الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي البحث العلمي
جامعة سعيدة د. الطاهر مولاي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماستر في قانون الأعمال

الطالب الباحث
خرصي سفيان

الأستاذ المشرف
د. بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة والحكم

د. بن عيسى أحمد، أستاذ محاضر، جامعة سعيدة ..... رئيسا

د. بن أحمد الحاج، أستاذ محاضر، جامعة سعيدة ..... مشرفا ومقررا

د. هني عبد اللطيف، أستاذ محاضر، جامعة سعيدة ..... عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2018-2019

بِسْـــمِ اللهِ الرَّحْـمـــنِ الرَّحِـــيمِ

" رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۖ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا ۚ أَنتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ "

صـــــــدق الله العـظـــــــــيم

سورة البقرة الآية 286

إن استطعت فكن عالما، فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع فأحبهم، فإن لم تستطع فلا تبغضهم.

الإهـــداءات

الشكـــر و التقـديـــر

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

أشكر الله سبحانه وتعالى على النعم التي أنعمها علينا، و أن أعانني في إتمام هذه المذكرة.

"و ما توفيقي إلاّ بالله عليه توكّلت و إليه أنيب".

كما أتقدم بالشكر و التقدير و العرفان للأستاذ الفاضل الدكتور بن أحمد الحاج على كل المجهودات التي بدلها و إشرافه و إبداء ملاحظاته و توجيهاته القيمة من أجل إعداد هذه المذكرة .

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى أساتذة أعضاء لجنة المناقشة وهذا لتفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة .

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل الأساتذة بكلية الحقوق جامعة سعيدة الذين لم يبخلوا علينا بنصائحهم وإرشاداتهم طوال المشوار الجامعي .

الإهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

إلى والدي العزيزين أمي و أبي حفظكما الله و رعاكما ، فأنتما سندي في هذه الحياة أطال الله في عمركما .

إلى زوجتي الغالية و رفيقة دربي .

إلى أختي الغالية الحنونة و إخوتي الأحباء خاصة إياد وكل العائلة .

إلى كل من علمني حرفا من الابتدائي إلى ما بعد التدرج
إلى كافة الأصدقاء و الزملاء دون استثناء .
إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة سواء من قريب أو من بعيد .

إن أصبت فمن الله وان أخطئت فمن نفسي و الشيطان .

و أرجو من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفاد منه .

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج :	جزء
ط :	طبعة
مج :	مجلد
ع :	عدد
س :	سنة
د.س.ن :	دون سنة نشر
د.م.ن :	دون مكان نشر

ثانيا: باللغة الأجنبية

Ed :	Edition
P :	Page
Vol :	Volume
Op Cit :	Opus Citatum (Ouvrage Cité)

مقدمـــــة

يعتبر الإنسان بطبعه اجتماعي ، لا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع ، و لكون قدراته محدودة نجده يلجأ إلى غيره لتلبية مصالحه ، و ذلك بالدخول في علاقات مختلفة مع عدة أطراف ، و لعل أهم الصور التي تظهر فيها هي العقد كونه من المعاملات الشائعة التي عرفت منذ القدم و تطور إلى غاية تنظيمه في أطر محكمه ، و التجارة التي مارسها الإنسان منذ القدم حيث بدأت في نطاق ضيق بين الأفراد من قبيلة واحدة ، و تطورت إلى أن أصبحت تجتاز حدود الدولة الواحدة، ولها أهمية بالغة في حياة الشعوب ، لهذا وجه إليها الاهتمام منذ القدم و حتى يومنا هذا ، نظرا لما تلعبه من دور محوري و فعال في بناء الصرح الاقتصادي لهذه الشعوب و السير بها نحو التقدم و الرقي.

