذي تلعبه هذه الشروط في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة في أغلب الحالات[1].

وتدعيما لهذا التوجه، يقرر النظام الأنجلوساكسوني بطلان الشروط الجزائية – على الرغم من شيوعها في الحياة العملية – حتى ولو تم إدراجها في عقد من عقود التجارة الدولية، وذلك من خلال الحكم الصادر في قضية pebork v. caudille والذي يعد تأكيدا على تحريم هذا النظام لمثل هذه الشروط[2].

وغني عن البيان أيضا أن التشريعات الوطنية قد درجت على تقسيم العقود إلى مسماة وأخرى غير مسماة وأفردت لكل منها قواعد خاصة بها ، ومع ذلك فإن هذا التصنيف لا يتناسب في كل الحالات مع العلاقات الدولية، خصوصا بعد استحداث عقود دولية لم تكن معروفة من ذي قبل ، تحاول أن تواكب في أغلب الحالات التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، وعليه فإن كان يسهل إدراج العقود الداخلية تحت طائفة من هذه التقسيمات إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لعلاقات التجارة الدولية، بالنظر لكونها علاقات مركبة ومعقدة تجمع في كنفها مختلف الصور التي تعرفها القوانين الداخلية، و هو ما يصعب من مهمة إدراجها تحت واحدة منها وما يحتم في نفس الوقت تجاوز القواعد الوطنية نحو قواعد أخرى أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية[3].

وبذلك يبدوا واضحا أن القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد القانونية التي تنافي في جوهرها ما يسير عليه الواقع العملي لعقود التجارة الدولية، فطبيعة هذه الأخيرة وتنوع أنماطها يقتضي تجاوز القوانين الوطنية بما يسمح بتجنب معوقات تطور تلك التجارة.

---

[1] محمد ابراهيم على محمد ، المرجع السابق، ص 49.

[2]– حيث جاء قرار المحكمة بصدد إجابتها عن الاجراء القانوني الذي اتخذه البائع لالزام المشتري بدفع المقدم في صورة فوائد تعويضية على النحو التالي :

« le préjudice de vendeur pouvait être aisément déterminer , la disposition prévoyant la retenue de l'acompte par le vendeur était une pénalité , et portant , n'était pas valide. »

ينظر : محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص77.

[3] – إن الهدف البعيد من وراء هذا التجاوز يكون في الغالب بهدف حماية مصالح الشركات الأجنبية المسيطرة على حركة التجارة الدولية ،مهما اختلفت التبريرات التي تحاول إلباس هذا التجاوز ثوب المشروعية. ينظر : أبو زيد رضوان ، المرجع السابق، ص 148.

فضلا عن ذلك فقد تتعارض القواعد الوطنية أحيانا مع القواعد الدولية التي وضعت خصيصا لحكم منازعات عقود التجارة الدولية، خاصة بعد أن أقرت الاتفاقيات الدولية أولوية هذه القواعد للتطبيق على حساب القواعد الوطنية، وهو ما تبرزه بوضوح المادة التاسعة من اتفاقية فينيا لسنة 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع ، حيث تقرر وجوب إعطاء الأفضلية والأولوية في التطبيق لعادات وأعراف التجارة الدولية سواء أكانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى إحدى قواعد التنازع[1].

إلا أن هذه النتيجة لا تعتبر حتمية مطلقة في كل الحالات، إذ قد تكون القواعد الوطنية مستقاة من الشروط أو من النماذج التي تضعها اللجان الدولية، خاصة في مجال العقود البحرية، أين تستقي التشريعات الوطنية نصوصها من القواعد التي تقرها هذه اللجان – كتلك التي أقرتها جمعية القانون الدولي بشأن البيع " سيف" والتي تعرف بقواعد وارسو اكسفورد – ، والتي تمثل تجسيدا لما يجري عليه العمل في الحياة الدولية[2].

لكن في كل الأحوال يبقى التساؤل مطروحا حول إن كان تجاوز القوانين الوطنية بحجة عدم ملائمتها لحكم مشاكل عقود التجارة الدولية أمرا كافيا لتبرير هذا التجاوز، أم أنه يتعين البحث بموضوعية عن الأثر الذي يترتب على إعمال تلك القواعد على موضوع النزاع، بما لا يشكل إعتداءا على التوقعات المشروعة لأطراف العقد التجاري الدولي، وهو ما سنحاول أن نتعرض إليه من خلال دراسة فكرة التوازن العقدي

ثانيا – إهدار التوازن العقدي :

إن كل عملية تجارية دولية تقوم على مبدأ التعادل أو التساوي في الإلتزامات والحقوق بين الأطراف، وهو المبدأ الذي تلزم مراعاته عند تطبيق أو تفسير القواعد القانونية المعنية بالعلاقات

[1] - – Antoine kassis , Le nouveau droit européen des contrats internationaux , L.G.D.J , paris , 1993. , p545

[2] – مصطفى كمال طه ، القانون البحري الجديد ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 1995 ، ص 349.

التعاقدية الدولية، لما له من تأثير على كل شخص يتولى هذه المهمة، وهذا ما حرص عليه قانون التجارة الدولية عند إدراج مبدأ التوازن ضمن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها[1].

ومن الملاحظ أن اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المتعددة يعد من أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، لذلك- ومنذ وقت طويل – بذلت مجهودات دولية للتغلب على هذا الاختلاف والعمل على توحيد قواعد العقود التجارية الدولية، إذ اتجه التفكير من ناحية إلى ضرورة تحديد القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بدرجة كافية ، ومن ناحية أخرى إلى وجوب المساواة بين الدول التي تشارك في التجارة الدولية[2].

إن إهدار القوانين الوطنية وما تتضمنه من قواعد تنازع للتوازن العقدي في مجال عقود التجارة الدولية يعد سببا أساسيا في تجاوزها وخلق قواعد خاصة بها، الأمر الذي يقتضي تقدير هذا التوازن بدقة بالنظر لما يلعبه من دور محوري وجوهري في هذه العقود، و بالنظر لما تلقاه من اهتمام في بنائها[3]، فالنزعة الفردية هي التي تسيطر على العلاقات التجارية والاقتصادية في الوقت الحاضر وتدفع في نفس الوقت كل طرف إلى البحث عن مصالحه الفردية، ومحاولة تحقيقها تتعارض بصورة كلية مع الهدف الذي تسعى القوانين الوطنية (ومعها قواعد التنازع) إلى تحقيقه، وهو تغليب مصلحة الجماعة على أماني ورغبات الأفراد، ومعه يبدوا التوازن العقدي كحجة تقود إلى الأخذ في الاعتبار التوقع المشروع للأطراف[4].

ففي عقود التجارة الدولية نجد أن أطراف العقد يملكون في الغالب الوسائل التي تمكنهم من إجراء مفاوضات متعادلة تسمح لهم بتحقيق توازن عقدي ملحوظ، إذ بفضلها يحصل أحدهما على مقابل لبعض الشروط العقدية، هذه الأخيرة ليست إلا عنصرا من عناصر التوازن العقدي، وبالتالي فإن الإبقاء على صحتها يؤدي إلى المحافظة على سلامة التوازن[5].

---

[1] - وفاء مصطفى محمد عثمان ، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980 ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 2005 ، ص 09.

[2] - وفاء مصطفى محمد عثمان ، المرجع نفسه ، ص11.

[3] – محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 87.

[4] – محمد ابراهيم علي محمد ، المرجع السابق ، ص48.

[5] – محمد ابراهيم علي محمد ، المرجع نفسه، ص 47.

وبالنظر إلى أهمية التوازن العقدي والدور الذي يلعبه في مجال العلاقات الدولية، فقد لقيت هذه الفكرة صدا واسعا لدى واضعي الاتفاقيات، حيث استعانت بها في مجال النقل الدولي للبضائع وهي بصدد صياغتها لقواعد موحدة لهذا النوع من العقود أين وضعت حدا قانونيا لمسؤولية الناقل الدولي ، وهو ما تبرزه بوضوح المادة 45 من اتفاقية برن لسنة 1980م بشأن النقل الدولي للبضائع عن طريق السكك الحديدية ، وهو ما يصدق كذلك بالنسبة لإتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980م التي أكد بخصوصها الفقيه محسن شفيق أن مبدأ التوازن العقدي يعتبر من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها هذه الاتفاقية، حيث يقول "أن التوازن الدولي بين طرفي العقد هو نهج التزمت به الاتفاقية لكي لا يطغى أحدهما على الآخر، وما من واجب تفرضه الاتفاقية على أحد الجانبين إلا ويقابله واجب يساويه على الجانب الآخر يعود به التوازن بين المركزين القانونيين[1]". ولعل الدول النامية هي الأكثر استفادة من الروح الواردة على المعاملات الدولية كونها لا تزال صيدا سهلا لرجال الأعمال في الدول المتقدمة .

بالإضافة إلى ذلك هناك العديد من أحكام التحكيم الدولي التي أبرزت أهمية كل شرط عقدي كعنصر في التوازن العقدي ، نذكر منها حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية الفرنسية cci في سنة 1975[2]، التي أكدت فيه أن مبدأ التوازن العقدي يستلزم أن تبقى الإلتزامات بين الأطراف متوازنة .

فمن الواضح إذن أن أطراف العقد التجاري الدولي وكذا الاتفاقيات الدولية يسعون إلى المحافظة على التوازن العقدي كل بطريقته، حيث أن تقرير إعمال المبدأ يؤكد أن شرط القانون الواجب التطبيق قد تم مناقشته والتفاوض عليه وأخذه في الاعتبار عند تحقيق توازن العقد، لهذا يعد التوازن هو

[1] - وفاء مصطفى محمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 09.

[2] - حيث قررت المحكمة أن :

« tout transaction international est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire , fondé sur la= = = = spéculation ou le hasard c'est une règle de la lex marcatoria que les prestations restent équilibrées sur un plan financier… »

ينظر في ذلك: محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص90. وينظر أيضا :محمد إبراهيم علي محمد ، المرجع السابق ، ص51.

المحرك الأساسي والدافع الرئيسي الذي ترتكن عليه الشركات متعددة الجنسيات لإقناع الأطراف بضرورة خلق قانون خاص بالعلاقات الدولية[1].

وبالرجوع إلى المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتقدير تحقيق التوازن العقدي من عدمه، فإنه يكمن في الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من ناحية، وفي صفة الأطراف من ناحية أخرى، فإذا كانت فكرة التوازن العقدي تقوم على فكرة مؤداها أن الشروط العقدية هي محصلة مفاوضات طويلة وعادلة بين الأطراف، فإن ذلك ينتفي عند تحقق عدم التكافؤ الاقتصادي أو الفني بينهم، ولعل هذا الأخير نلمسه بوضوح في العقود التي تبرمها دول العالم الثالث التي لا تملك في سبيل إبرام عقودها إلا الإذعان للشروط العقدية المتضمنة في العقود النموذجية أو الشروط العامة للعقود التي تقرها الدول الكبرى، نظرا لعدم مقدرتها على إجراء مفاوضات حرة وعادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع من حاجتها الماسة إلى إبرامه[2].

وهكذا يتضح أن ضابط التوازن العقدي يعد من بين أهم الدعائم التي تستند إليها الشركات التجارية الدولية للقول بضرورة خلق قواعد خاصة بالعلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، لتتجاوز بحكمه وموضوعية القوانين الوطنية.

ثالثا – تجاوب التحكيم الدولي مع القواعد المادية:

لقد ساهم التحكيم التجاري الدولي بدور فعال في خلق قواعد مادية خاصة بعقود التجارة الدولية، نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة ورجال الأعمال، وذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تتوائم وطبيعة هاته العقود، وإرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، ما دعى بعض الفقه إلى القول أن التحكيم قد أضحى أحد العوامل الرئيسية في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية التي تشكل القواعد المادية حجز الزاوية فيه[3].

ولقد أصبح التحكيم الدولي على هذا النحو منافسا خطيرا للقضاء الوطني، خاصة وأن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، لا

[1] – محمد إبراهيم موسى ، المرجع نفسه ، ص91.

[2] – وإن كان البعض يرى أن الدول النامية ستفرض كلمتها بالتدريج ،وتصل بالعلاقات التعاقدية إلى نقطة التوازن بالنظر إلى ما تملكه من ثروات ومواد أولية... ينظر : محمد بجاوي ، من أجل نظام اقتصادي دولي جديد ، الشركة الوطنية للنشر ، الجزائر ، 1981، ص 12.

[3] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 345 .

يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أضحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي، فاستقر بهم المطاف على إخضاع العقود التي يبرمونها إلى القانون الذي يرسون هم أنفسهم قواعده وأحكامه، وهو ما اصطلح عليه الفقه الحديث تسمية قانون التجارة الدولي **"lex mercatoria"** ونتيجة لذلك أصبح المتعاقدون يحاولون إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويل العقود وإخضاعها للقانون التجاري الدولي، ما يكفل لهم تطبيق العادات والأعراف المهنية السائدة لدى التجار، والتي تعتبر بدورها من المصادر الأساسية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فتطبيق مثل هذه العادات والأعراف من شأنه أن يشعر المتعاقدين بالأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة إذا علمنا أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية يعتبرون من المختصين الذين يملكون دراية واسعة عن خبايا هذه التجارة والعارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني، والتي يكفل إعمالها تجنيب المتعاقدين مغبة مفاجئات القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها[1]، فالتحكيم التجاري الدولي يمثل على هذا النحو تعبيرا عن رغبة المتعاملين على مسرح الحياة الخاصة الدولية في التحرر من الأحكام الوضعية التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية، التي تواجه في الأصل المعاملات الداخلية و لا تتلائم في غالب الأحيان مع طبيعة التجارة الدولية[2].

و بالنظر إلى المكانة التي أصبح يتبوؤها التحكيم كأداة متميزة لخلق و تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية، لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي ليحل محل القانون الدولي الخاص[3]، إلا أن عدم نشر الأحكام المتعلقة بقضايا التحكيم حفاظا على سريتها و حفاظا على سمعة المتعاملين في هذا الميدان أثر بالسلب على استقرار القواعد التي تم التعامل بمقتضاها في المنازعات التي تطرح على قضاء التحكيم – بخلاف أحكام القضاء الداخلي – ، خاصة إذا علمنا أن هذه الأحكام قد تصدر دون بيان أسبابها على نحو قد يبعث

[1] – محمود محمد ياقوت ، المرجع نفسه ، ص 353

[2] - هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية ، الفنية للنشر ، الإسكندرية ،1987، ص02

[3]– محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 353 . و فيمل يتعلق باصطلاح القانون الخاص الدولي يفضل الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة إطلاق مصطلح القانون الموضوعي للتجارة الدولية على "مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلول موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة ، والتي تفترق بذلك عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص" . ينظر في ذلك: أبو العلا علي أبو العلا النمر ، مقدمة القانون الخاص الدولي ،المرجع السابق ، ص06 و07

الشك في نفوس المتعاقدين و يهدد مصالحهم التجارية، هذا دون أن ننكر جهود غرفة التجارة الدولية بباريس و التي حاولت أن تعالج هذه المشكلة ، حيث انتهت إلى التوصية على نشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ قانونية تهم الأوساط التجارية مع حذف أسماء أطراف النزاع أو ما قد يمس بسمعتهم أو يتصل بأسرار نشاطهم و تجارتهم، و لعل هذه الأسباب هي التي يميل من أجلها المحكومون إلى إخضاع عقود التجارة الدولية المطروحة عليهم للقواعد المادية في القانون التجاري الدولي، و في نفس الوقت هي التي دفعت الدول المختلفة إلى إبرام المعاهدات التي تتضمن قواعد مادية موحدة واجبة التطبيق مباشرة على هاته العقود.

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية

بعد أن تأكدت الحاجة الملحة نحو خلق قواعد مادية تحكم عقود التجارة الدولية مسايرة للطبيعة الذاتية التي تتميز بها، كثرت معها التساؤلات عن المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها و الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد و الانسجام في قواعدها .

فقد يراد بالمصدر كما هو معروف الشكل الذي خلع على قاعدة صفتها القانونية و جعلها ملزمة مقترنة بجزاء، كما قد يراد به المصدر التاريخي الذي استمدت منه هذه القواعد صياغة أحكامها، و أخيرا قد يراد به المصدر المادي أو الحقيقي أو الموضوعي، الذي هو عبارة عن الحادث الزمني أو الظاهرة الاجتماعية أو المناسبة الاقتصادية التي وضعت هذه القواعد لتنظيمها ، و هذا ما يهمنا في معرض حديثنا عن مصادر القواعد المادية[1].

وعلى إثر ذلك انقسمت مصادر القواعد المادية إلى مصادر ذات أصل داخلي تتخذ من الطابع التشريعي و الطابع القضائي أساسا لها (الفرع الاول)، و أخرى ذات أصل دولي اتخذت من الاتفاقيات الدولية ومن العادات و الأعراف الدولية بالإضافة إلى القواعد الناجمة عن العمل الدولي منطلقا لتقرير قواعدها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي

[1]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص10

تولت بعض التشريعات عقود التجارة الدولية بالتنظيم عن طريق سن قواعد مادية خاصة تتلائم و الطبيعة الخاصة لهاته العقود ، تختلف في مضمونها و أحكامها عن التنظيم القانوني الذي يحكم عقود المعاملات الداخلية .