و إزاء تلك الأهمية لم تقتصر مباشرة تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة و إنما امتدت خارجها، واتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة ، و كان التجار دوما هم المحرك الأساسي في تطور هذه التجارة ، فأخذوا يتطلعون إلى أسواق جديدة و منتجات متنوعة و خاضوا في سبيل ذلك مخاطر عدة بين أسفار طويلة و خطر التعامل مع أنواع و أجناس مختلفة و نذكر كمثال لذلك رحلة الشتاء إلى اليمن و الصيف إلى الشام التي ذكرت في القرآن الكريم وهي مثال حي عن وجود التجارة الدولية منذ القدم ، إلى أن ارتقت إلى أعلى سلم العلاقات الدولية ، و ذلك بالنظر لإسهاماتها الكبيرة في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم ، و بالنظر لما تلعبه من دور أساسي و مؤثر في تقدير و تقييم مستوى و حجم التبادل في هذا المجال ، كما كان لازدياد أنواع المعاملات الدولية و اتساع حجمها الأثر الكبير في تنوع الوسائل القانونية و التنظيم المتنوع و المحكم من قبل هيئات متخصصة دولية و محلية [1] .

[1] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، مصر، 1992 ، ص3 و 4 و 5 .

ولقد أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، و تعد المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، لذا كان لها دور كبير ومهم في خدمة أهداف التنمية و التقدم، لمالها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلي أهداف سياسية و اجتماعية و اقتصادية.

فمن حيث الأهداف السياسية فهي تعد أداة هامة للحكومات و الدول نحو تحقيق برامجها المختلفة في تعزيز الإنتاج و توفير الخدمات بالنسبة لمواطنيها ، كما أنها وسيلة يتم من خلالها تطبيق النظريات السياسية التي تنتهجها الحكومات ، و من حيث الأهداف الاجتماعية فإن هدف عقود التجارة الدولية على المستهدفين منها واضح و غير مذكور ، كونها ترفع من المستوى المعيشي للأفراد و تضمن لهم خدمات أفضل بصورة مواكبة للعصر ، أما من حيث الأهداف الاقتصادية فتبادل السلع و الخدمات يؤدي إلى حركة دوران كبيرة لرؤوس الأموال الأمر الذي يحدث بسبب رواج اقتصادي و ارتفاع في مستوى الدخل الفردي ، و نظرا للأهمية البالغة التي تلعبها التجارة الدولية في النمو الاقتصادي ، فإن التوسع في مجال التبادل التجاري الدولي أدى إلى اكتساح الأفراد لحقل التجارة الدولية لتنشأ علاقات فيما بينهم أو بين الدول.[1]

ولهذا أصبحت عقود التجارة الدولية ظاهرة لا غنى عنها في المجال الاقتصادي والتجاري في يومنا هذا بحيث انتشرت بشكل مذهل وملفت للانتباه، ورسخت كإحدى أهم الوسائل والمرتكزات الرئيسية والفعالة في مجال الحياة الاقتصادية والتجارية، وبعد التطور الكبير الذي مسها فتحت آفاقا تجارية واسعة للتجارة العالمية، وظهرت أنواع عديدة منها لم يكن لنا بها عهد من قبل وهذا نظرا لتعدد موضوعاتها ونشاطاتها.

ولأن الامر يتعلق بعقد فهذا يعني بأنه يقوم على مبدأ سلطان الإرادة والذي أخد على مستوى العقود الدولية رواجا أكثر بالمقارنة مع العقود الداخلية، إذ إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود التي تخدم مصلحتهم وتنظيمها بداية من مرحلة المفاوضات إلى انعقاد العقد وتنفيذه، فإنه اعترف لهم

[1] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 ،ص 54 .

في إطار العقود الدولية باختيار القانون الذي يحكم العقد، سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو بخضوعه لأكثر من قانون أو سنهم لقانون خاص بهم يحكم هذه العلاقة التي تربطهم ، ولهم الحق أيضا في استبعاد أي قانون وطني، وإخضاعه لحكم المبادئ العامة أو العادات والأعراف التجارية الدولية، كما يمكن للأطراف المتعاقدة في مجال العقود الدولية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات . حيث أكد القضاء في ميدان عقود التجارة الدولية على أن هذه العقود تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف، فتسري عليهم قواعده بمحض إرادتهم، وهذا أبرز ما يميز عقود التجارة الدولية عن العقود الأخرى.[1]

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه، ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين، وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد. ولكن قد يقف في سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع قد ترجع للمنفعة العامة.[2]

وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها أو كلاهما. فالمعطيات الجديدة التي فرضها الوقت أثرت على النظرية العامة للعقد، و ذلك بظهور المذهب الاجتماعي و فلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة، مستندا للمصلحة العامة و التي هي أجدر بالحماية من مصلحة المتعاقدين، وهذا ما أدى بالمشرع إلى التدخل في الكثير من الأحيان.

إن هذا التدخل المتزايد للمشرع ما هو إلا تماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين ، ولا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الإرادة التعاقدية ، بل موضوعية هذه الإرادة ،

[1] إيهاب عبد المجيد محمد اسماعيل السراج ، عقود التجارة الدولية ، كلية القانون ، جامعة الخرطوم ، بحث تكميلي لنيل درجة ماجيستير في القانون ، نوفمبر 2005 ، ص 24.

[2] محمد حسن منصور ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، سلسلة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، مصر ، 2000 ، ص16.

والتي لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وصولا إلى انتهاء العقد ، وكل ذلك سيعمل على تحقيق العدالة القانونية ، وتحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة ، والعقد شريعة المتعاقدين ، وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع ، مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة وإنما يجب القول بموضوعية الإرادة وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الإشراف على التعاقد ، تكون الغاية الرئيسية منه ، هو تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد من جهة و عدم إهمال المصلحة العامة من جهة أخرى[1].

تتمسك أغلب الدول بفكرة السيادة التي تضعها في وضعية قوة دائما في مواجهة الغير المتعاملين معها سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية ، و تسعى الدولة إلى إخضاع العقود لقانونها الوطني ، وذلك للتضييق على سلطان الإرادة الذي يحرمها من ممارسة سلطاتها و امتيازاتها . و لعل أهم الأفكار التي ترتكز عليها الدولة في حماية سيادتها تتمثل في النظام العام و الغش نحو القانون اللذان يتميزان بالمرونة و ذلك لعدم وجود تعريف واضح لها، و لعدم إمكانية حصر نطاقها. أما بخصوص عقود الدولة الاقتصادية التي تهدف الدولة من خلالها لتحقيق للتنمية، يرى المتعاقد معها أو المستثمر الأجنبي بأن من مصلحته عدم إخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة، و هذا حتى يضمن عدم الإضرار بمصالحه، بينما الدولة تتمسك بفكرة السيادة حتى و إن تم الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير قانونها الوطني، لطبيعة فكرة النظام العام التي تعد مرنة كما ذكرنا سابقا و هي مظلة تحمي السيادة في كل الظروف.

ومن خلال دراستنا لموضوع " القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية "، وذلك في إطار المراجع المتوفرة سنحاول تبيان أهمية موضوعنا و التي تتمثل في النقاط التالية:

[1] بن أحمد الحاج ، دروس في عقود الدولة ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، الجزائر ، ص21 وما يليها

– مبدأ سلطان الإرادة و الأهمية التي يتمتع بها في مجال العقود بحيث يعد أهم المبادئ التي تحكم العقود خاصة التقليدية منها .

– دور سلطان الإرادة باعتباره المبدأ المعتاد الذي حكم العقد من بداية تكوينه إلى تنفيذه أو حل أي نزاع ناشئ عنه وهو كذلك في عقود التجارة الدولية.

– أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة و الأثر المترتب عنها ما دام هذا المبدأ لم يعد مطلقا بالرغم أن العقد شريعة المتعاقدين.

أسباب اختيار الموضـوع :

نظرا للأهمية التي يتحلى بها مبدأ سلطان الإرادة و عقود التجارة الدولية سنلخص أسباب اختيارنا لهذا الموضوع :

– هو أن مواضيع العقود التجارية الدولية أصبحت من أكثر المواضيع أهمية على الصعيد الدولي .

– حداثة العقد التجاري الدولي وتطوره في ظل العولمة الإقتصادية.

– تطور التجارة الخارجية والمبادلات بين الدول و أهمية دراستها خاصة في الجانب المتعلق بالمنازعات التي تقع فيها.

– الأهمية التي ينالها مبدأ سلطان الإرادة في مجال البحث العلمي و التطورات التي مسته خاصة في نطاق قانون التجارة الدولية.

– قلة البحوث في مجال سلطان الإرادة بالنسبة لعقود التجارة الدولية (القيود الواردة على هذا المبدأ خاصة).