كما اتجه القضاء هو الآخر في بعض الدول إلى استحداث بعض القواعد المادية التي تتماشى و طبيعة الروابط الخاصة الدولية، على نحو أراد به تغطية العجز الذي قد يتركه التشريع بخصوص هذه المعاملات.

أولا– القواعد المادية ذات الأصل التشريعي :

تصدت بعض النظم القانونية لوضع تنظيم مادي للروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية رغم صعوبة ذلك، حيث أن المشرع الداخلي لا يهتم في غالب الأحيان إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية، محاولا الإقتصار فيما يخص العلاقات الدولية على اللجوء إلى إبرام المعاهدات الدولية، التي تتكفل بتنظيم هذه العلاقات وفقا لتوجه الأطراف المتعاقدة والهدف الذي ترمي إليه.

إلا أن موقف التشريعات الداخلية على هذا النحو ليس على سبيل الإطلاق، حيث أن هناك أمثلة حية لتشريعات تصدت لهذا التنظيم، من أبرزها التشريع التشيكوسلوفاكي[1] الذي يعد أول تشريع في العالم تصدى للتنظيم المادي لعلاقات التجارة الدولية من خلال تقنين التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي الصادر في 04 ديسمبر 1963م، والذي بدأ العمل به ابتداء من أول يناير 1964م، فاحتوى على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية[2]، كما يوجد أيضا التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية — سابقا– في 05 فبراير 1976[3]، والذي جاء كثمرة لما جرى عليه العمل في العلاقات التعاقدية الدولية.

---

[1]– حيث قسمت دولة تشيكوسلوفاكيا حديثا إلى دولتين : دولة التشيك ودولة سلوفاكيا

[2] – توضح مطالعة نصوص هذا القانون أنه لا يغطي كافة مسائل التجارة الدولية ، ويقتصر في جل نصوصه على تنظيم العقود التجارية الدولية بما يعبر عن رغبة المشرع الوطني التشيكوسلوفاكي في سن قواعد تتلائم مع الطبيعة الخاصة التي تتميز بها العقود الدولية . ينظر: = = = =أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص20. وينظر كذلك: زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، المرجع السابق ، ص 182.وينظر كذلك: زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص81.

[3]– لمزيد من التفصيل ينظر: هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص709. وينظر أيضا: زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، المرجع السابق ، ص186.

وقد جاءا هذين التشريعين منطويين على قواعد مادية شرعت أساسا لتنظيم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية، على نحو يخرج من نطاق تطبيقهما العقود الداخلية التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاري التي يتضمنها التشريع التشيكوسلوفاكي والألماني، فضلا على اشتراط صفة الدولية للعلاقة العقدية كشرط ضروري لإعمال هذه القواعد .

وعليه يثور التساؤل حول إن كانت دولية العقد هي الشرط الوحيد لإعمال القواعد المادية في كلا القانونين ؟ أم أنه يشترط كذلك أن القانون التشيكوسلوفاكي أو الألماني – حسب الأحوال- يكون مختصا بمقتضى قواعد التنازع؟

وللإجابة على هذا التساؤل فقد جاء موقف كل من القانونيين موحدا، بحيث أكدت المادة 03 من التقنين التشيكوسلوفاكي على أن القواعد المادية لا تنطبق إلا إذا كان القانون التشيكوسلوفاكي هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع، وهو نفس ما توجه إليه التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، وهكذا يتبين أن النصين لا يطبقان إلا على أساس قانون الاستقلالية أو نتيجة لتعيينهما من قبل قاعدة التنازع المختصة[1].

وبذلك أصبح مشروطا لانطباق نصوص كل من التقنينين السابقين مباشرة في حل منازعات عقود التجارة الدولية، لزوم أن يكون القانون التشيكوسلوفاكي أو الألماني مختصا بمقتضى قواعد التنازع، وهو ما دفع البعض إلى التشكيك في سلامة اعتبار هذه النصوص من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص[2]، فهي لا تظهر كقواعد قانون دولي وإنما كقواعد داخلية ذات استعمال دولي، وهو ما حدا بالفقه للانقسام إلى تيارين بخصوص هذه المسألة :

– حيث رفض جانب من الفقه التطبيق المباشر للقواعد المادية في دول القاضي ما لم تشر قواعد التنازع في هذه الدولة باختصاص قانون القاضي، الذي يتضمن تنظيما ماديا خاصا بالعقود الدولية[3]، فرغم وطنية مصدر هاته القواعد إلا أنها شرعت أساسا للإستجابة للإعتبارات الدولية ، وبالتالي لا ينال من طبيعتها هذه أن يكون انطباقها متوقفا على منهج قواعد التنازع .

[1] - موحند اسعد ، المرجع السابق ، ص 120.

[2]– هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص711.

[3] - Pierre Mayer , op- cit , p 17.

– في حين يرى الفقه الغالب عكس ذلك، حين يقر بتطبيق القواعد المادية تطبيقا مباشرا على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في نطاق سريانها، وبصرف النظر عن اختصاص النظام القانوني للقاضي بمقتضى قواعد التنازع، بحجة أن مضمون القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والهدف الذي تسعى إلى إدراكه يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا على عقود التجارة الدولية[1]، وهذا ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة كما هو الشأن في كل من التقنيين التشيكوسلوفاكي والألماني، أين علق المشرع تطبيق نصوصهما على شرط أن يكون قانونا مختصا بحكم النزاع وفقا لما تشير به قواعد تنازع القوانين.

لكن مع ذلك يجب التنبيه هنا إلى الحالة التي يطرح فيها النزاع أمام قضاء دولة أخرى لا يتضمن قانونها قواعد مادية على هذا النحو في شأن المسألة المطروحة، أين يصبح إعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية السائدة في دولة أجنبية (كالقاضي التشيكوسلوفاكي أو الألماني) لا يتم بداهة إلا من خلال منهج التنازع، وبهذه المثابة لا يتصور تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي الخاص بعقود التجارة الدولية أمام القضاء الجزائري تطبيقا مباشرا لكونه لا يعد جزءا من النظام القانوني الجزائري، و إنما هو ينطبق على العقد الدولي المطروح أمام القضاء إذا اختارته إرادة الأطراف، أو فيما لو أشارت إليه ضوابط الإسناد الإحتياطية في القانون الجزائري – في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد – إلى اختصاص القانون التشيكي مثلا.

وعليه يتضح أن إعمال القواعد المادية في القانون الدولي الخاص لا يتم في الأصل إلا من خلال منهج التنازع، إلا أن هناك من يرى أنه لا مانع من تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع، وهذا ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك صراحة .

وإذا كان هذا موقف المشرع الوطني فهل يستوي في هذا الأخذ مع ما أخذ به القضاء في هذا الخصوص ؟.

ثانيا – القواعد المادية ذات الأصل القضائي :

[1]– هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص712.

اتجه القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي إلى خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص الهادفة إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية[1]، ومن بين القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة، وذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عمله أجنبية أخرى، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقود القانون الداخلي .

ومن بين هذه القواعد كذلك القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الخطر الوارد في القانون الداخلي[2].

وإذا كان إقرار القضاء الفرنسي لمثل هذه القواعد في مجال عقود التجارة الدولية يستند أساسا إلى الاجتهادات القضائية التي تستهدي حاجات التجارة الخارجية والمعاملات الدولية، إلا أن هذا القضاء حاول أن يستتر منذ البداية وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، مثل فكرة النظام العام أو بالإستناد إلى الإعمال التقليدي لمنهج التنازع، حينما أدى الاستعمال المطرد لأحكام هذه القواعد إلى منحها مع مرور الوقت طابع العموم والتجريد الذي لا يخلوا من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها ، حتى انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي، والتي لا يحتاج تطبيقها المباشر إلى منهج التنازع[3]، فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في21يونيو1950 إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام لتبرير صحة شرط الدفع بالذهب المدرج في عقد قرض دولي بالمخالفة لأحكام القانون المختص – القانون الكندي –

[1] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص300.

[2] – فبينما تمخضت أحكام المادتين 83و1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي خلال فترة طويلة عن تحريم التحكيم بالنسبة للدولة الفرنسية ،قضت محكمة النقض في قضية Galakis أن شرطا تحكيميا تعهد به هذا الأخير يعتبر صحيحا في عقد دولي " أبرم لتلبية حاجات التجارة البحرية وضمن الشروط المقابلة لأعراف هذه التجارة " . ينظر : موحند اسعد ، المرجع السابق ، ص 119. وينظر كذلك: أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص22.

[3] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص716.

الذي يقضي ببطلان هذا الشرط، حيث أكدت المحكمة في حكمها أن من حق المتعاقدين في مثل هذا العقد الاتفاق على شرط الدفع بالذهب ولو كان ذلك مخالفا للأحكام الآمرة في قانون العقد، لمخالفة هذه الأحكام للنظام العام الدولي في فرنسا[1]، وبينما أقر بعض الفقه[2] بالإسناد الخاطئ للحكم المذكور على أساس فكرة النظام العام، أتى تأصيل البعض الآخر إلى أن القضاء الفرنسي قد خلق قاعدة من قواعد الشعوب في إطار القانون الداخلي، أو بمعنى آخر أن هذا الحكم قد وضع قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص الفرنسي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية[3].

هذا واتجهت بعض الأحكام الأخرى للقضاء الفرنسي إلى الاستناد صراحة إلى منهج التنازع لتبرير ما وضعته من قواعد مادية تتعلق بعقود التجارة الدولية ، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 أفريل 1964م على حق الدولة في اللجوء للتحكيم عملا بأحكام القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد التنازع، حيث قررت أن الحظر المقرر في القانون الداخلي الفرنسي هو حظر يتعلق بالعقود الداخلية، والذي يعد نوعا من عدم الأهلية الخاصة يخضع فيما لو كان العقد يتسم بالطابع الدولي بالنسبة لقانون العقد[4].

لكن القضاء الفرنسي الحديث هجر موقفه السابق الذي حاول فيه التستر وراء منهج التنازع ودون الإلتفات إلى مضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه، وهو ما يتجسد في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 02 ماي 1966م، والذي انتهت فيه إلى حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية دون أن تستند في ذلك إلى منهج التنازع كما فعلت سابقا .

---

[1]- محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص301.

[2]- من بينهم الأستاذ هشام علي صادق

[3]- ينظر في تفصيل هذا الحكم : هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،المرجع السابق ، ص 717.

[4]- وهو نفس ما كان يعتمده المشرع الجزائري منذ وقت قريب، أين كان يحرم على الأشخاص العمومية اللجوء للتحكيم بنص المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية رقم 154/66 والمعدل بمقتضى المرسوم التشريعي 09/93 الذي عدل فيه المشرع بشكل جدري عن موقفه السابق ،وصولا إلى نص المادة 1006 فقرة 03 من ق.إ.م.إ رقم 09/08 الذي حدد فيه بصراحة إمكانية لجوء الدولة للتحكيم فيما لو تعلق الأمر بعلاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية التي تبرمها .

كما كانت محكمة النقض الفرنسية أكثر وضوحا وصراحة في حكمها الصادر في 04 يوليو 1972م – حكم هشت Hecht –، والذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، تكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين[1].

وبهذه المثابة أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة استقلال القواعد المادية عن منهج تنازع القوانين، فهي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على النزاع ما دامت الرابطة العقدية المطروحة تتعلق بالتجارة الدولية، وهذا بصرف النظر عن مضمون القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع.

ورغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدولية، إلا أنها لم تسلم مع ذلك من معاول الهدم التي استهدفت النيل منها، على أساس أن تصدي كل دولة لوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط باسم اعتبارات الملائمة الدولية، سوف يؤدي إلى تعميق الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع على علاقات التجارة الدولية، ما من شأنه أن يحول المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي[2]، وهو ما يناقض في نفس الوقت الجهود التي تسعى إليها الاتفاقيات الدولية، والتي تحاول قواعد التنازع بدورها إدراكه على نحو أفضل، كما أن فتح الطريق أمام القضاء لوضع لبنات هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يرونها ملائمة، ما من شأنه تهيئة المناخ لتبني حلول قد لا تتفق إلا ومعتقداتهم الشخصية، الأمر الذي قد يشكل إخلالا بتوقعات الأطراف ويجردهم بذلك من فرصة العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق على عقدهم[3].

ولعل هذه الانتقادات هي التي دفعت إلى التفكير بشأن تدارك هذه المآخذ، من خلال البحث فيما يكفل وحدة الحلول ويحقق الأمان القانوني المنشود، سواء عن طريق المعاهدات الدولية أو نتيجة لاستقرار العادات والأعراف الدولية السائدة في هذا المجال .

---

[1]– هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص722.

[2] - محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 303.

[3]-كذلك يرى بعض الفقه أن القواعد المادية التي يصدرها القضاء تظل عاجزة عن تحقيق أحد أهداف وطموحات أنصار هذا المنهج، ألا وهو خلق قانون موضوعي (مادي) عام ،والتي تنجم من كون القاضي مسوقا في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته ووفقا لما تقضى به مصالحها . ينظر : أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص24.

الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل الدولي

بعدما انتهى الفقه إلى أن صدور القواعد المادية عن المشرع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة إلى حد بعيد بالمصالح الوطنية، على اعتبار أن كل قاعدة ذات أصل داخلي تبدوا عاجزة عن إحداث قانون دولي مادي، ومعه تولدت الحاجة لوجود قواعد مادية ذات أصل دولي لا تستجيب في مضمونها إلا للاعتبارات الدولية الخالصة، مما يجعلها أكثر تحقيقا للأهداف التي تسعى إلى إدراكها .

ولعل من أهم القواعد المادية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بعقود التجارة الدولية هي تلك المستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتبنى قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، فضلا على أن خصوصية هذه العلاقات أفرزت أيضا عادات وأعراف تجارية استقر عليها العمل في الأسواق الدولية والتي غالبا ما تضمنتها العقود النموذجية الدولية من جهة أخرى.

أولا – المعاهدات و الاتفاقيات الدولية :

تعد المعاهدات و الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، والتي يلجأ إليها خصيصا عند وضع قواعد تسري مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية، التي تظل محكومة بالقوانين الداخلية للدول المتعاهدة .

ولعله من المستحسن ونحن في بداية حديثا عن المعاهدات التي تتضمن قواعد مادية تتصدى لتنظيم الروابط العقدية الخاصة الدولية، أن نميزها عن غيرها من الإتفاقيات والمعاهدات الأخرى التي تستهدف إما توحيد القوانين الداخلية في الدول المنظمة للإتفاقية أو توحيد قواعد الإسناد في الدول المتعاهدة .

فبالنسبة للمعاهدات التي استهدفت توحيد قواعد التنازع داخل الدول المنظمة إليها في صدد المسائل التي كانت محلا للاتفاق[1]، فإن التوحيد فيها لا ينصب على القواعد المادية التي تتصدى

[1]– مثل اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ،وأيضا اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ،واتفاقية لاهاي لسنة 1986 في شأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع ...إلخ ،يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات من خلال الموقع الالكتروني التالي:

http://hcch.net/f/conventions-intex –html :

للتنظيم المباشر لهذه المسائل، وإنما على المعايير المتبعة في شأن اختيار القانون الذي سيسري في شأنها، بينما المعاهدات التي ترمى إلى توحيد القواعد المادية في القوانين الداخلية – مثل معاهدة جنيف لسنة 1930م المتعلقة بتوحيد القانون واجب التطبيق على الكمبيالات والسندات الإذنية – وإن كانت ترمى إلى فض ظاهرة التنازع في مهدها، إلا أنها لم تحل في بعض الأحيان دون قيام الخلاف في كل من هذه الدول حول تفسير النص الموحد[1]، ما أدى بجانب من الشراح للذهاب إلى أن السبيل الوحيد لحل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد التنازع في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها لتحديد التفسير الواجب الإتباع، رغم أن الهدف الحقيقي الذي تسعى إليه المعاهدة التي جرت على توحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة هو القضاء على هذا التنازع ، ولن يتأتى إدراك هذا الهدف بغير التطبيق المباشر للقواعد الموحدة، لأن رجوع القاضي إلى قواعد الإسناد يفترض قيام التنازع بين القوانين التي حرصت دولته على تداركه بانضمامها إلى المعاهدة[2]، وما تأكيد الدساتير الوطنية على سمو أحكام المعاهدات على القانون الداخلي إلا دليل قاطع على نفي الصفة الداخلية عن هذه القواعد واعتبارها من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص .

وأيا كان حجم الخلاف الدائر حول مدى اعتبار المعاهدات الدولية التي تصدت لتوحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة مصدرا من مصادر القواعد المادية من عدمه، فإن الأمر الذي لا يدع مجالا للشك هو أنه لا أحد ينكر على هذه المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية دورها الفاعل والبارز في وضع هذه القواعد الخاصة بالروابط العقدية ذات الطابع الدولي، بحجة أنها تستجيب في مضمونها وأهدافها مع طبيعة هذه الروابط ولا تنطبق إلا في شأنها، والأمثلة على ذلك مختلفة ومتعددة، نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا

---

[1]- وهو ما ذهب إليه بعض الفقه حين رفض اعتبار القواعد الموحدة من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص ، من منطلق أن سعي هذه المعاهدات لتوحيد أحكام القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة ،وإن كان يعد في ذاته عملا ميسرا للتجارة الدولية إلا أنه يعني أن هذه القواعد قد أصبحت تستجيب على هذا النحو لظروف التجارة الدولية الحديثة ...ينظر :حمزة حداد ، المرجع السابق ، ص29 .وينظر كذلك :زروتي الطيب، ،النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن ، المرجع السابق ، ص 137.