وعليه فإن هذا البحث يطرح الإشكالية التالية:

ما مفهوم مبدأ سلطان الإرادة وما دوره في مجال عقود التجارة الدولية مقارنة بالعقود الداخلية، وماهي القيود الواردة عليه وأثرها على استقرار المعاملات الاقتصادية العابرة للحدود ؟

و لبلوغ الهدف و في سبيل الوصول إلى حل الإشكالية المطروحة، تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي، وعملا بالمنهجية المعتمدة تتم قسيم الدراسة إلى قسمين :

الفصل الأول: مفهوم سلطان الإرادة و أهميته في إبرام العقود الدولية

الفصل الثاني: أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

الفصل الأول

مفهوم سلطان الإرادة و أهميته في إبرام العقود الدولية

الفصل الأول

مفهوم سلطان الإرادة وأهميته في إبرام العقود الدولية

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، والذي تدور حوله قواعد قانونية تنظم العقد في مختلف أدواره، وعلى ذلك يعد هذا المبدأ جوهر العلاقات القانونية، الذي يملي على الطرفين قانون العقد من بداية تكوينه إلى التنفيذ.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نتاج الفلسفة السياسية الفردية التي سادت في القرون الماضية، و نتيجة طبيعية وملازمة للنزعة الفردية، التي تقدس إرادة الفرد و تقرر السيادة الكاملة لها، و قد أصبح مبدأ سلطان الإرادة و ما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتا في غالبية النظم القانونية –سيما منها ذات النزعة الفردية–والمعترف به في جل قواعد التجارة الدولية.

نظرا لأهمية مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية، ارتأينا البحث عن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في المبحث الأول ودور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد الدولي في المبحث الثاني، ودور مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد الدولي في المبحث الثالث.

المبحث الأول

مفهـــوم مبـــدأ سلطـــان الإرادة

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، والذي تدور حولـه قواعـد قـانونية تنظم العقد في مختلف أدواره، وعلى ذلك يعد هذا المبـدأ جوهـر العلاقات التعاقـدية الذي يملي على الطـرفين قـانون العقـد. وإذا كان العقـد يبنى أساسا على الإرادة، وما تتمتع به من حـريـة، فإن ذلك يعـد ترجمة لمبـدأ سلطـان الإرادة. ولهـذا سنخصص هذا المبحث للحديث عن النشأة والتطور وتعريف مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول

نشـــأة وتطـور مبـــدأ سلطـــان الإرادة

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني – باعتباره من أقـدم وأعرق الشرائع – إلا أنه يعد تطور طويل، خـاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب.

حيث كانت العقود آنذاك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هـــذه الإجراءات تترتب عليها الآثـار التي يحـــددها القانون. فالعقـد شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه. [1]

لذلك جاءت القاعدة الرومانية " **إن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشأ حقا ولا يولد دعوى.**" والسبب في ذلك يرجـع إلى تلك المـرحلة من مـراحل تطور الإنسان، إذ أن الشعوب البدائـية كان يصعب عليها إدراك المعنويات لذلك حـاولت تجسيد هـذه المعنويات في صـور مـادية، وإعطائها شكلا ملمـوسا ومحسوسا. فكان من بين التصرفـات الشكلية الناقلة للملكية الإشهـاد، وطريقة انعقاده أن يحضر

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 45.

الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان، ثم يقول مكسب الملكية صيغة خاصة تفيد إكسابه للملكية، ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية. ومن النتائج التي كان يفرضها أنه لا أثر لعدم جديته أو نفاذه، ولا مجال لإعمال نظرية عيوب الإرادة. [1]

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية،[2] والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة للتقدم الاجتماعي وتعقد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني، الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع.[3] عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث أنه بجانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة، فاقتصر مبدأ سلطان الإرادة على العقود الرضائية، وبالتحديد في أربعة عقود وهي البيع والإجارة والشركة والوكالة، ليظهر فيما بعد في بعض العقود الأخرى عرفت بالعقود البريثورية والعقود الشرعية.