[2] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص729

عام 1980م، والتي تضمنت قواعد مادية موحدة وضعت خصيصا لتنظيم هذا النوع من البيوع، بحيث يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع[1].

وتعتبر عقود النقل هي الأخرى من أهم العقود التي كانت موضوعا للاتفاقيات التي تعتبر مصدرا للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص المعاصر، مثلما هو الحال في اتفاقية " برن" المبرمة عام 1890م في شأن النقل الدولي بالسكك الحديدية للبضائع وكذا المسافرين وأمتعتهم، بالإضافة إلى اتفاقية وارسو المبرمة في عام 1929م بتعديلاتها المتعاقبة في شأن النقل الجوي الدولي، واتفاقية بروكسل المبرمة في 25أوت 1924م الخاصة بتوحيد بعض سندات الشحن والمعدلة جزئيا ببروتوكول سنة 1968م، فهاتين الإتفاقيتين الأخيرتين قد تضمنتا قواعد مادية لا تنطبق إلا إذا اتسم العقد بطابعه الدولي، وهذا بصرف النظر عن جنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن أو أي شخص آخر ذو شأن بذلك[2].

ومع ذلك فإن دولية العقد لا تكفي لوحدها لتطبيق هذه القواعد، ولذلك تحرص هذه المعاهدات على أن يكملها شرط آخر يقر بتوافر معايير معينة تصل الرابطة العقدية المطروحة بدولة متعاهدة أو أكثر، فبينما تشترط اتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929م لانطباق أحكامها على عقد النقل أن تكون محطة القيام ومحطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقدتين، نجد أن اتفاقية Humburg اشترطت أن يكون ميناء الشحن أو ميناء التفريغ واقعا في دولة متعاقدة، أو أن يكون سند الشحن صادرا في إحدى الدول المتعاهدة[3] .

وعلى هذا النحو لن يتأتى التطبيق المباشر للقواعد المادية التي تتضمنها المعاهدات الدولية على عقود التجارة الدولية إلا فيما لو كان النزاع مطروحا على قضاء دولة متعاهدة، فهي تشكل في هذه الحالة

---

[1] – هذه الإتفاقية لها توجه معين وهو بناء قانون موضوعي موحد يقوم مقام القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجال التي تطبق فيه أحكامها، وفي ذلك يقول الفقيه Audit:

" Le droit de la vente constitue la branche la plus importante du droit des contrats et il est lie' au droit des biens. La convention de vienne est le premier instrument d'unification du droit de la vente international ou, si l'on prefere, celle des les règle les plus largement admises par les opérateurs du commerce international". Bernard Audit, "la vente internationale de marchandises, convention des nations-unis du 11 avril 1980", L.G.D.J , paris,1990, p193.

[2]– هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص739.

[3]– هشام علي صادق ، المرجع نفسه ، ص741.

جزءا من نظامها القانوني دون حاجة للجوء إلى منهج التنازع، حتى أن الرجوع إلى هذا الأخير في هذا الفرض بالذات هو بمثابة إنكار لأهداف المعاهدة التي تسعى لتوحيد الأحكام المادية التي تسري على العقود التجارية الدولية .

أما في الفروض التي لا تتحقق فيها شروط تطبيق المعاهدة بالنظر لتخلف المعيار الذي تتطلبه لتركيز الرابطة العقدية في إحدى الدول المتعاهدة ، فإن القاضي وإن كان في وسعه إعمال أحكام المعاهدة إعمالا مباشرا إلا أنه يستطيع مع ذلك تطبيق أحكامها المادية من خلال منهج التنازع، والذي يمكن تصوره فيما لو اختار المتعاقدون هذه الأحكام بوصفها قانونا للعقد، فهناك دول مثل انجلترا قد تبنت أحكام معاهدة بروكسل في تشريعاتها الداخلية مما يسمح بتطبيق أحكامها على عقود النقل الداخلي أسوة بسريانها المباشر على عقود النقل الدولي، الأمر الذي سيفضي إلى تطبيق أحكام هذه المعاهدة من خلال منهج التنازع إذا ما تم الاتفاق على اختيار القانون الانجليزي كقانون العقد[1].

ولا شك أن ترك الروابط العقدية ذات الطابع الدولي لسلطان القوانين الداخلية التي تشير باختصاصها قواعد التنازع في دولة القاضي، رغم وجود قواعد مادية تستجيب في طبيعتها وأهدافها لاعتبارات التجارة الدولية ، من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي و تهديد المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف المتعاقدة، وهو ما يقتضي تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع طالما أنها تشكل جزءا من قانون القاضي .

ولكن رغم كون المعاهدات من أهم المصادر الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فهي لا تعد المصدر الوحيد لها، فإلى جانبها هناك مصدر ثاني لا يقل أهمية عن سابقه ألا وهو الأعراف والعادات الدولية .

ثانيا – الأعراف والعادات التجارية الدولية :

تعتبر الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا هاما من مصادر القواعد المادية التي تحكم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية[2]، حيث يقصد بها معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة

[1] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 309.

[2]– تستمد عادات وأعراف التجارة الدولية جذورها التاريخية من قانون التجار القديم lex marcatoria الذي تكون عبر المدن الايطالية على أيدي طوائف التجار التي ظهرت في العصر الوسيط ، والذي اكتسب في مرحلة لاحقة طابعه الدولي اثر ازدهار العلاقات التجارية الدولية بين موانئ

بين أطراف المعاملات الدولية سواءا كانت قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لهذه الأطراف أو لم تكن قد وصلت إليه[1]، إذ جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي – باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في إطاره العادات والأعراف – على تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج قاعدة التنازع، ورغم أن العادة و العرف ليسا على درجة واحدة من الأهمية أو القيمة القانونية بالنسبة للمحكم[2].

هذا بخلاف القضاء الداخلي الذي لا يتصور إعمال هذه الأعراف و العادات على منازعات التجارة الدولية المطروحة عليه من خلال منهج التنازع، لأنها لا تشكل من الأصل جزءا من نظامه القانوني، كما أن التنازع لا يتصور قيامه إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، بالرغم من أن القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجارية الدولية[3].

وحتى في الفرض الذي يختار فيه المتعاقدون هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية، فإن هذا الإختيار لا يعدوا أن يكون اختيارا ماديا تنزل بمقتضاه تلك الأعراف منزلة الشروط العقدية، لما يترتب عنه من أن يظل العقد خاضعا للقواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في دولة القاضي، عند سكوت المتعاقدين على الإختيار التنازعي لقانون العقد[4].

وليس معنى ما تقدم هو عدم تصور حالات تطبق فيها الأعراف والعادات التجارية الدولية أمام القضاء الداخلي، بدليل أن هناك بعض القوانين الداخلية تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية السائدة، والتي قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة الدولية – مثلما لو خضع العقد للقانون الفرنسي حيث تحيل المادة 1135 من القانون المدني إلى عادات التجارة الدولية – وبالتالي لا

شمال ايطاليا وموانئ غرب أوربا لا سيما في فرنسا وانجلترا . ينظر في ذلك: حسن المصري ، التحكيم التجاري الدولي ،دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص 366.

[1]– مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، ط1 ،1998 ، ص 740.

[2] – حيث تحتل العادة التجارية مرتبة أدنى من العرف التجاري ، فبينما يتوقف إعمال العرف على اتجاه إرادة الطرفين إليه ،و لا يجوز لأي منهما الادعاء بجهلة ،فإن إعمال العادة التجارية يتوقف على ثبوت اتجاه إرادة الطرفين إليها ومن ثم لا يجوز إعمالها إذا أثبت أحدهما عدم علمه بها . ينظر : حسن المصري ،المرجع السابق ، ص 364 . وينظر كذلك في وجوب التفرقة بين العرف والعادة : أبو العلا على أبو العلا النمر ، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، المرجع السابق ، ص 75.

[3] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص754

[4] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 311.

يتم تطبيق هذه الأعراف بوصفها القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع وإنما بناء على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة التي أشارت هذه القواعد باختصاصه[1]، وقد قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبراير 1981م أن عادات التجارة التي استقرت في مجال البيع والشراء هي قواعد قانونية تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يمكن القبول بجهلها، وإن كان من الممكن الإستناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات، فأساس ذلك أن هؤلاء الأطراف من المهنيين المفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها[2].

كما ورد النص على وجوب مراعاة هذه الأعراف والعادات الدولية في بعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية، من بينها إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980م في مادتها التاسعة فقرة أولى :" يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"، وبالتالي يعد اختيار المتعاقدين للقواعد المادية التي قررتها الاتفاقية الدولية اختيارا تنازعيا وليس مجرد اختيار مادي، على أساس أن أحكام المعاهدة قد أصبحت جزءا من القوانين الداخلية في الدول المتعاقدة[3].

إلا أنه وفي ظل الحقائق الوضعية الراهنة، فإنه لا يتصور أن تلقى الأعراف والعادات الدولية تطبيقاتها المختلفة سوى أمام قضاء التحكيم، باعتبار القواعد المادية المستمدة منها قد وضعت خصيصا لتنظيم عقود التجارة الدولية، على نحو يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع[4]، أما لو طرح النزاع أمام القضاء الداخلي فإن المثال الوحيد الذي يتجسد فيه إعمال هذه القواعد يكون بمناسبة المعاهدات الدولية التي تصدت لتوحيد القواعد الخاصة بالروابط العقدية الدولية، بالإضافة إلى القواعد التي وضعها المشرع أو القضاء الوطنيين لتنظيم هذه العقود، والتي تطبق هي الأخرى مباشرة مادامت تشكل جزءا من النظام القانوني لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع.

[1] - هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة ، المرجع السابق ، ص 755

[2] – أبو العلا علي أبو العلا النمر ، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، المرجع السابق ، ص 74.

[3] - أبو العلا على أبو العلا النمر ، المرجع نفسه ، ص 51.

[4] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص311.

المبحث الثاني : تقييم دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية

بعد ما أظهرت قواعد التنازع التقليدية قصورها و عجزها على الإلمام بمتطلبات التجارة الدولية، و بعد اتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد موضوعية تعطي حلول مباشرة للنزاعات المرتبطة بهذه التجارة، كثرت التساؤلات حول الدور الذي يمكن أن تلعبه القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، و مدى قدرتها على الإستغناء عن منهج التنازع من أجل تحقيق ذلك (المطلب الأول).

كما أدى ظهور الوافد الجديد على التجارة الدولية، و التي تسمى بعقود التجارة الإلكترونية إلى خلق مجموعة من التحديات أمام النظم القانونية القائمة، سواء ما تعلق منها بقواعد التنازع أو القواعد المادية، فكانت الحاجة ملحة نحو خلق جو أو فضاء قانوني يليق بمتطلبات هذه التجارة و يستجيب لأهدافها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى قدرة منهج القواعد المادية على إلغاء منهج قاعدة التنازع.

يعتبر منهج التنازع من المناهج الأصيلة في القانون الدولي الخاص، التي لم تقدر لوحدها على الإحاطة بمختلف الجوانب و الميادين التي تقتضيها العلاقات الخاصة الدولية ، لذلك ظهرت مناهج أخرى منافسة لها في مقدمتها منهج القواعد المادية، الذي و إن أثبت جدارته في إيجاد الكثير من الحلول لمنازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، إلا أنه رغم ذلك لم يسلم من سهام التجريح و النقد التي استهدفت بقائه على قمة عرش المناهج القانونية(الفرع الأول)، و هذا راجع إلى طبيعة العلاقة بين المنهجين التي تظهر تارة على أنها علاقة تجاوب أو تجاور، و أحيانا أخرى تظهر كأنها في حالة عداء أو منافسة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإنتقادات الموجهة إلى منهج القواعد المادية.

تعرض منهج القواعد المادية إلى جملة من الإنتقادات، وجهها إليه بعض الفقهاء ممن حاولو الطعن في مدى قدرة هذه القواعد على إيجاد الحلول الملائمة لعقود التجارة الدولية، ويمكن أن نلخص أهم هذه الانتقادات في النقاط التالية:

أولا– القواعد المادية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا: حيث لا توجد هيئة أو مؤسسة تدير هذه القواعد[1]، فالنظام القانوني– بالمعنى الدقيق للاصطلاح– هو مجموعة القواعد الخاصة و الأجهزة القادرة على تطبيقها، و التي توجد مع نشأة و نشاط وحدة اجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة[2].

و بالتالي يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية، على أساس أن تلك الصفة لا تتوافر إلا حيث نكون بصدد جماعة متماسكة و منتظمة بشكل كاف[3]، كما أنه ليس بمقدور هذه القواعد تنظيم كل المشكلات التي يمكن أن تثور بمناسبة هذه التجارة، وعليه لا بد من الرجوع إلى مصدر آخر لإكمال هذا النقص، و الذي لا يمكن أن يكون إلا النظام القانوني الوطني[4].

و قد رد على هذا الرأي بأن القواعد المادية هي قواعد جديدة تنموا يوما بعد يوم، و ما التطلع لأن تولد متكاملة عملاقة إلا نوع من التزيد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلا لعاملي الوقت و الجهود الدولية الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني المتكامل، فضلا على أن العاملين في حقل التجارة الدولية يظهرون في الحقيقة كوحدة متماسكة بدرجة كافية، فهم مرتبطون بعلاقات و معاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، و إذا سلمنا جدلا بأنه لن يتم بناء نظام قانوني متكامل لهذه القواعد، أفلا يكفي ذلك لحل الكثير من المشاكل الرئيسية الكثيرة كتوفير الوقت و المال للأطراف المتعاقدة وتحقيق الأمان القانوني الذي ينشدونه[5]، و في ذلك يؤكد الأستاذ

[1]– إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 382

[2]– – تعددت الاتجاهات التي تعرضت لمفهوم النظام القانوني بوجه عام ، بين اتجاه ينظر إليه على أنه قاعدة قانونية و آخر على أنه تنظيم أو بناء و اتجاه راجح ينظر إليه على أنه تنظيم و قاعدة ... لمزيد من التفصيل ينظر: صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 196 و ما بعدها.

[3] – يرجع إلى الصفحة 92 السابقة.

[4] – أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، المرجع السابق ، ص 118

[5]– إيهاب السنباطي ، المرجع نفسه ، ص 383

عبد الكريم سلامة بأن "القواعد المادية تشكل نظاما قانونيا و لكنه نظام قانوني غير كامل أو هو نظام قانوني كالجنين في طور التكوين[1]".

و نافلة القول إذن هي أن القواعد المادية تعتمد على أسس قوية، تتمثل في ديناميكية أو حركية الواقع التعاقدي في المجال الدولي وثبات العادات التي يولدها هذا التطبيق التعاقدي و لاسيما عندما تقنن، والواقع يثبت كذلك أن عدم الاعتراف الكافي بهذه القواعد من شأنه إحداث أضرار بليغة بمتطلبات التجارة الدولية[2].

ثانيا– منهج القواعد المادية ليس مناسبا للوفاء بالإحتياجات المحلية للنظام القانوني:

حيث أن كل دولة لها ظروفها الخاصة، وبناءا عليه تتغير معها احتياجاتها الخاصة للعدالة، فالدول غير المتعاونة في هذا المجال تنعدم الرغبة لديها لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفا فيها كي تحكمها القواعد المادية، إذ يؤدي تعارض المصالح الاقتصادية و السياسية للدول إلى إعاقة كل محاولة ترمي إلى خلق أو إنشاء هاته القواعد[3].

إلا أنه عيب على هذا النقد أنه يعرف نوعا من المبالغة، حيث ربط فكرة النظام القانوني بالدولة على نحو لم يتصور وجوده بدونها، ما يؤدي إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، رغم أن ما نحن بصدده هنا هو قواعد تطبق على العلاقات التجارية الدولية، وفي مجال التجارة تذوب الفوارق بين المجتمعات و الدول، لأن التجارة هي لغة و ثقافة عالمية تستخدمها كل الشعوب[4].

ثالثا– منهج القواعد المادية يعطي للقضاة المزيد من السلطة غير المحدودة:

[1]– أبو العلاً علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه ، ص 118

[2] – أبو العلا علي أبو العلا النمر ، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، المرجع السابق ، ص 122

[3] – صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 203

[4]– إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 384

لأن صدور القواعد المادية عن القضاء سيجعلها متأثرة بالمصالح الوطنية، رغم أنها وضعت أساسا لرعاية الاعتبارات الدولية، فهي على هذا النحو بمثابة اقتراب وطني للحلول الخاصة بالمشاكل الدولية، وهذا بخلاف الحالات الغالبة في المجالات الأخرى أين يكون هناك قواعد قانونية محددة يجب على القضاة إتباعها، وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالإنسجام الدولي للحلول الذي قد تدركه قواعد التنازع على نحو أفضل[1]، ولذلك تظل القواعد المادية التي يصدرها القضاء عاجزة في حد ذاتها عن تحقيق أهداف و طموحات أنصار هذا المنهج، ألا و هو خلق قانون موضوعي عام، و ذلك راجع إلى أن القاضي مسوق في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة لدولته ووفقا لما تقضي به مصالحها، الأمر الذي أوجس خيفة لدى بعض الفقه من أن يؤدي تعدد القواعد الصادرة عن تلك الدول إلى التوصل لنظام يتسم بخصوصية شديدة في حل المشاكل التي تثيرها العلاقات التجارية الدولية، مما قد يقلل من إمكانية توحيد هذه القواعد[2].

ورغم ذلك لم يلق هذا النقد التسليم من طرف الكافة، على أساس أنه يبتعد عن الحقيقة و الواقع، بدليل أن القواعد المادية غالبا ما تأتي في صورة مواد واضحة و تصحبها في كثير من الأحيان شروح لها، و ما ذهب إليه بعض مشرعوا الدول إلا تأكيد على ذلك- كالمشرع التشيكوسلوفاكي(سابقا) – حين ربطوا تطبيق القواعد المادية بمنهج التنازع، بحيث لا يملك القاضي جواز إعمال هذه القواعد إلا إذا أشارت قواعد التنازع باختصاص قانونه لحكم الرابطة العقدية المطروحة، و ذلك كله فضلا على المتابعة الكثبة لتطبيق هذه القواعد من جانب أطراف التجارة الدولية، سيما المنظمات الدولية المعنية[3].

رابعا – صعوبة تنفيذ الأحكام و القرارات التي تصدر غالبا عن هيئات التحكيم بناءا على القواعد المادية:

[1] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 723

[2] – أحمد عيد الحميد عشوش ، المرجع السابق، ص 23

[3] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 383

حيث أن هناك جانبا من الفقه يوجب تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية بمجرد اللجوء إلى التحكيم أو تضمين العقد شرطا تحكيميا، إذ يتحتم تطبيق هذه القواعد تلقائيا في هذه الحالة[1]، كما أن هناك بعض التشريعات المحلية تعمد إلى تطبيق قواعد التنازع التقليدية كشرط لتنفيذ حكم أجنبي، و نفس الشيء قد يحدث لو صدر القرار عن هيئة تحكمية بحيث يصبح من الصعب التحقق ما إذا كانت قد طبقت الإجراءات الصحيحة للوصول إلى القانون واجب التطبيق أم لا.

و رغم الإقرار بعملية هذا النقد في بعض جوانبه، إلا أنه لم يسلم مع ذلك من ردود الفعل التي جاءت على غير وفاق معه، بحجة أنه لا ضرو في تنفيذ الأحكام و القرارات الصادر من قبل القضاء ما دامت القواعد المادية التي استندت إليها – في أغلبها – هي نتاج إتفاقيات دولية تدخل هي الأخرى في نطاق التشريعات الداخلية، و بالتالي لا يجد القاضي أي حرج في الرجوع إليها لتقرير أحكامه، أما بالنسبة لتلك الصادرة من هيئات التحكيم فقد تكفلت اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بتنظيمها، و التي لم ترهن تنفيذ قرارات التحكيم بأي شرط متعلق بسندها القانوني[2].

الفرع الثاني : العلاقة بين منهج قاعدة التنازع و منهج القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية.

إن دراسة العلاقة بين منهجي التنازع و القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية سيسمح لنا بتحديد الأهمية و البعد الحقيقي لهذه القواعد الأخيرة.

إذ يرى جانب من الفقه أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تنافسية، بحيث أن ظهور منهج القواعد المادية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج قواعد التنازع لحكم عقود التجارة الدولية، و مقتضى علاقة التنافس هذه هي أن وجود المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، و في ذلك يقول بعض الشراح أن

[1] – محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 351

[2] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 383

" النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، و تلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين"[1].

و يرى جانب آخر من الفقه على عكس الاتجاه السابق، أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش و ليست علاقة عداء أو منافسة، فالتنافس يقتضي التكافؤ ، و هو ما حمل البعض إلى رفض التطرق و الحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكدا أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تكاملا بين المناهج في إطار هذا الفرع من فروع القانون[2].

و سنتطرق فيما يلي بالتعليل إلى وجهة نظر كل طائفة من الفقه، سواء التي ترى في العلاقة بين المنهجين علاقة عداء أو تنافس، أوتلك التي ترى فيها علاقة تعايش و تكامل.

أولا– علاقة التنافر أو التنافس:

قبل أن نبين مظاهر التنافر و المنافسة بين المنهجين ، حري بنا أن نبين بعض الاختلافات القائمة بين المنهجين المتنازعين، و ذلك يعود إلى أن هناك من الفقه من يرجع أسباب ظاهرة التنافر بين المنهجين إلى الاختلافات الجوهرية بينهما، من حيث كيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد و من حيث نطاق تطبيقهما ، و من حيث دور القاضي في إعمال كل منهما[3].

ففيما يتعلق بكيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد بصفة عامة و عقود التجارة الدولية بصفة خاصة ، فإن منهج قاعدة التنازع ينهض بذلك التنظيم بطريق غير مباشر وذلك عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون الذي يستمد منه ذلك التنظيم بواسطة ضابط إسناد مجرد لا يحدد قانونا معينا بالذات ، بل بصفاته كقانون الجنسية أو قانون الإرادة أو قانون الموطن... إلخ.

أما منهج القواعد المادية فهو يتكفل بنفسه بإعطاء ذلك التنظيم، بتطبيق القاضي أو المحكم للقواعد المادية للتجارة الدولية على منازعات هذه الأخيرة مباشرة، و على هديها يفصل فيها.

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 635

[2] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 687

[3] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 633

أما من حيث نطاق التطبيق، فالمتفق عليه –كما سبق بيانه – أن منهج القواعد المادية يجد ضالته بصفة أساسية في نطاق نوع معين من الروابط و العلاقات الدولية الخاصة، التي تتركز في الأصل في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية، لتستجيب بذلك على نحو أفضل إلى التوجهات الدولية الخاصة بالروابط التي يحكمها القانون الدولي الخاص.

و هذا عكس ما هو الحال في منهج قاعدة التنازع ،كونه يغطي كافة الروابط الخاصة الدولية كمسائل الأسرة و العقود الدولية و المسؤولية المدنية... إلخ، و هو ما دفع بأنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن في انحصار منهج القواعد المادية و اقتصاره على نوع معين من العلاقات الدولية ما يظهر قصوره و عدم كماله[1].

و إذا توقفنا عند دور القضاء في إعمال قواعد كل من المنهجين المتنافسين ، فنجد أنه من المتعذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي ، لأن إعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استنادا إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، عندئذ يمكن الرجوع إلى هذا المنهج من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق ، هذا عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر إعماله في حالات الخلاف و المنازعات بين أطراف التجارة الدولية، بل يمكن الإستعانة به في المراحل الأولى لنشأة روابط تلك التجارة، كما هو الشأن بالنسبة للعقود النموذجية و الشروط العامة و العادات و الأعراف المهنية، و التي تساعد جميعها في حسن إبرام الاتفاقيات الدولية، فتطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمون هذه القواعد و أهدافها، و كذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه[2]، و هي على هذا النحو تساعد إلى حد ما من فرصة وقوع النزاع، فعن طريقها يمكن أن يعرف مقدما كل طرف حقوقه و التزاماته.

و بذلك يثبت أن القواعد المادية دولية القلب و القالب، و هذا لملائمتها للروابط العقدية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها و تحل مباشرة مشاكلها، بخلاف قاعدة التنازع التي تعتبر وطنية المنشأ

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 634

[2] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 696

و موضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تقليص دور منهج التنازع.

و قد كان من شأن الاختلافات السابق ذكرها، أن أدت إلى وضع كل من منهج قاعدة التنازع و منهج القواعد المادية في حالة تجاذب أو تنافر أو على الأقل في وضعية تنافسية، و هذا بحجة أن المنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، و يظهر في نفس الوقت مثالبه و عدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية و يضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها[1]، و بهذه المثابة لا يتم اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها القاضي حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، إذ أن هذه الأخيرة هي الأصل بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدوا أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة تقبل الإنطباق.

و هذا هو ما يجد صداه عند الرأي الذي يؤكد أن إعمال قواعد التنازع التقليدية مشروط بعدم وجود قاعدة مادية تتصدى للتنظيم المباشر للمسألة المطروحة ، بقولهم أن "قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية"[2].

ثانيا – علاقة التعايش و التكامل:

إن الإختلاف بل و التناقض بين المناهج المتبعة لحل مشاكل التجارة الدولية، ينبغي أن لا ينظر إليه على أساس أنه يشكل أمرا سلبيا، إنما يمكن اعتباره ظاهرة صحية تساعد في البت فيما يعترض عقود هذه التجارة من عوائق، زد على ذلك أن الاختلاف قد ينبه إلى مسائل جديدة تتطلب إضافات تفرض نفسها في الواقع العملي للعلاقات الاقتصادية الدولية، و لذلك فعقود التجارة الدولية بحاجة إلى تكافل بين مناهج قانونية تنير سبيلها عند توظيفها في العلاقات التعاقدية، و خصوصا أثناء مواجهة القلائل و الأزمات[3].

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ، ص 635

[2] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 693

[3] – محمد بوعشة ، التكامل و التنازع في العلاقات الدولية الراهنة ، دار الرواد، طرابلس، ليبيا ، ط 1 ، 1999، ص 09

و في هذا السياق تمر عقود التجارة الدولية اليوم بمرحلة خاصة[1]، تتطلب من القائمين على هذه التجارة – الذين يظلون اللاعب الهام و المسيطر الدائم- مجهودا خاصا، و ذلك حفاظا أو تعزيزا للموقع الذي تحتله في سلم العلاقات التجارية الدولية، فالتكامل أو التعايش بين المنهجين يطرح التعاون الدولي كبديل يستهدف تحقيق الأمن القانوني و المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة ، لما لهذا التعاون من أثر على التكامل بين المنهجين بالشكل الذي قد يسمح بتحولات اقتصادية و قانونية تدفع بالعلاقات الدولية نحو التقدم و الازدهار[2].

و إذا أتينا إلى تحليل علاقة التعايش أو التكامل بين المنهجين، فمن ناحية يمكننا القول أن القواعد المادية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني متكامل، فالأمر يتعلق بمنهج ما زال في بداياته الأولى يشوبه القصور و النقص في جوانب عديدة منه، و بالتالي فلا غرو من الإستعانة بقواعد التنازع و لو بصفة جزئية، و العمل على تطويرها في معظم النظم القانونية الوطنية لمختلف الدول لمعالجة النقص في هذه الأحكام، حتى أن الفقيه BATIFFOL أقر بأن تطبيق القواعد المادية لا يؤدي إلى نادرا إلى استبعاد اللجوء لقاعدة التنازع[3].

و من ناحية أخرى يظهر أن هناك توزيع و لو ضمني للاختصاص بين المنهجين، و بالتالي يبدوا منطقيا القول أن منهج القواعد المادية تصبح له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، وذلك إنما ينبع من حتمية أن القواعد المادية تعد أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات التجارية الدولية[4]، و هو ما يجسده قضاء التحكيم على وجه خاص، بحيث لا يتقيد بقاعدة تنازع معينة لأن هدفه الأسمى هو تحرير التجارة الدولية من ربقة القوانين الداخلية.

[1] – لقد أصبحت العقود عامة و عقود التجارة الدولية خاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة و باستعمال أجهزة حديثة متطورة تواكب ما توصل إليه الفكر العلمي حتى الآن، فظهر على إثرها ما يسمى بعقود التجارة الالكترونية التي ترجع في كثير من قواعدها إلى عقود التجارة الدولية باعتبارها الأصل، و هو ما من شأنه أن يحقق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية.

[2] – محمد بوعشة، المرجع السابق ، ص 169

Henri Batiffol , op.cit , p113 .

[4] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 635

و رغم أن تطور القانون الدولي الخاص المعاصر يشير إلى تزايد حالات تطبيق القواعد المادية، إلا أن الملاحظ هو أن منهج التنازع ما زال يمثل الأصل في التصدي للحلول المتطلبة في الحياة الخاصة الدولية بوجه عام، و في علاقات التجارة الدولية بوجه خاص، إذ لا يزال يحتفظ بمكانة مرموقة وهيمنة واسعة، ما أدى ببعض الفقه إلى اعتبار القواعد المادية بمثابة استثناء على القاعدة العامة[1]، و هو ما يعني في نفس الوقت بقاء الحاجة إلى منهج قاعدة التنازع لحكم معاملات التجارة الدولية.

إلا أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته هذه بوصفة الأصل في تنظيم الروابط العقدية الدولية، لا يعني دائما معاملة القواعد المادية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأن سيادة منهج التنازع مرتبط إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع منهج القواعد المادية ، أما في حالة إيجاده لتنظيم مباشر للحالة المطروحة في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، فإنه يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية[2].

و نتيجة لذلك يبدوا منهج التنازع أصيلا من حيث إتساع نطاق إعماله و احتياطيا من حيث كيفية الإعمال ، الأمر الذي يؤكد استقلاله عن منهج القواعد المادية فيقوم إلى جانبه و يتعايش معه[3].

و قد ظهر إتجاه آخر حاول المزج أو الجمع بين المنهجين من أجل حل مشكلة تنازع القوانين، و ما دعى إلى ظهوره هو التسليم بوجود بعض المثالب في حالة ما إذا اقتصر القاضي أو المحكم الدولي على تطبيق القواعد المادية، بالنظر إلى حداثة هذه الأخيرة التي أصبحت تدخل في البنية أو التكوين الأساسي لما يطلق عليه في الوقت الراهن تسمية " القانون الخاص الدولي"[4] هذا من

[1] – منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص19

[2] – هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 692

[3] هشام علي صادق ، المرجع نفسه ، ص 692

[4] – يتكون هذا القانون من مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تتغذى باطراد وتستمر في تغذية الهياكل والسير القانوني الخاص بحماية ممارسي التجارة الدولية، وإذا نظرنا إلى مضمون هذا القانون والهدف منه، نجد أنه يسعى إلى وضع تنظيم خاص ومستقل عن كل قانون وطني لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية. ينظر في ذلك: أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المرجع السابق، ص06. وينظر كذلك: حسام الدين فتحي ناصف ، المرجع السابق ، ص 63

ناحية، و من ناحية أخرى كان ذلك من أجل الأسباب العملية في تحقيق العدالة، فمما لا شك فيه أن نمو هيكل القواعد المادية يوما بعد يوم يجعلها عنصرا مهما لحكم النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية بجانب منهج قاعدة التنازع ، و معه لا يمكن لأي محكمة أن تهمل وجود القواعد الأساسية الموضوعة كجزء من اتفاقية دولية وقعتها دولتها[1].

كذلك هناك من الفقه الدولي و في طليعتهم الفقيه الفرنسي jean michel jacquet الذي يدعوا إلى تبني ما أسماه " بقواعد التنازع الموجهة " "Régles de conflits orientées" ، القائمة في تركيبتها و بنائها على مزيج من قاعدة التنازع و القاعدة المادية، و بذلك تنشأ قاعدة تنازع مرتدية ثوبا جديدا مكرسة بذلك التكامل بين المنهجين[2].

و لعل خير شاهد على بقاء الحاجة إلى المنهجين معا، ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، بأن " يكون الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، و في حالة انعدام الاتفاق على تحديد هذا القانون يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقررون ملائمتها للنزاع، و في الحالتين السابقتين يراعي المحكمون شروط و عادات التجارة"، و قد تكرر استلزام تطبيق العادات و الأعراف التجارية في جميع الأحوال من قبل المحكمين، و أيا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، كما هو الحال في المادة 13 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1975م، و في المادة 33 فقرة 01 من قانون التحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة في نفس العام[3].

و مؤدى كل ما سبق ذكره، هو أن التطبيق المباشر للقواعد المادية لا يغني عن منهج التنازع و إعمال القانون الداخلي الذي تشير به قواعد التنازع، و هذا ما يؤكد أن تعايش المنهجين في مجال عقود التجارة الدولية هو حقيقة من الصعب إنكارها.

[1] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 384

[2] – محمود محمد مغربي ، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2007، ص16

[3] – عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم الدولي ، دار المعارف ، القاهرة، 1998 ، ج 2، ص 547

و مما لا شك فيه كذلك ، أن الطبيعة الإتفاقية للتحكيم تساهم في إمكانية تحقيق التطبيق الجمعي لقواعد التنازع و القواعد المادية، ذلك أن الجمع بين نوعي هاته القواعد في صالح فعالية التحكيم، لأنه سيؤدي إلى زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم دون أن ينفي هذا المزج ضرورة إعطاء أولوية التطبيق لأحد النوعين في مقابل الآخر، و من ثم لا ريب أن تكون أولوية التطبيق للقواعد المادية للتجارة الدولية[1].

و فيما يتعلق بموقف التشريعات الوطنية من هذه المسألة، فهناك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987م، الذي يمثل نموذجا واضحا للجمع بين قواعد التنازع و القواعد المادية في شأن تقرير صحة الإتفاق التحكيمي[2]، حيث رأى البعض في شأن هذا النص أنه يتضمن قاعدة إسناد ذات مضمون مادي، لأنها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه مسألة الفصل في صحة إتفاق التحكيم بالتطبيق المباشر للقواعد المادية في قانونه.

كما تقرر المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أنه "يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، و في حالة تخلف هذا الاختيار فوفقا للقواعد التي يقرر أنه من الملائم إعمالها، و يراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية"[3]

و بذلك نخلص إلى أن منهج القواعد المادية قد اقتطع حيزا مهما من مجال هيمنة منهج قاعدة التنازع، رغم ما ذهب إليه البعض من أن منهج القواعد المادية لا يظهر عيوب منهج قاعدة التنازع بقدر ما يظهر مثالب القوانين و الأنظمة الوضعية، على أساس أن مكمن المرض ليس تلك القاعدة و إنما القوانين الوطنية في حد ذاتها[4].