لكن بالرغم من ذلك لم يصل القانون الروماني إلى حد الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بل ظل العقد الشكلي هو المبدأ العام.[4]

و نفس الشيء يقال عن القانون الفرنسي القديم ، الذي لم يتقبل هو الآخر فكرة مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية ، إلا أنه في القرن السادس عشر (**16**) و الذي عاش فيه العالم **لوازيل** و ترك القول المأثور " **إن الثيران تربط بقرونها و الناس بكلامهم**" عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود ، و يعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي و المبادئ الدينية التي قامت على التعاليم المسيحية ، التي توجب الوفاء بالعهد و تعتبر عدم الوفاء بالعهد خطيئة دينية ، بصرف

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن، ص86

[2] محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص94

[3] إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، أركان العقد، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص50

[4] إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص51

النظر عن المراسيم الشكلية.[1]إضافة إلى هذا كان انتشار عدة عوامل دينية واقتصادية وسياسية خلال هذا القرن دور كبير في هذا التحول.

وللشريعة الإسلامية نصيب من الحديث عن سلطان الإرادة حيث أن هذا المبدأ كان سائدا ومشروعا، وقد وردت عدة آيات تأكد هذا نذكر منها: **"بَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"**[2]

وكذلك:" **إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ** " [3]

وقوله صل الله عليه وسلم: " **لا ألقيَنَّ اللهَ مِن قبْلِ أنْ أُعطيَ أحدًا مِن مالِ أحدٍ مِن غيرِ طيبِ نفسٍ، إنما البيع عن تراض** ".[4]

وما سلف ذكره يؤكد أنه كان وجود لمبدأ سلطان الإرادة وأن الجانب المعنوي كان ذو أهمية بالغة غير أن الشريعة الإسلامية تناولت كل عقد على حدى لخصوصية كل معاملة فالزواج غير البيع وغير الإيجار ... لكن في الأخير تجسد فكرة أن العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن إبرامه ولا تعديله ولا إلغائه إلا بموافقة الطرفين.

و عليه فإنه لا يمكن إنكار أن ما وصل إليه التشريع الحديث، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع.

وفي القرن السابع عشر(17م) أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتا ومقررا، حيث وجد الظروف الملائمة لذلك وخاصة ازدهار المذهب الفردي الذي يقيم فلسفته على تكريس سعادة الفرد باعتباره الغاية التي يسخر لها المجتمع كل إمكانياته، فالصالح العام حسب هذه الفلسفة يتكون من مجموع الأفراد.

[1] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص51

[2] سورة النساء، الآية 29

[3] سورة البقرة، الآية 282

[4] صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ط2، ج11، 1993، ص340

إضافة إلى ذلك فإن العـوامل السياسية ساعدت في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وذلك بسبب بسط سلطة الدولة وتدخلها شيئا فشيئا في الروابط القانونية للأفراد، وحمايتها للعقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

و لقد آزر الدولة في حمايتها للاتفاقيات نظريات اقتصادية و سياسيـة و فلسفيـة، حيث برزت و هي مشبعة بروح الفـردية فساعدت على توطيد المبـدأ ، و بلغت هـذه النظريات أوجها في القـرن الثامن عشـر(18م) إذ كانت تنـادي بضـرورة وجـود قـانون طبيعي يقـوم على أسـاس حـرية الفـرد، و استغلال إرادته في الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية كافة [1]، و لذلك يقال أن القاعدة القـانونية هي أبرز تعـبير عن الفكر السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي ، و ذلك لما تحتـوي عليه من تنظيم لقطاعات مختلفة اقتصادية و اجتماعية ثقافية و فنية .

ورافـق النظريات الاقتصادية نظريـات أخرى فلسفية وسياسية، حيث أجمعت الآراء التي سادت في ذلك العصر علىُ حّرية الإنسان واحترام إرادته، لأن ذلك يحقق مصلحة الفـرد وبالتالي مصلحة الجماعة.[2]

ما يجب الإشارة إليه في هذا هو أن هـذه النظريات قد مهدت للثـورة الفرنسية فجاء قـانون نابليون مكرسا لمبدأ سلطان الإرادة.

في القـرن الثامن عشـر(18م) خلص الفقهاء إلى أن إرادة الإنسان هي التي تلـزمه وهي التي تحـدد مدى التزامه والقـانون لا يتدخل في حـرية الأفـراد، فعند انعقاد العقـد تتمتع الإرادة بالحرية التعـاقدية – أي الحـرية في التعاقـد أو الامتناع – وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا صوغ تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف.[3]

وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الإرادة في تدرج حيث انطلق من عدم الاعتراف به وصولا لإرساء قواعده كمبدأ في مجـــال العلاقات التعاقدية، ليصبح في الأخير الشريعـة العـامة التي تؤسس وتبنى عليها العقود .