المطلب الثاني : التحديات التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية في ظل المنهجين

[1] – حسام الدين فتحي ناصف ، المرجع السابق ، ص 64

[2] – حيث نصت المادة187 فقرة 02 على أن "إتفاق التحكيم يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إذا كان متفقا مع الشروط التي يتطلبها إما القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يحكم النزاع، لاسيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو القانون السويسري"

[3] – حسام الدين فتحي ناصف ، المرجع السابق ، ص 64

[4] – أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 636

تمثل عقود التجارة الالكترونية الشكل الحديث لنظيرتها الدولية، إذ تعتبر من أهم وسائل خلق النشاط التجاري الدولي في العصر الحديث، فلقد شهدت السنوات القلائل الماضية ثورة في تكنولوجيا الإتصال و المعلومات، أثرت تأثير جذريا على الطريقة التي تتم بها المعاملات و الصفقات التجارية الداخلية و الدولية في نفس الوقت، حتى قيل و بحق أننا على أعتاب مرحلة جديدة تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات، على غرار الثورة الصناعية التي مرت بها البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي[1].

و قد اختلف الفقه حول تحديد ماهية عقود التجارة الالكترونية سواء من حيث تعريفها أو من حيث الخصائص التي تميزها عن غيرها من العقود بصفة عامة، لما لهذا التحديد من أهمية كونه مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، يستوي في ذلك أن تكون القواعد المادية أو قواعد تنازع القوانين.

و لعل مرد هذا الخلاف هو تشعب هذه التجارة و تنوع العقود التي تبرم من خلالها، ما أدى إلى تعدد الزوايا التي ينظر منها إلى هذه العقود، فهناك من الفقه من يركز على صفة أطراف العلاقة القانونية في تعريفه لها، في حين يركز جانب آخر على معايير الصفة الدولية التي تعتمد على التركيز المكاني في تنظيم هذه الآلية الجديدة[2]، بيد أن غالبية الفقه قد انصب اهتمامهم على الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد، و حصرها داخل إطار العقود التي تتم عبر وسائل الإتصال الحديثة و بخاصة عبر شبكة الإنترنت[3]، رغم أن مصطلح التجارة لا يتوقف عند هذه الشبكة وحدها، بل بكل وسيلة أخرى للإتصال عن بعد كالتلغراف و البث التلفزيوني و ...الخ.

وبناء على ذلك يمكن تعريف عقود التجارة الإلكترونية بأنها " عبارة عن اتفاق يبرم و ينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب و قبول

[1] – ترتب على ظهور الثورة المعلوماتية بروز نوع جديد من التجارة الدولية تتم عن بعد بواسطة وسائل إلكترونية، تسمح بقيام علاقات تعاقدية مباشرة بين الأطراف دون أن تتقيد بالحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول ،كونها تتم في مجال افتراضي خاص بها ليس له أي مرتكزات جغرافية. ينظر : صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 01

[2]- Jean Marc Mousserou et Jacques Raymand et Regis Fabre et Jean-luc pierre, Droit du commerce international (droit international de l'entrerise) , 2éme éd , L.I.T.E.C , paris , 2000, p319.

[3] – محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط 01 ، 2005 ، ص 13

يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط، و ذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة لإتمام العقد"[1].

و باعتبار عقود التجارة الإلكترونية واحدا من أكثر المواضيع إثارة للجدل في وقتنا الحاضر، ليس لأنها نمط مستحدث من حيث ممارسة الأعمال فحسب، بل لأنها أداة لتفعيل النشاط الاقتصادي المتوائم مع عصر المعلوماتية، فكان من الطبيعي أن تثير العلاقات القانونية الناشئة في بيئتها العديد من التحديات القانونية للنظم القانونية القائمة، خاصة بالنسبة للقواعد الناظمة للأنشطة التجارية و العقود، التي و إن أمكنها أن تظل حاضرة و قادرة على محاكاة الواقع الاقتصادي و المتغير في عالم التجارة، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للتجارة الإلكترونية، فالتغير ليس بمفهوم النشاط التجاري و إنما بأدوات ممارسته و طبيعة العلاقات الناشئة في ظله[2]، و إذا ما وضعنا ما يتعلق بالمشاكل التقنية جانبا، فإن المشاكل القانونية التي قد تطرأ تكون مشاكل عملية أو مشاكل نظرية ، كما و أنها قد تطرأ على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، و هي عديدة و متنوعة و متجددة.

لذلك ستكون البداية بالبحث في نقاط التلاقي بين عقود التجارة الدولية بوليدها الحديث عقود التجارة الإلكترونية من ناحية، و قواعد القانون الدولي الخاص صاحبة الثقل الكبير من ناحية أخرى، فبعدما أصبحت التجارة الإلكترونية لا تعترف بالحدود الرسمية التي تحكم المعاملات التجارية التقليدية، أصبح لزاما تطويع قواعد القانون الدولي الخاص مع معطيات هذه التجارة الحديثة و أهدافها، و هو ما يفرض علينا تبيان القواعد القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية حتى يتحقق الأمان القانوني للمتعاقدين ، الأمر الذي يتفق مع هدف القانون الدولي الخاص الذي يرمي إلى تحقيق الأمان القانوني أكثر منه سعيا لتحقيق العدالة[3].

[1] – صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 14

[2] – يونس عرب ، منازعات التجارة الإلكترونية ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الأسكوا /الأمم المتحدة خلال الفترة الممتدة من 08- 10 تشرين الثاني 2000، بيروت، لبنان ، ص03 . موضوع المداخلة متوفر على الموقع: . www.arablaw.com

[3] – إيهاب السنباطي ، المرجع السابق ، ص 05

إن عقود التجارة الإلكترونية بكل ما تبشر به من آليات حديثة و متفردة لمعاملات التجارة الدولية، قد تصطدم و لو جزئيا بالأنظمة القانونية التقليدية و بخاصة قواعد التنازع، وبحسبان أن التحديات التي تمثلها هذه العقود بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص هو موضوع ضخم في حد ذاته، سنقتصر فيما يلي بالبحث في مدى ملائمة تطبيق منهج قواعد التنازع على منازعات عقود التجارة الإلكترونية (فرع الأول)، كونه يثير العديد من الصعوبات القانونية التي ترجع أساسا إلى طبيعة شبكة الإتصال الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية، و من ثم يصبح لزاما التطرق إلى دور القواعد المادية في منازعات ذات العقود، خصوصا بعد إبراز النتائج التي يؤدي إليها إعمال منهج التنازع في مجال هاته العقود (فرع ثاني).

الفرع الأول: مدى ملائمة قواعد التنازع للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تعد عقود التجارة الالكترونية أحد استحقاقات مرحلة التطور التكنولوجي رفيع المستوى الذي بلغه العالم في الوقت الحاضر، والذي تزامن معه تطور في العلاقات المختلفة بين الأفراد عبر الدول، ومن بينها علاقاتهم الاقتصادية و التجارية، لذلك عملت الدول المختلفة على إيجاد قواعد قانونية خاصة تحكم تلك العلاقات نظرا للإختلاف الجوهري و الطبيعة الخاصة التي تتسم بها.

فإبرام عقود التجارة الدولية بالوسائل الإلكترونية من شأنه أن يحقق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية، إذ أنه رغم عدم وجود نظام قانوني متكامل لحد الآن يقرر تنظيم العلاقات التجارية التي تتم بالطرق الحديثة للإتصال، إلا أن القواعد العامة الموجودة يمكن تطبيقها في هذا الخصوص- خاصة ما تعلق منها بالجانب التجاري – و التي تعترف بسلطة الإرادة في تحديد القانون المطبق على هاته العقود[1]، فالعقود الدولية للتجارة الإلكترونية تخضع أسوة بغيرها من عقود التجارة الدولية

[1]- إن عدم وجود نظام قانون يتولى تنظيم عقود التجارة الالكترونية، لم يمنع الجهود الدولية من القيام بوضع بعض القواعد، و من ضمن هذه المحاولات ما قامت به اللجنة الأوربية في شهر نوفمبر 1998م، باقتراحها لتعليمة من أجل وضع نظام قانوني مشترك ينظم مسائل التجارة الإلكترونية في السوق الأوربية .... ينظر: بربي نذير ، العقد الالكتروني في ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر، 2006، ص 161. وينظر كذلك في هذا المعنى:

للمبادئ العامة في تنازع القوانين، مع ملاحظة أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود قد تقتضي حلولا خاصة في صدد بعض المسائل[1].

ولقد استقرت النظم القانونية و التشريعية الوضعية على إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة المتعاقدين، أي القانون الذي يحدده طرفا العقد سواء أكان ذلك بشكل صريح أو بشكل ضمني ليكون هو الواجب التطبيق على العقد، و قانون الإرادة هذا ينطبق بدوره على عقود التجارة الإلكترونية و كافة المعاملات الإلكترونية التي تتسم بالطابع الدولي[2].

فبالنسبة للاختيار الصريح لقانون العقد في مجال عقود التجارة الإلكترونية فيتم عن طريق توافق إرادة الطرفين، من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية التي تفيد اختيارهم للقانون الداخلي لدولة ما لحكم العقد، كما يشير استقراء الواقع أنه صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و هو ما درج الفقه على تسميته بشرط الإختصاص التشريعي[3]، الذي لا يشترط أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار و العقد، على أن يبقى للأطراف الحق في تعديل اختيارهم في أية مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وهذه الإمكانية نصت عليها المادة 116 فقرة 03 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987م و المادة 03 فقرة 02 من إتفاقية روما لسنة 1980م بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، و اللتان اشترطتا ألا يترتب على هذا التعديل إضرار بمصالح الغير ممن بنو توقعاتهم على القانون المختار أولا و المراد العدول عنه، و دون المساس كذلك بصحة العقد .

أما بالنسبة للإختيار الضمني فهو الذي يستخلص من ظروف الحال و ملابسات العقد و القرائن المحيطة به، مثل تحديد عملة الوفاء أو مكان التنفيذ أو لغة العقد .. إلخ، هذه الأخيرة

- Xavier Massy , L'internet et le commerce électronique (avec la collaboration de cyril tardif) , S.D.I , 1997, p01. http//www.Rebenou.org/massy.htm/.

[1]– هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية ، العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 ، ص 14.

[2]– أصبح قانون الإرادة هو الوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، و هذا ما أكده مؤتمر سان فراسيسكو المنعقد في الفترة الممتدة من 10-11 سبتمبر 2000، و الذي دعى في نهاية المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد ... ينظر : محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 122.

[3]– مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 30 أفريل 1998م، والمتعلق بالمعاملات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين. ينظر: صالح المتزلاوي، المرجع السابق، ص 283.

أصبحت تتم في الغالب باللغة الانجليزية وفي حالة استخدام لغة أخرى غيرها فإنها تترجم بطريقة آلية بواسطة برامج موجودة على الحاسوب، حتى أن العملة المستعملة في سداد الثمن لا تشكل بدورها أي قرينة في هذا الصدد لأن السداد غالبا ما يتم في هذه الأحوال عن طريق بطاقات الإئتمان، وهو ما يظهر عدم أهمية و فاعلية هذه الضوابط لاستخلاص الإرادة الضمنية في عقود التجارة الإلكترونية[1].

وفي حالة تخلف التعبير الصريح لإرادة الأطراف، وتعذر استخلاص الإدارة الضمنية كذلك، تظهر في هذه الحالة سلطة القاضي في توطين العقد و البحث عن أنسب القوانين الوطنية التي تم توطين العقد بها[2]، و ذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا، في محاولة لتفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي و المادي لفض التنازع القانوني بصدد عقود التجارة الإلكترونية.

و عليه يظهر أنه فيما عدا التعبير الصريح أو الضمني عن إرادة المتعاقدين في الإشارة إلى القانون الذي يحكم عقد التجارة الإلكترونية، فسيتولى القاضي هذه المهمة بالرجوع لقواعد الإسناد الوطنية و ما تشير إليه، ما لم ينطوا هذا الإختيار على مخالفة للنظام العام في دولة القاضي أو أن يكون التوصل إلى القانون الواجب التطبيق قد تم عن طريق التحايل أو الغش على قاعدة التنازع في دولة القاضي[3].

والوصول إلى القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية لا يتصور دائما بالسهولة التي يتصورها البعض، إذا هناك مجموعة من المشاكل و الصعوبات التي قد تنشأ عن التفاعل بين هاته العقود من جانب وقواعد تنازع القوانين من جانب آخر، ما دفع بالمشرعين في كثير من الدول إلى محاولة السيطرة عليها ووضع إطار قانوني سليم لها.

[1]- هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص16.

[2]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان،الأردن، ط01 ، 2006 ، ص 125.

[3]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص 115.

وسنحاول فيما يلي أن نستعرض أهم المشاكل القانونية التي يثيرها إعمال منهج التنازع حال تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية، و هذا من خلال بحث الصعوبات التي تواجه القانون المختار بإتفاق الأطراف، وكذا الصعوبات التي تواجه القانون المختار بواسطة القاضي.

أولا– الصعوبات التي تواجه القانون المختار وفق إرادة الأطراف:

إن إعمال منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية سيتعارض لا محالة مع الخصوصية التي تنفرد و تتميز بها التجارة الإلكترونية و الفضاء الإلكتروني غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقود و تنفيذها أحيانا أخرى، ذلك أن هناك بعض الصعوبات العملية التي يطرحها إعمال هذا المنهج، سواء حينما تكون الإرادة صريحة في اختيار قانون العقد[1] أو حينما تكون ضمنية.

ومن أهم العقبات القانونية التي قد تعترض السير الحسن لاختيار الأطراف لقانون عقدهم التجاري الإلكتروني نذكر:

1– الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد.

مع ظهور عقود التجارة الإلكترونية و بالرغم من تعددها و تنوعها، إلا أن تحديد القانون الواجب التطبيق يبقى يواجه عدة معيقات تحول دون تحديده بشكل دقيق لأول وهلة، خاصة إذا علمنا أن عملية الإثبات في العقود الإلكترونية تثير العديد من التساؤلات القانونية حول حجية قواعد الإثبات التقليدية و مدى قابليتها للتطبيق على هذه العقود المستحدثة[2]، إذ ليس بالأمر السهل إثبات إتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معين، و إثبات أن التصرف صادر عن الشخص الحقيقي خصوصا في ميدان المعاملات الإلكترونية، والإثبات على هذا النحو يحتاج إلى عناية خاصة، لأن العقد يبرم في غالب الأحوال بين طرفين ليس بينهما وسيلة إتصال مادية سوى شبكة الإنترنت، وهو ما يثير العديد من المشاكل عند طرح النزاع على القضاء، وحل هذه المشاكل هو السبيل الوحيد لتوفير الثقة والأمان القانوني، الذي يستحيل بدونها مواجهة التزايد المستمر في حجم المبادلات عن طريق شبكة التجارة الإلكترونية.

[1]– رغم أن هناك من الفقه من يؤيد إعمال منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية، و يرى بأنه لا يثير أية صعوبة حينما تكون الإرادة صريحة في اختيار قانون العقد بخلاف لو كانت هذه الإرادة ضمنية، وهو ما يحتم على القاضي حينئذ الرجوع لقواعد التنازع في القانون الوطني. ينظر: صالح المتزلاوي، المرجع السابق، ص 350.

[2]– محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي و الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 268 و ما بعدها.

أ.صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

كقاعدة عامة ينشأ العقد متى توصل طرفاه إلى إتفاق بشأن أحكامه، ما لم يتضمن هذا الاتفاق إخلالا بالنصوص القانونية السارية[1]، و يترتب على ذلك أن العقد المبرم شفهيا أو بالكتابة صحيح في أغلب الأنظمة القانونية، لأن المتعاقدين يتمتعون بحرية كاملة في إبرام العقود بالطريقة التي توافق المقصود من وراء اعتمادها[2]، و يستتبع ذلك أن العقد الذي يتم إبرامه بواسطة وسيلة إلكترونية يكون من حيث المبدأ عقدا صحيحا[3].

كما يبدوا أنه ليس ثمة صعوبة تذكر حينما يجمع المتعاقدين مجلس عقد واحد أو عندما يتم التعبير عن الإرادة عبر شاشات الحاسوب من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما دام لم يتم إنكارها، بيد أن الصعوبة تدق حينما يتم التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، مما يثير التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد الإلكتروني، وهو ما يبعث عند المتعاقدين الشك و عدم اليقين في سياق استخدام وسائل الإتصال الإلكترونية، و تثور معها تساؤلات عديدة حول كيفية التحقق من الإرادة الصادرة عن صاحبها وعن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن.

إلا أن الدراسات الأكاديمية و العملية أثبتت أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن تتحقق عن طريق الإتفاق بين المتعاملين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة مرور أو عن طريق المفتاح السري، بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد[4].

ب- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

---

[1]- نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري 10/05 على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقين دون الإخلال بالنصوص القانونية" .

[2]- راجع المادة 60 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري النافذ .

[3]- هذا ما أكدته المادة 11 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر عام 1996 و الذي اعتمدته أغلب التشريعات التي عنيت بتنظيم مسائل التجارة الالكترونية كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت لسنة 2001 في مادته 13، وكذا قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 في الفصل الأول من الباب الأول ... للإطلاع على نصوص هذه القوانين يرجع إلى الموقع الإلكتروني: http//www.unicitral-org/en-index-htm.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص374.

تتميز عقود التجارة الإلكترونية بغياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة إبرامها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التحقق من هوية و شخصية المتعاقدين من خلال وسائل الإتصال الإلكترونية، خاصة إذا كان من شأن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة أن تؤدي إلى التعرف على القانون واجب التطبيق على العقد مثلما يأخذ به التقنين الفرنسي الخاص بحماية المستهلكين، والذي يركز على ضرورة أن يتضمن الإيجاب ما يفصح عن هوية المورد، فالتاجر يحرص في أغلب الحالات على معرفة هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة أو السلعة حتى يتأكد من أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد[1].

وسعيا للتحقق من هوية المتعاقدين أوجبت بعض القوانين و الإتفاقيات الدولية مجموعة من الإجراءات التي تسمح بالتحقق من صحة الوثائق الإلكترونية و التحقق من هوية مرسلها، كما هو الشأن بالنسبة للإتفاق النموذجي لتبادل البيانات إلكترونيا للمملكة البريطانية المتحدة، الذي نص على أن تحدد جميع الرسائل هوية الراسل و المرسل إليه ...إلخ، كما أوصت المادة 05 من التوجيه الأوربي الصادر في 08 جويلية 2000 والمادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقيها بشكل دائم اسمه و عنوانه الجغرافي و عنوانه الإلكتروني، واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته[2] .

ج – عدم تنظيم القانون المختار للمسائل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية:

إن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بصدد عقود التجارة الإلكترونية تبدوا مسألة في غاية الأهمية– لا سيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية–، وهذا راجع إلى أن المتعاقدين عن طريق الوسائط الإلكترونية يتطلعون دائما لمعرفة القانون واجب التطبيق قبل الدخول في أي علاقة عقدية لكي يتحقق لهم بذلك الأمان القانوني المنشود، و بخاصة أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع نفسه ، ص 355. وينظر : هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 19.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع نفسه ، ص 382.

ستتفاقم لو كان أحد فريقي العقد أو كليهما ينتميان لدولة لا يعترف قانونها بالمستخرجات الإلكترونية، وبالتالي عدم اعترافها بالعقد التجاري الإلكتروني- و هو واقع الحال – عندها قد يفاجأ المتعاقدان بأن القانون المتفق عليه لحكم العقد لا يعترف بالمستندات الإلكترونية، الأمر الذي دفع ببعض المنظمات لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الإلكترونية وانخراط كافة الدول في التجارة الإلكترونية لما يحققه ذلك من تنمية و إزدهار، وبالتالي ضرورة الإسراع صوب تعديل تشريعي ملائم لطبيعة هذه التجارة، وخصوصا ما تعلق منها بالاختصاص القضائي و القانون واجب التطبيق[1].

لهذه الأسباب ومن أجلها يحرص المتعاقدون بوسائل الاتصال الحديثة في أغلب الأحيان إلى تضمين عقودهم شرطا خاصا يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن أمثلة هذه العقود نذكر عقد شركة Apple stor الذي نص على أن "تخضع كل عقود البيع التي تكون Apple stor طرفا فيها لقانون كاليفورنيا"، كما نصت أحد الشروط العامة للمركز التجاري Surf and buy d'IBM europe على أن " يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي "[2] .

و عليه تتوقف صلاحية الاعتماد على الوسائل الإلكترونية في إبرام عقود التجارة الدولية و حجم الاعتراف بحجيتها، على مدى اعتراف و قبول القوانين المختارة بصلاحية هذه العقود التي يتم إبرامها بدون سند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى القانون المختار الذي يعترف بهذه العقود و تطبق أحكامه.

2-.الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد:

إن الصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمني لقانون العقد ليست من خصائص التجارة الإلكترونية، فقد سبق وأثارت تلك الفكرة صعوبات ومشاكل بصدد تطبيقها على عقود التجارة الدولية كذلك، حتى قيل بأنه من شأن تطبيق هذا الضابط أن يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 117.

[2]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 362.

قانون العقد مستترا وراء مسمى الإرادة الضمنية، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف و يهدد الأمان القانوني الذي تنشده التجارة الدولية[1] .

و رفض الإستناد إلى الإرادة الضمنية بصدد عقود التجارة الإلكترونية له ما يبرره هو كذلك، على أساس صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في تحديد قانون العقد، خاصة عند مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية.

وقد سبق وأن أشرنا في موضع سابق[2]، إلى أن الإعتماد على اللغة المعتمدة في تحرير العقد لم يعد أمرا مستسغى، و ذلك لانتشار اللغة الإنجليزية على نطاق واسع بصدد إبرام هذه العقود، كما أن الإعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها لم يشكل بدوره قرينة قوية لتحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء أو ما شابه ذلك[3].

و من ناحية أخرى قد يصعب التسليم بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على عقود التجارة الإلكترونية المرتبطة به، لأن مسألة الإرتباط نادرة الحدوث في العقود المبرمة عن طريق الوسائل الإلكترونية، فالغالب هو استقلال الروابط القانونية لاسيما و أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في غالب الأحوال و لا يوجد ما يثبت وجودهم المادي و الحقيقي[4].

و أخيرا وليس آخرا، فإنه يصعب كذلك الإستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين لأن هذه الروابط هي التي تؤدي إلى توطين أو تركيز الرابطة العقدية، و هي بهذا الوصف تقترب في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي.

ثانيا– الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون المعين بواسطة القاضي:

[1]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق ، ص 427.

[2]– يرجع إلى الصفة 123 السابقة.

[3]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق ، ص 87.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 365.

إن إعمال الضوابط التقليدية في إسناد الروابط العقدية الدولية في ظل امتناع الأطراف عن الإختيار الصريح للقانون الواجب على عقود التجارة الدولية من جهة و تعذر استخلاص إرادتهم الضمنية من جهة أخرى، قد يصعب التسليم به بصدد عقود التجارة الإلكترونية، فهذه الضوابط عادة ما تعتمد على التركيز المكاني للرابطة العقدية محل النزاع، في حين نجد أن عقود التجارة الإلكترونية تتم في فضاء افتراضي غير محسوس ليست له روابط أوصلات مكانية، حتى وصل الأمر بوصفه في إحدى الدراسات بأنه " بلا مكان" [1] .

إن المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تقود في الغالب إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام و البيانات، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لم توضع إلا من أجل واقع مادي، و من ثم فإن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الغموض و الصعوبات، حتى أصبح معها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه بالإضافة إلى عناصر الإسناد الشخصية مجرد مؤشرات تسمح بالتعرف على مركز الثقل في العقد بغية توطينه[2]، وهو ما سنحاول التطرق إليه في النقاط التالية، من خلال بحث أهم الصعوبات المرتبطة بإبرام العقد أو تنفيذه أو بالأحرى بتوطين محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

1- صعوبة التركيز الموضوعي لعقود التجارة الإلكترونية:

تكمن صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بخاصة في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، و على وجه الخصوص في العقود التي تبرم و تنفذ إلكترونيا كعقود بيع البرامج التجارية la commercialisation des logiciels، الأمر الذي يشكل عائقا أمام تطبيق قواعد التنازع التقليدية على هذه الطائفة من العقود، ذلك أن فكرة اللامادية la dematérialisation التي تنطوي عليها هذه العقود يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء اللامادية المبيعة، و هذا بالنظر إلى أن التجارة الإلكترونية لا تعترف في غالب الأحيان

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 117.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 367.

بالحدود الرسمية أو المادية، و لذلك تكون كافة التطبيقات التقليدية القائمة على عوامل الموقع الجغرافي محل ريبة، لأن مصطلح المكان يتضاءل يوما بعد يوم بمناسبة العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية[1].

في حين يختلف الأمر بالنسبة للعقود التي تتم أحيانا عبر شبكة الانترنت و لكنها تنفذ خارجها، كونها تشير عادة إلى عناصر مادية ملموسة كعنصر التسليم مثلا، ما جعلها صالحة لتطبيق معايير القانون الدولي الخاص عليها، وبالتالي فعدم مادية موضوع التعاقد يصبح محددا أساسيا لتقرير مدى ملائمة الضوابط المعتمدة من طرف القاضي في تركيز الرابطة العقدية للتطبيق من عدمه.

2 – صعوبة إعمال معايير الإختصاص القانوني التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية:

تتخذ ضوابط الإختصاص القانوني الدولي من قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز معاييرا لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع المطروح بشأن العقود الدولية بصفة عامة، وهي ضوابط مادية إقليمية تقوم في الغالب الأعم على روابط جغرافية، و بالتالي يصعب تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية بالنظر إلى طبيعة المعاملات الالكترونية التي تقوم على مرتكزات غير مكانية أو افتراضية.

أ– .صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد:

إن محاولة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه يثير العديد من الصعوبات، خاصة إذا كانت الأنظمة القانونية متباينة بشأن تعيين محل إبرام العقد بصدد العقود التقليدية التي تتم بين غائبين[2]، و ما زاد من صعوبة ذلك هو اتساع النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية و توسع دائرة التعاملات عن طريق الشبكة المعلوماتية التي لا تقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، و بالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان أن يقدم الدليل على صحة إدعائه[3].

ب– صعوبة تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد:

يحتل مكان تنفيذ العقد أهمية خاصة في القانون الدولي الخاص، إذ يمكن التعويل عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و القضاء المختص بحكم النزاع، إلا أنه يثير بعض

[1]– صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 368.

[2]– يراجع المادة 67 من القانون المدني الجزائري النافذ.

[3]– بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 44.

الصعوبات بصدد عقود التجارة الإلكترونية خاصة في الفرض الذي نكون فيه بمناسبة عقد أبرم و يراد تنفيذه داخل شبكة الأنترنت، والذي غالبا ما يكون موضوعه خدمات أو أشياء غير مادية.

في هذه الحالة يصعب توطين عقد التجارة الإلكترونية استنادا إلى مكان تنفيذه، وهو ما اتجهت إلى تأكيده المادة 05 فقرة 01 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر عام 1968م، و التي احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعي عليه، متى كان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة الإختصاص[1].

ج– صعوبة تحديد محل إقامة الأطراف:

ترجع هذه الصعوبة إلى أن فكرة الإقامة تشير إلى مكان ثابت و دائم يتم فيه إبرام العقد ، و هذا شرط غير متوفر عادة في عقود التجارة الإلكترونية، فالعنوان الإلكتروني لا يشكل وفق للمعنى الفني للكلمة محل إقامة ثابت مثل ما هو معمول به في الإتفاقيات الدولية، خاصة إذا عملنا أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، كما أن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية متنوعة من مكان لآخر.

و لعل هذه الصعوبة هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العقود الإلكترونية[2].

د– صعوبة الإعتماد على نظرية الأداء المميز في عقود التجارة الإلكترونية:

على الرغم من أن الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية هو الذي دعى إلى تبني هذه النظرية في معظم تشريعات القانون الدولي الخاص و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء في أغلب الدول، إلا أنه يصعب التسليم بانطباقها في كل الحالات على عقود التجارة الإلكترونية، خاصة و أنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم وطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتعدى الحدود الجغرافية.

[1]– صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 370.

[2]– صالح المنزلاوي ، المرجع نفسه ، ص 371.

فمن ناحية أولى قد يؤدي إعمال هذه النظرية إلى إسناد العقد الدولي لقانون الطرف القوي في العقد و التضحية بمصلحة الطرف الضعيف، خاصة إذا كان قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد، ذلك أن أغلب التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية قد اعتدت بمحل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و هذا ما قد لا نجده متوفرا في عقود التجارة الإلكترونية.

و من ناحية ثانية قد يصعب إعمال هذه النظرية في الحالة التي لا تكون فيها الوسيلة الإلكترونية المبرم بها العقد مجرد وسيلة للإتصال أو التفاوض حول بنود العقد فقط، و إنما وسيلة لتنفيذ العقد كذلك، لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها، فضلا على أنه قد يصعب تحديد قانون معين يسند إليه حكم العقد في الفرض الذي يتصل فيه العقد المبرم عن طريق الانترنت بكافة الدول، لإتصال الأنترنت بها في ذات الوقت[1].

و بذلك نخلص إلى أنه من الصعب التلاقي الناجح بين عقود التجارة الالكترونية و قواعد تنازع القوانين، ذلك أنه دائما ما يرغب التجار و الشركات في معرفة القانون الذي ينطبق على عقدهم منعا للمفاجآت غير المستحبة، إلا أن منهج التنازع في صورته الحالية لا يسهم في خلق هذه البيئة المتطلبة في العقود التجارية الإلكترونية، خاصة و أن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة و ملامحها و ظروفها المستحدثة[2].

ومن أجل تفادي الصعوبات التي خلقها إعمال منهج التنازع في عقود التجارة الإلكترونية، طرح الفقه الحديث بديلا منطقيا و عمليا و معقولا ليقدمه لمجتمع التجارة الدولية عموما و لمعاملات التجارة الالكترونية بخاصة، ألا وهو منهج القواعد المادية الذي حاول رتق الثقوب التي سببتها تطبيقات قواعد التنازع التقليدية .

الفرع الثاني: منهج القواعد المادية في عقود التجارة الإلكترونية

[1]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص 346.

[2]- إيهاب السنباطي، المرجع السابق ، ص 375.

لا بد لأجل خلق بيئة قانونية مناسبة للتجارة الإلكترونية من وجود حلول متكاملة لما قد ينشأ عنها من نزاعات سيما مع الطبيعة الدولية لمعظم عقود التجارة الإلكترونية، و بالنظر إلى القواعد القانونية التقليدية التي أصبحت عاجزة في بعض الأحيان عن إجابة تحديات التجارة الإلكترونية.

فعملية البحث عن قواعد مادية ذات طبيعة دولية تهتم بشؤون التجارة الإلكترونية بعيدا عن القوانين الوطنية يعيد الأذهان مرة أخرى إلى ما تعرض إليه منهج التنازع بمناسبة حل مشاكل التجارة الدولية، والخلاف الذي احتدم حول ما أطلق على تسميته بأزمة قاعدة التنازع، مما يفتح باب التساؤل مرة أخرى حول أنسب القوانين المناسبة لحكم هذه الطائفة من العقود.

وبمناسبة ذلك فقد تعددت التسميات المعطاة من طرف الفقه لهذه القواعد المادية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، ومن أمثلها: اصطلاح القانون الإلكتروني lex électronica ومصطلح القانون الافتراضي lex virtual أو القانون الرقمي lex numérica أو قانون الاتصالات jus communication،و بينما يميل اتجاه آخر إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية فيطلق عليها مصطلح القانون الطائفي lex corporative أو قانون التجار الجديد neo lex mercatoria...إلخ [1].

ويفضل الأستاذ صالح المنزلاوي إطلاق اصطلاح القواعد المادية للتجارة الإلكترونية regles Les matérielles du commerce électronique على مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الإلكترونية تمييزا لها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وعن تلك القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر، و كذا لاختلافها عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية، فهي قواعد تستجيب في مضمونها و أهدافها للمعاملات الإلكترونية على نحو أفضل.

و يمكن تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية أو lex électronica بأنها " مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية، وفي هذا المعنى عرفها البعض بأنها

[1]- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص110

مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية"[1].

فالقواعد المادية للتجارة الالكترونية تتكون على هذا النحو مما درج عليه العمل في المجتمع الإلكتروني من عادات و ممارسات طورتها منظمات ذات طابع دولي حكومية و غير حكومية، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و غرفة التجارة الدولية و منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية ...إلخ[2] .

كل هذه الأجهزة – وغيرها- حاولت أن تأتي بآراء حديثة تسعى من خلالها إلى التعامل الموضوعي مع عقود التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق إنشاء قواعد موحدة للمعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية عموما، إذا ترى في ذلك حلا جيدا لمشاكل التجارة الإلكترونية، وستكون بالطبع قواعد جديدة موضوعة خصيصا للتكيف مع الطبيعة الذاتية للمعاملات الإلكترونية، الأمر الذي سيتيح لكافة الأطراف الثقة و إمكانية التنبؤ في عصر التجارة الإلكترونية، سواء للمستهلكين أو الشركات التجارية أو مقدمي خدمات الأنترنت أو الجهات الحكومية، و بالطبع المحاكم التي سيكون لديها قانون موحد تطبقه مباشرة على عقود التجارية الإلكترونية[3]، لكن بظهور قواعد موحدة دولية خاصة بالتجارة الإلكترونية تتميز عن القوانين الوطنية و قواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين، كثرت التساؤلات عن الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد و الانسجام لدى هذه القواعد، خاصة ما تعلق بالمصادر التي تستقي منها أحكامها.

أولا– اختلاف الفقه في تحديد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

انقسم الفقه بصدد تحديده للقواعد المادية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، حيث نشب خلاف فقهي ما زال محتدما حول تحديد إطار و مكونات تلك القواعد، والذي الذي يمكن عرضه في اتجاهين :

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 111.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 112.

[3]– إيهاب السنباطي، المرجع السابق ، ص 404.

– الإتجاه الأول: يذهب أنصاره إلى رفض فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية وإنكار كل استقلال لها عن القواعد المادية التقليدية، فهي تقع ضمن نطاق هذه الأخيرة و ما هي إلا امتداد لها[1].