[1] بوفلجة عبد الرحمن ، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008، ص5.

[2] نفس المرجع ، نفسا الصفحة.

[3] نفس المرجع ص6.

المطلب الثاني

تعـريف مبــدأ سلطــان الإرادة

الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة

إن مبـدأ سلطـان الإرادة أو مـا يعـرف بالنظرية التقليدية للعقد، ما هو في حقيقة الأمر إلا انعكاس لأهم المبـادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي، حيث انبثق عن هــذه المبــادئ القــانونية مجموعة من الأفكــار الفلسفية والاقتصادية التي يقــوم عليها المجتمع الليبرالي. [1]

وللأهمية نشير إلى أن مبـدأ سلطان الإرادة عرف على مستوى العقــود الدوليـة رواجاً أكثر بالمقارنة مع العقود الوطنية، إذ إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبـرام مختلف العقود و تنظيمها في كافة مــراحل التفــاوض و انعقــاد العقد و تنفيذه، فإنــه اعترف لهم في إطار العقــود الدولية باختيار القـــانون الذي يحكم العقــد ، سـواء بإخضاعه إلى حكم قــانون وطني معين أو لأكثر من قــانون، أو استبعــاد أي قــانون وطني و إخضاع العقـد لحكم المبادئ العامـة أو العادات و الأعراف التجارية الدولية، كما اعترف للأطراف بحرية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة. [2]

لا يوجد تعريف مباشر لمبدأ سلطان الإرادة، ولذلك نستشف معناه من الدور الذي تلعبه الإرادة في التعاقـد. فمثلا **الدكتـور محمد صبري السعـدي** تناوله بالقول: " **إن أساس العقـد هو الإرادة المشتركة لطـرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحـدد آثاره أيضا كقاعـدة عامة، ثم يأتي القـانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغايـة التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة."**

[1] على فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص48.

[2] ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، مقال منشور في 2017/02/06، ص4 .

الفرع الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة وهي:

أولا: الالتزامات الإرادية هي الأصل

طبقا للنظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه لا يقوم أي التزام على شخص إلا إذا ارتضاه، وأنه في حال فرض أي التزامات لا إرادية على الشخص تحقيقا للمصلحة العامة أو حفاظاً على النظام العام والآداب العامة فإنها يجب أن تكون في أضيق الحدود. إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللاإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته. [1]

والواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الانتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطق فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالا تنصب فيه حرية التعاقد فحسب، بل هي قوام التصرف القانوني. [2]

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي:" **إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد** " [3]

[1] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 46.

[2] يقولون أن شبة العقد يقوم على إرادة مفروضة والجريمة وشبه الجريمة تقومان على الإرادة، وكذلك حق الملكية وحقوق الأسرة المبنية على عقد الزواج الذي تحكمه الإرادة، والإرث يستند إلى وصية مفترضة وهي عمل إرادي وطرق التنفيذ الجبري هي أيضا تستند إلى الإرادة لأن المدين قد ارتضاها عند التعاقد، حتى أن العقوبة الجنائية ترجع إلى الإرادة لإرتضاء المجرم مسبقا لإنزال العقوبة به، وحتى القانون هو عبارة عن إرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم فاختاروا الخضوع لسلطانه.
أنظر في ذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص53 .

[3] على فيلالي، مرجع سابق، ص49.

فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين وقوتها الإلزامية هي انعكاس لهذا الإتفاق، وانعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفرد في حلقة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين وينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد وهو الإرادة.[1]

والمعنى الصحيح والأدق لمبدأ سلطان الإرادة هو أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والمراكز القانونية، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون وإنما من إرادة الأطراف في العقد، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين.