لكن على الرغم من ذلك إلا أن أنصار هذا الإتجاه قد اختلفوا حول تحديد الأطر و المكونات الأساسية للقواعد المادية في عقود التجارة الإلكترونية، بين من يرى أن فكرة قانون التجار الرقمي أو ما يسمى بالشكل الجديد لقانون التجار تتكون من التوصيات الدولية الأساسية recommandation internationales principales التي تدرج فيها أعمال المنظمات الدولية و الإقليمية الحكومية وغير الحكومية، بالإضافة إلى القواعد التعاقدية المعتمدة على صعيد العلاقات التجارية الدولية.

و بين من يرى أن مصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتشكل من القانون الموحد الدولي، القانون المشترك، والقانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية. ليصل في الأخير إلى رأي يقر بأن هذه القواعد تأتي من عادات مهنية مقننة، ومن مجموعات القوانين الوطنية و الشروط التعاقدية بالإضافة إلى قرارات و أحكام التحكيم[2].

– الإتجاه الثاني: يقر هذا الإتجاه بالوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية، ولا ينكر عليها استقلالها عن القواعد المادية التقليدية، كونها عبارة عن قواعد نشأت في بيئة إلكترونية وفي أحضان التجارة الدولية.

وفي هذا الخصوص يحاول أنصار هذا الاتجاه وضع إطار نظري يهتدى عن طريقه إلى تحديد المصادر التي تتشكل منها القواعد المادية الإلكترونية استناد إلى محتوى هذه القواعد أو إلى مضمونها، و ذلك بتقسيمها إلى مصادر رسمية تحتوي على الاتفاقيات الدولية و المعاهدات الدولية المطبقة في التجارة الإلكترونية، والأدوات التعاقدية التي تشمل تقنيات السلوك والعقود النموذجية وكذلك قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الدولية.

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 114و201.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 116.

هذا بالإضافة إلى المصادر ذات النشأة التلقائية والتي تضم الممارسات التجارية في مجال التجارة الإلكترونية و المبادئ العامة للقانون والأعراف المهنية .

بيد أنه على الرغم من وجود كل هذه المصادر والعناصر التي تبدوا في مظهرها كافية لبناء فكرة قواعد مادية كفيلة بحكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود تلك القواعد و صلاحيتها لحسم كل المنازعات التي تثور بشأن تلك العلاقات.

ثانيا– مدى قدرة القواعد المادية على بناء منهج متكامل يحكم عقود التجارة الإلكترونية:

إن التحدي الأساسي الذي يواجه القواعد المادية، هو مدى قدرتها على اقتراح حلول نموذجية ومتكاملة خاصة بالمنظومة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، بالطريقة التي تتفق و الطبيعة الفريدة للوسائل التي تبرم بها، وفي نفس الوقت احتراما لسيادة الدول و قوانينها الداخلية.

ولقد تراوحت آراء فقهاء قانون التجارة الإلكترونية بصدد تكوين المنظومة القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، بين مؤيد لوجود فكرة النظام القانوني للقواعد المادية التي تنظم عقود التجارة الإلكترونية، على أساس أنها قواعد قانونية قادرة على تكوين نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تضعه الدولة بغية تنظيم الروابط القانونية بين أفرادها، و بين منكر لوجود هذا النظام القانوني بحجة أنه من السابق لأوانه إعطاء أي دلائل ذات قيمة تحدد نطاق ووجود هاته القواعد، كونها مازالت في بدايتها ومن الصعب التسليم بإمكانيتها على تكوين نظام قانوني متكامل[1].

و أمام هذا الاختلاف يبدوا القول بأن منهج القواعد المادية الدولية هو العلاج الشافي لآلام وأوجاع عقود التجارة الإلكترونية[2] لا يشكل في حد ذاته الإجابة الكاملة الوافية، وإنما يجب أن يكتمل بتوافر عدة عناصر تشكل نظاما قانونيا متقنا ومتكاملا لحكم معاملات التجارة الإلكترونية، وأهم ملامح هذه المنظومة هي:

1– إقرار مبدأ سلطان الإدارة إلى أبعد حد ممكن مع تعامل خاص بعقود المستهلكين: وذلك راجع إلى أن الخطوة الأولى لتكوين عقود تجارة إلكترونية ناجحة ومتنامية وغير معرضة للهزات و العقبات القانونية، هو إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم

[1] – صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص 195.

[2] -إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 413.

كما يتفقون على غيره من بنود العقد من محل و ثمن و تسليم و تسلم، ومع التأكيد على أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية يجب أن يقر في قواعد موضوعية دولية لا تختلف من دولة لأخرى[1].

2- إنشاء مظلة من القواعد المادية الدولية تعنى بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية:

إن العنصر الثاني في المنظومة القانونية المقترحة للتجارة الإلكترونية هو إنشاء مظلة من القواعد المادية لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ يرى الفقيه mattew burnstein أنه ما دام قانون التجارة الإلكترونية قانون لموضوع معين و ليس قانونا لمكان معين، فإنه يجوز إنشاء قانون عام يتضمن قواعد موضوعية تحكم المعاملات الالكترونية، يكون مصدرها مجموعة الأعراف و الممارسات السائدة المقبولة التي طورتها المحاكم بالتعاون مع المستخدمين و الحكومات و كافة الأطراف ذات الصلة[2]، و ميزة هذا القانون أنه ليس صارما، بل متطورا يستجيب للتغيرات التي تحدث في البيئة الفنية و القانونية، وهو ما يفي باحتياجات الأطراف المختلفة للتجارة الالكترونية .

3- إنشاء منظمة دولية تسهر على توحيد و تطبيق القواعد المادية و تحديثها عند اللزوم:

يلقى هذا التوجه تأييدا واسعا ضمن الاقتراح المقدم من طرف بعض الفقه تحت مسمى " "منظمة التجارة الإلكترونية "، التي يعهد لها مهمة القيام بدور الأب الشرعي للتجارة الإلكترونية عن طريق تنظيمها و حل مشاكلها القانونية و معالجة قصور قواعدها الإتفاقية، و بعبارة أخرى يجب أن تكون هذه المنظمة بمثابة الحارس الأمين على خلق صرح قانوني منضبط لعقود التجارة الإلكترونية[3]، تصل إلى تأمين كافة عوامل السلامة القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية و أطرافها، وهذا عن طريق بعث آليات لتسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود تعمل على هدي القواعد المادية.

لكن تبقي كل هذه الاقتراحات وغيرها مجرد أماني وتطلعات يهدف من ورائها الفكر القانوني إلى الابتعاد عن وهم الفراغ القانوني الذي يثيره البعض فيما يتعلق بالروابط العقدية الخاصة بالتجارة

[1]- إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 413.

[2]- إيهاب السنباطي، المرجع نفسه ، ص 416.

[3]- تجسد منظمة التجارة العالمية الصورة المثلى لمثل هذه الحالات، كونها تمثل أكثر منظمات العالم التجارية عضوية من الدول وأبرزها تأثيرا في أوضاع العالم التجارية والاقتصادية، وبالتالي ليس ببعيد تصور إنشاء منظمة متخصصة للتجارة الالكترونية، لأن مصلحة الجميع تقتضي إنشاء نظام قانوني راسخ لتنظيم عقود التجارة الدولية- ينظر: إيهاب السنباطي، المرجع نفسه ، ص 422.

الالكترونية، الأمر الذي يبقى عن مدى كفاية تلك القواعد لسد الثغرات ووضع حلول لمشكلات التجارة الإلكترونية، بالنظر إلى طول المدة اللازمة لإعدادها والإجراءات الشكلية التي تظهر بوضوح في نصوصها المختلفة، ما من شأنه أن يشكل عقبة قانونية حقيقية تحول دون فاعلية استخدام تلك النصوص في هذا المجال[1] .

كما يلاحظ عجز العقود النموذجية عن تغطية كافة مسائل التجارة الإلكترونية، باقتصارها على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد ضرورية التطبيق، تاركة للدول إصدار اللوائح التنظيمية لاستكمال التفاصيل الإجرائية خاصة ما تعلق منها بتسوية المنازعات و تبيان الآثار التي قد تترتب نتيجة عدم الامتثال لقواعدها، تاركة تلك الأمور للقوانين الوطنية حين يحين الأوان لتنظيمها، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[2].

و أمام العجز الذي أظهرته الإتفاقيات الدولية و العقود النموذجية، وفي ظل عدم وجود إطار تنظيمي محدد يحكم المعاملات الإلكترونية، ظهرت أهمية تقنيات السلوك لتسد هذا العجز عن طريق إرساء قواعد سلوك– تخلو في أغلبها من قوة الإلزام– في محاولة منها لتغطية مختلف الجوانب التقنية و القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، وخاصة بعدما اعترف لها جانب من الفقه بقوة إنشاء القاعدة القانونية لاسيما بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم التجارية الإلكترونية [3].

و بذلك يتضح أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال وتحت أي مسمى إنكار وجود قواعد مادية تلعب دورا رئيسيا في بناء وتكوين قانون التجارة الإلكترونية، رغم أن إمكانية التعويل على هذه القواعد لحسم المشكلات ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية يبقي أمرا غير متفق عليه من طرف الجميع.

و لكن بالنظر لما تمثله هذه القواعد على مستوى القانون الدولي الخاص، و نظرا لأهمية الكشف عنها والأمر بتنفيذ أحكامها، فإن الحاجة العملية التي تشهدها حركات التجارة الإلكترونية

[1]– صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 219.
[2]– صالح المنزلاوي ، المرجع نفسه ، ص 228.
[3]– صالح المنزلاوي ، المرجع نفسه ، ص 253.

تعطي لتلك القواعد قوة حقيقية في هذا المجال[1]، رغم التباين الواضح في القوة الإلزامية التي تنطوي عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، أين نجد قواعد ملزمة للأطراف وحدهم كما هو الحال في الإتفاقيات الدولية و العقود النموذجية، و توصيات غير ذي قيمة قانونية إلزامية في أحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية المبرمة بالوسائط الإلكترونية.

ونتيجة لما تقدم ذكره يتأكد تشكيل القواعد المادية في عقود التجارة الإلكترونية لنظام قانوني، و لكنه نظام قانوني غير متكامل كالبناء الذي وضع أساسه لكن لم يكتمل تشييده، وهو ما يتجلى في عدم قدرة هذا البناء على الإحاطة الكاملة بكافة المسائل التي يمكن أن تثور بشأن النزاع بين المتعاقدين، و في عجزه عن تقديم حلول مناسبة لبعض المشكلات التي تبرز بصفة خاصة بصدد عقود التجارة الإلكترونية، كأهلية التعاقد وسلامة الرضا و الشروط الشكلية اللازمة لإبرام وصحة العقود...إلخ.

[1]- فاروق محمد أحمد الأباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكات الانترنت، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2002 ، ص 129.

الخاتمة

أصبح من الواضح أن التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، وأنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، إذ تعتبر عقود التجارة الدولية حصيلة لتوسع عمليات التبادل الاقتصادي في المجتمع البشري التي نتجت عن إتساع رقعة سوق التبادل الاقتصادي الجغرافية، بحيث لم تعد السوق مغلقة أو قائمة على منطقة جغرافية واحدة تضم مجتمعا وتكوينا سياسيا واحدا، بل إتسعت لتتم المبادلات السلعية والخدماتية فيها بين أقاليم ذات مقومات اجتماعية وسياسية واقتصادية مختلفة، الأمر الذي أدى إلى تعدد وتشابك العديد من العلاقات القانونية التي تثير مشاكل قانونية وعملية جديدة لم تكن مطروحة سابقا على الساحة الدولية، نظرا لاحتواء هذه العلاقات على العديد من الجوانب المتداخلة.

وقد أخذت مشكلة تنازع القوانين حيزا كبيرا لها في منازعات عقود التجارة الدولية لإتصال هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني ، مما أدى إلى تحريك قواعد القانون الدولي الخاص، الأمر الذي تحتم معه إيجاد معيار يساعد على الكشف عن دولية العقد نظرا لما لهذه المسألة من أهمية من حيث القانون الواجب التطبيق على العقد.

ومن خلال ما سبق التعرض إليه، يتضح لنا أن الفكر القانوني لم يتوصل بعد إلى تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية، وذلك باقتصاره على معيارين اثنين لتحديد هذا المقصود وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، كما لاحظنا أن أنصار المعيار القانوني وإن كانوا قد اتفقوا على إضفاء الصفة الدولية على العقد متى كان مرتبطا بأكثر من نظام قانوني، فإنهم لم يتفقوا حتى الآن على ضوابط الارتباط التي يتعين اعتمادها لإضفاء هذه الصفة عليه، كما إتضح أيضا أن المعيار الاقتصادي يقف عند مصالح التجارة الدولية وحدها للقول بأن العقد التجاري يعتبر دوليا، أي متى كان يؤدي إلى المساس بهذه المصالح، لنصل إلى حقيقة أن الإعتماد على كلا المعيارين لا يعتبر كافيا في حد ذاته لتحديد المقصود بعقود التجارة الدولية بشكل واضح ودقيق، وأنه يتعين تطبيق المعيارين

معا تطبيقا جامعا، وهو ما أخذت به الكثير من الأحكام القضائية وتبنته قرارات القضاء التحكيمي أيضا.

و بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فقد جرت التشريعات الحديثة على تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، إلا أن استقرار هذا المبدأ لم يتم إلا في نهاية القرن 19م في ظل المذاهب الفردية، الذي تأكدت فيها فكرة قانون الإرادة بوصفها تعبيرا على الانعكاس القانوني للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك.

وإذا كان الإعتداد بقانون الإرادة في اختيار قانون العقد هو مبدأ استقر في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أن إرادة الأطراف هنا ليست طليقة في هذا الاختيار وإنما هي مقيدة بالدور الذي حدده لها المشرع بمقتضى قاعدة التنازع، و الأمر يختلف بالضرورة عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد وعندما لا يستطيع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، إذ يتعين عليه في هذا الفرض اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه.

لذلك إتجهت بعض التشريعات الداخلية إلى الإسناد الجامد للرابطة العقدية في هذا الفرض، مثل الإسناد إلى قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذه، ومثل هذه الإتجاهات وإن كانت تحترم اليقين القانوني ولا تفاجئ الأطراف بما لم يتوقعوه، إلا أنها تتسم بالجمود الذي لا يتلائم وتنوع طبيعة العقود في إطار التجارة الدولية واختلاف ملابساته في شأن كل منها، الأمر الذي دفع التشريعات والإتفاقيات الحديثة إلى إتخاذ مواقف متباينة تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين، دون أن تضحي مع ذلك باعتبارات العدالة وما تقتضيه من مرونة في الإسناد، وعلى هذا النحو يتم إسناد كل فئة من العقود الدولية ذات الطبيعة الواحدة للقانون الذي يناسب طبيعتها، وهو القانون السائد في فكرة محل الأداء المميز الذي يحقق المرونة المتطلبة لإدراك العدالة، ولكونه يفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأطراف بالنظر إلى تمكينهم من العلم المسبق

بقاعدة التنازع التي تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية؛ ومع ذلك فقد سمحت التشريعات الحديثة في ظروف استثنائية بأن يخرج عن هذا المفهوم رعاية لظروف الحالة المعروضة وملابساتها، فيما لو تبين أن قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز عل غير صلة بالعلاقة العقدية المطروحة.

و قد كان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية ونموها، وتطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب بالإضافة إلى تعدد صورها، أن كشفت فيه النظم الوطنية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، وذلك راجع إلى اختلاف الحلول في القوانين الوطنية لحكم الحالة الواحدة، وما يترتب عن ذلك من قلق في مجال التجارة الدولية مما يعيقها في تحقيق غاياتها ولدى المتعاملين فيها، فلا عجب إذن أن نشهد هجوما واسعا على قواعد التنازع التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية، ومرد ذلك هو الإنتقادات الكثيرة التي وجهت لمنهج قاعدة التنازع على إثر الأزمة التي ألمت به، والتي تتلخص في كونه يعتمد أصلا على أداة فنية بالغة الدقة هي قاعدة التنازع يقتضي إعمالها دقة وفهم لمنهج التنازع يصعب على غير المختصين إدراكه، بالإضافة إلى ذلك فقد عيب على هذا المنهج أيضا أنه قد غالى في الإستجابة للإعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية، ومن ناحية أخرى فقد نعى عليه عجزه عن تلبية متطلبات التجارة الدولية الحديثة، حيث أنه يؤدي إلى تطبيق أحد القوانين الداخلية التي لا تستطيع أن تواكب التطور الهائل الذي لحق بالمعاملات الخاصة الدولية التي اعترضتها أوضاع مستحدثة لا تجد الحلول المناسبة في مثل هذه القواعد الداخلية.

وقد أدى هذا الوضع إلى البحث عن حلول أكثر مرونة واستجابة لمتطلبات التجارة الدولية تأخذ في الاعتبار خصوصيات المعاملات الدولية، والتي وجدت ضالتها في منهج القواعد المادية، هذه الأخيرة تؤدي دورا فاعلا في تنظيم العلاقات بين المتعاملين في الوسط التجاري الدولي، لذلك رأت

الدول أن من مصلحتها التصالح معها والاعتراف بوجودها سواء في نصوص التشريعات وأحكام القضاء أو في الإتفاقيات الدولية.

وأبرزنا من خلال الدراسة خصائص القواعد المادية المتميزة من حيث كونها قواعد قانونية نوعية مباشرة في مضمونها ودولية عالمية في أغلبها وسهلة ملائمة وواقعية في حلولها، حيث تحقق الأمان القانوني وتوقعات الأطراف على الصعيد الدولي وتعطي حكم القانون بصورة أكيدة سلفا، وتحقق بالتالي العلم المسبق للقاضي وأطراف العلاقة، مما جعلها تشكل منهجا مستقلا ومتفوقا له دوره في القانون الدولي الخاص المعاصر، كما بينا أن المصادر الداخلية والدولية للقواعد المادية أسهمت إسهاما كبيرا في تشييد صرح منهج القواعد المادية، و تعاظم دور الفقه واهتمامه بدراسة هذه القواعد وإثرائها وتيسير السبيل أمام القضاء والمشرعين في إرساء هذه القواعد.

ورغم ما قيل بشأن القواعد المادية من عيوب إلا أنها لم تساوي شيئا بالمقارنة مع ما حققته لعقود التجارة الدولية من أمن واستقرار، الأمر الذي كرس قواعد قانونية دولية مشتركة صالحة لبناء أسس نظام قانوني مستقل للعقود والمعاملات التجارية الدولية، وهو ما نلمسه من خلال الرجوع لما يسمى بقانون التجارة الدولية، الذي يعد أكثر ملائمة وأكثر مرونة وانسجاما مع واقع التطبيق الدولي، أو من خلال الرجوع للقواعد الإتفاقية الدولية التي تتكون في غالبيتها من قواعد مادية تؤدي إلى تدويل قواعد العقد التجاري الدولي.

ثم انتهينا إلى أن العلاقة بين منهج القواعد المادية و منهج قواعد التنازع هي علاقة تعايش وتعاون، بحيث يصبح دور هذا الأخير دورا ثانويا أو احتياطيا في غالب الأحيان، وعلى هذا النحو يبدوا منهج التنازع في القانون الدولي الخاص المعاصر منهجا أصيلا من حيث إتساع نطاق إعماله واحتياطيا من حيث كيفية الإعمال ، فهو منهج أصيل لكونه ينطوي على كافة حلول التنازع المتصورة في شأن مجموع المشاكل التي تثيرها الروابط الخاصة الدولية، وهو في نفس الوقت منهج احتياطي لكون اللجوء إليه ينحصر مع ذلك في الفروض التي لا يجد فيها القاضي تنظيما مباشرا للمسألة المطروحة.

أما بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية والتحديات القانونية التي أوجدتها، خصوصا ما تعلق منها بتطبيق قواعد التنازع أو القواعد المادية على المنازعات الناشئة في بيئتها، فقد إتضح أن إعمال منهج قاعدة التنازع سيتعارض لا محالة مع الخصوصية التي تنفرد وتتميز بها التجارة الإلكترونية والفضاء الإلكتروني غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقد وتنفيذه تارة أخرى، فالعلاقات التجارية الدولية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تقود في أغلب الأحيان إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، بينما يعتمد منهج قاعدة التنازع على ضوابط إسناد معروفة في القانون الدولي الخاص لا توضع في الأصل إلا من أجل واقع مادي ملموس، ومن ثم فإن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الغموض والصعوبات، وبذلك يتضح أنه من الصعب التلاقي الناجح بين قواعد تنازع القوانين وعقود التجارة الإلكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة وملامحها وظروفها المستجدة.

ومن أجل تفادي هذه الصعوبات طرح الفقه الحديث منهج القواعد المادية كبديل منطقي وعملي، مهمته وضع تنظيم مباشر وخاص للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الإلكترونية تمييزا لها عن القواعد المادية الخاصة بالتجارة الدولية، في محاولة منه لرتق الثقوب التي سببها تطبيق قواعد التنازع التقليدية؛ ليسطر بذلك منهج القواعد المادية حقيقة كونه العلاج الشافي لمشاكل عقود التجارة الإلكترونية بشرط توافر العناصر القانونية التي تشكل منه نظاما قانونيا متقنا ومتكاملا لحكم معاملات التجارة الإلكترونية.

وقد خلصنا في الأخير إلى أن الحاجة لمنهج التنازع سوف تظل باقية لفترة طويلة من الزمن، خصوصا في نطاق العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي، حتى يولد ما يسمى بالقانون الخاص الدولي ويشب عن الطوق ويكتمل نموه، وإلى ذلكم الحين نأمل أن يكون بحثنا محفزا لدراسات لاحقة تمثل دفعة أخرى في سبيل تطور التجارة الدولية وتطوير آليات متابعة النزاعات الناشئة في بيئتها، فإن كنت قد أصبت في ذلك هدفي، فإنما هو فضل من الله يؤتيه من يشاء، وإن كان هناك هنة أو تقصير في

محتوى هذا الدراسة فإن كل جهد بشري لا يخلو من ذلك، وحسبي أني لم أل جهدا في الوصول إلى هدف الدراسة، والأمر متروك بلا شك للمزيد من الدراسات المستقبلية.

قائمة المراجع:

- قائمة المراجع:

▪ المؤلفات والكتب باللغة العربية:

– الكتب العامة:

– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب الجامعية، مصر، 2003.

– أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ط01، 1998.

– أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981.

– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة لعربية، القاهرة، ط01، 2007.

– أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003

– أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02، 1998.

– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001.

– بشار محمد دودين، الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة، عمان،الأردن،ط01، 2006.

– حبار محمد، المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، مطبوعات جامعة وهران، الجزائر، 1981.

– حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (الكتاب الأول)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

– حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط01، 1994.

- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2004.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، ط02، 2008.

- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط01، 2004.

- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط01، 2008.

- عبده جمال غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط02، 2009.

- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، ج02، دار المعارف، القاهرة، 1998.

- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2004.

- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، د م ج، الإسكندرية، 1994.

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ج02، دار النهضة العربية، مصر، ط 08، 1977.

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الجزائري، د م ج ، الجزائر، ط03، 2005.

- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، ط04، 2005.

- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي ، حتمية التحكيم وحتمية القانون التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط01، 1991.

- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية،2000.

- محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط01، 2009.

- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط01، 2005.

- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.

- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط01، 2006.

- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

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

- محمد بوعشة، التكامل والتنازع في العلاقات الدولية الراهنة، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط01، 1999.

- محمد بجاوي، من أجل نظام إقتصادي دولي جديد، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1981.

- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، د م ج، الجزائر، 2006.

- محمود محمد مغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007.

- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ج01، د م ج، الجزائر، 1989.

- مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1995.

- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 1998.

- هشام علي صادق، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للنشر، الإسكندرية، 1987.

- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط01، 2003.

- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة أبي يكر بلقايد، تلمسان، 2009.

. المؤلفات والكتب الخاصة:

– أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية (البيع الدولي للبضائع) ، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007.

– إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

– حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، لبنان، 1980.

– حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

– صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، 2008.

- عمر سعد الله، قانون التجارة الولية، النظرية المعاصرة، دار هومة ، الجزائر، ط01، 2007.

– محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط01، 2005.

– محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط01، 2006.

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

– محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط02، 2001.

– هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

– المؤلفات والكتب باللغة الأجنبية:

- Antoine Kassis , Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J , paris , 1993.

- Bernard Audit, "la vente internationale de marchandises, convention des nations-unis du 11 avril 1980" L.G.D.J , paris,1990.

- Henri batiffol et Paul lagard , Traité de droit international privé , T02 , 1983

- Jean Michel Jacquet , Principe d'autonomie et contrats internationaux , économica , paris , 1983.

- Jean-michel jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup , Droit du commerce international , Dalloz , 2007.

- Jean Marc Mousserou et Jacques Raymand et Regis Fabre et Jean-luc pierre, Droit du commerce international (droit international de l'entrerise) , 2éme éd , L.I.T.E.C , paris , 2000.

- Gabrielle Kaufmann – kohler et Andreas Bucher , droit international privé

(contrat international , droit applicable) , polycopié fascicule , faculté de droit , université de genéve.

- Osman F , Les principes généraux de la lex mercatoria , perface E.loquin , bibliothèque de droit privé , T 2 , L.G.D.J , paris , 1992

- Pierre Mayer , droit international privé , 4 éme éd , montchrestien, paris , 1991.

- Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 07 éd, Montchrestien, Paris, 2000 , p484

- Vincent Heuzé , Traité des contrats " Le vente international de marchandises" , L.G.D.J , éd delta , paris , 2000.

- René david , Le droit du commerce international , économica , paris , 1987.

- Sylvie Graumann - yettou , Guide pratique du commerce international , Librerie de la cour de cassation , L.E.T.E.C, paris , 1997.

- Yvon loussouarn et Pierre Bourel , droit international privé , 6éme éd , dalloz , 1999.

– الرسائل والمذكرات الجامعية:

– بوسماحة الشيخ ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، الجزائر ، 2008.

– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر، 2009.

– حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن ، ج 01 ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990.

– زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، ج 01 ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990. – وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن لمصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فيينا 1980 ، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، 2005.

– شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم القانونية ، جامعة الجزائر، 2002.

– بربي نذير، العقد الإلكتروني في ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2006

– مقالات ومداخلات :

– أولا: باللغة العربية.

- بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون ، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف ، ع 05 ، الجزائر، 2007.

- جورج حزبون جورج، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق الكويتية، ع 02 ، 2002.

- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، ع 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2004.

- يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الأسكوا/الأمم المتحدة خلال الفترة الممتدة من 05-10 تشرين الثاني ، بيروت، لبنان، 2000.

- ثانيا: باللغة الفرنسية.

- Bernard Audit , flux et reflux de la crise des conflits de lois , Travaux du comité français de droit international privé , journée du 23/11/1985.

- Bernard Audit , Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de loi , recueil des cours de l'académie de la haye de droit internationale privé , T.03 , 1984 .

- Dominique Bureau , L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois , Mélanges en hommage a françois terée , presses universitaires de France , éd D , paris , 1999.

- Henri Batiffol , Le pluralisme des méthodes en droit international privé , recueil des cours de l'académie de la haye de droit internationale privé , T02 , 1973.

- Xavier Massy , L'internet et le commerce électronique (avec la collaboration de cyril tardif) , S.D.I , 1997

- Philippe KAHN , La convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente international de marchandises , R.I.D.C , 33 année , N 04 , 1981.

- Kneopfler françois , Le contrats dans le nouveau droit international privé suisse , Travaux des journées d'étude organisées par le centre du droit de l'entreprise les 09 et 10 octobre 1987 , a lausanne , 1988.

– القوانين والمراسيم:

– القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، الموافق ل: 20 جوان 2005 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.

– القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المؤرخ في 18صفر 1429هـ الموافق ل 25 فيفري 2008م، الجريدة الرسمية، عدد 21 ، لسنة 2008.

– المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413هـ الموافق لـ 25 أفريل 1993م و المتعلق بالتحكيم الدولي، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08 يوليو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر ، ع 27 لسنة 1993م

– المواقع الإلكترونية:

- www. Arablaw .com.

- www.Juris-en-herbe.com.

- http://hcch.net/f/convetions- intex-html.

- http//www.unicitral-org / en-index-htm.

فهرس الموضوعات:

فهرس الموضوعات:

مقدمة .	1
الفصل الأول : سيادة قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.	09
المبحث الأول: عقود التجارة الدولية ومشكلة تنازع القوانين.	10
المطلب الأول: المقصود بعقود التجارة الدولية.	10
الفرع الأول: تكييف عقود التجارة الدولية.	11
أولا – المعيار القانوني (النظرية الشخصية).	12
ثانيا – المعيار الإقتصادي (النظرية الموضوعية).	16
ثالثا – الجمع بين المعيارين وموقف المشرع الجزائري منه.	17
رابعا – صعوبة تحديد تجارية العقد الدولي.	20
الفرع الثاني: مميزات العقد التجاري الدولي.	21
أولا – ميزة العقد النموذجي.	21
ثانيا – ميزة الشروط العامة.	22
ثالثا – ميزة العقد الدولي التجاري.	22
رابعا – ميزة سلطان الإرادة.	22
المطلب الثاني:أسباب إعمال قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية.	24
الفرع الأول : حاجة التعامل الدولي إلى قواعد التنازع.	24
أولا- تعريف قاعدة التنازع.	25
ثانيا- شروط تطبيق قاعدة التنازع .	27
الفرع الثاني: استقلال المعاملات التجارية بقواعد خاصة.	30
الفرع الثالث: بروز معالم قاعدة التنازع الخاصة بعقود التجارة الدولية.	34
المبحث الثاني: مظاهر الأخذ بقواعد التنازع في منازعات عقود التجارة الدولية .	38
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في إطار منهج تنازع القوانين.	39
الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بإتفاق الأطراف	40

فهرس الموضوعات:

(الإسناد الشخصي)	
أولا- إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية.	41
ثانيا- النتائج المترتبة على الأخذ بقانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية	45
1- السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الدولية.	45
2- اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد.	47
3- رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية.	49
ثالثا- النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية.	49
1- النظام العام الحمائي.	50
2- النظام العام التوجيهي.	51
الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في ظل غياب إتفاق الأطراف.	51
أولا- الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالعقد.	52
1- إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين.	54
2- إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.	54
3- إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد.	55
ثانيا- إعتماد الإسناد المرن للرابطة العقدية الدولية.	55
1- التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.	56
2- فكرة الأداء المميز في عقود التجارة الدولية.	59
المطلب الثاني: قواعد التنازع ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل التنازع في عقود التجارة الدولية.	63
الفرع الأول: أزمة قاعدة التنازع.	64
أولا- العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع.	66
ثانيا- إتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض والتعقيد.	66
ثالثا- عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني.	67

فهرس الموضوعات:

الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري.	69
أولا- من حيث إعمال فكرة الإختيار من بين القوانين المتزاحمة لكم العقد.	71
ثانيا- من حيث الاعتداد بالعنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة.	72
ثالثا- من حيث الهدف الذي تسعى إليه.	73
الفرع الثالث: البحث عن قانون يحكم منازعات عقود التجارة الدولية خارج إطار القواعد الوطنية.	75
أولا- مقومات الإتجاه الحديث لحل التنازع بصدد عقود التجارة الدولية.	76
1- التعليمات المتعلقة بالوسيلة الفنية المعتمدة.	77
2- التعليمات المتعلقة بفكرة الغاية أو الهدف.	78
ثانيا- بزوغ نجم القواعد المادية.	82
الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.	85
المبحث الأول: خضوع عقود التجارة الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص.	86
المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية وعوامل ظهورها.	86
الفرع الأول: تحديد مفهوم القواعد المادية الدولية.	87
أولا- خصائص منهج القواعد المادية.	89
1- قواعد موضوعية مباشرة.	89
2- قواعد عامة تتلائم والعلاقات التجارية الدولية الخاصة.	90
3- قواعد تستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية.	90
4- قواعد سهلة التطبيق.	91
5- قواعد ذات مضمون دولي (عالمي).	91
6- قواعد ذات وظيفة وقائية وعلاجية في نفس الوقت.	92
ثانيا- مقومات القاعدة المادية الخاصة بعقود التجارة الدولية.	92
1- وجود مجتمع متماسك بدرجة كافية.	92
2- وجود أجهزة أو هياكل قانونية خاصة أو عامة.	92

فهرس الموضوعات:

3- الإقرار بالطابع الذاتي للقواعد المادية.	93
الفرع الثاني: أسباب تغليب القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية.	93
أولا- عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.	93
ثانيا- إهدار التوازن العقدي.	98
ثالثا- تجاوب التحكيم الدولي مع القواعد المادية.	100
المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية الدولية .	102
الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي.	103
أولا- القواعد المادية ذات الأصل التشريعي.	103
ثانيا- القواعد المادية ذات الأصل القضائي.	106
الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل الدولي.	109
أولا- المعاهدات والإتفاقيات الدولية.	109
ثانيا- الأعراف والعادات التجارية الدولية.	112
المبحث الثاني: تقييم دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.	115
المطلب الأول: مدى قدرة منهج القواعد المادية على إلغاء منهج قاعدة التنازع.	115
الفرع الأول: الانتقادات الموجهة إلى منهج القواعد المادية.	115
أولا- القواعد المادية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا.	116
ثانيا- منهج القواعد المادية ليس مناسبا للوفاء بالاحتياجات المحلية للنظام القانوني.	117
ثالثا- منهج القواعد المادية يعطي للقضاة المزيد من السلطة غير المحدودة.	117
رابعا- صعوبة تنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدر غالبا عن هيئات التحكيم بناءا على القواعد المادية.	118
الفرع الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية.	119
أولا- علاقة التنافر أو التنافس.	120
ثانيا- علاقة التعايش والتكامل.	122

فهرس الموضوعات:

المطلب الثاني: التحديات التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية في ظل المنهجين.	126
الفرع الأول: مدى ملائمة قواعد التنازع للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.	129
أولا- الصعوبات التي تواجه القانون المختار وفق إرادة الأطراف.	131
1- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد.	131
2- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد.	135
ثانيا- الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون المعين بواسطة القاضي.	136
1- صعوبة التركيز الموضوعي لعقود التجارة الإلكترونية.	136
2- صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية.	137
الفرع الثاني: منهج القواعد المادية في عقود التجارة الإلكترونية.	140
أولا- اختلاف الفقه في تحديد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.	142
ثانيا- مدى قدرة القواعد المادية على بناء منهج متكامل يحكم عقود التجارة الإلكترونية.	143
الخاتمة.	147
قائمة المراجع .	151
فهرس الموضوعات.	160