إن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار بحسب طبيعتهم، فالحرية هي الأصل و لا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته ، و هذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة ، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه به، فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه و يدافع عنها و لا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه، و إذا كان هناك احتمال لوقوع أضرار منه بمصالح غيره فإن الذي يبعد هذا الاحتمال هو تقابل و تعارض مصالح الطرفين في العقد . فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك توازن في العقد ولا يقع أي ضرر بأي من طرفيه.[2]

[1] Le lien de droit et donc crée par L'accord des volontes et sa force obligatoire est une projection de cet accord, L'étoffe du contrat se mesure à l'aune des volontes individuelles .il est possible au contractant de S'isoler dans un bulle juridique propre, sépares des tirs ; et de créer du droit à L'intérieur de cette bulle par la seul action de leur volontes.

أنظر في

P. dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26, 1981, P270.

[2] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق. ص77 و 78 .

كما تظهر عدالة العقـد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقـات عادلـة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحـرية، حيث أن الالتـزامات التي تفـرض على الشخـص دون رضـــاه هـي حتمـا التـزامات ظـالمة إذ فيـــها مساس بحـريته و اعتـــداء على حقــه.[1]

ثانيا :مبدأ الرضائية (حرية الشخص في التعاقد و عدم التعاقد)

و يقصد به أن إرادة الفرد تكفي وحدها للتعاقد دون أي قيد إلا ما يتطلبه القانون من نظام عـــام أو مصلحة عامـــة ، ترسخ مبـــدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعـــدة أساسية تبنى عليها النظـريات القـــانونية ، فجميع الإلتزامات و النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، و هذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للإلتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له. [2]

بناءا على ذلك فإن إرادة الفـرد في إبـرام العقـود لا تحتاج إلى شكل خـاص وهذا هو مبـدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقـد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخـــل في رابطة عقدية لا يرغبها، وهـذا هـو المظهر السلبي ونلتمس ذلك مثلا في الشـرط الذي يدرجه الأفـراد في العقـود والمخالصات تحت كـل التحفظات.[3] أي أن الفـرد لا يـــريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده إليها عند التعاقد.

و غني عن البيان أن العقـــد هـــو المصـدر الرئيسي لكل التزام، و ذلك واضـح فيما يتعلق بالالتزامات التي تنشأ من العقـــود المبـرمة بين الأفـراد، لكن هناك التـزامات أخرى مصدرها القـانون والتي قد تنشأ بطريق مباشر كالتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية ، و حتى هذه الإلتزامات يمكن اعتبار العقد هو المصدر الأصلي لها ، لأن القانون الذي فرضها

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق. ص80 .

[2] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص80 .

[3] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص46 .

ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية ، و أساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقـد الإجتماعي و الذي نادى به الفقيه "**جون جاك روسو**" في كتابـه الذي يحمل إسـم " **العقد الإجتماعي** ".

فأساس الملكية هي حرية الأفـراد وحقـوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقـوبات الجزائية مبررها أن المجرم قـد ارتضى مقـدما أن ينال جـزاء ما اقترف، وبناءا على ذلك يمكن القـول أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القـوانين وما ينشأ عنها من إلتزامات أو عقوبات، فالإرادة تعلو عن القانون نفسه و لا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام و الآداب العامة.[1]

إذن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، و بالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكـاملة و لا يحد من هذه الحرية سوى اعتبـارات النظـام العـام [2] و الحالات التي تتعلق بالنظـام العـام يجب أن تكـون قليلة أو نـادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين .

و الإرادة التي يعتد بها في هـذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجـاها صحيحا و سليما نحـو غايتها- أي الإرادة التي لم تكن مشـوبة بعيب من العيوب – فالإرادة المكـرهة أو التي يشـوبها غلـط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، و يكونّ لصاحبها أن يتمسك بالعيب و يبطل العقد.[3]

ثالثا : حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد

عندما يدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلق الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الإلتزام بـه فالفـرد حـر في أن يتعاقد وفق لما يريد وبالشروط التي يرتضيها. [4]

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص80 .

[2] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص46 .

[3] محي الدين إسماعيل علم الدين، نفس المرجع، ص89 .

[4] على فيلالي، مرجع سابق، ص51 .

والعقـد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقـوق والالتـزامات التي يرتبها العقـد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين.[1]

و إذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القـواعـد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، و للإرادة مطلق الحـرية في الأخذ بهـذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة ، و لهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقـود المسماة أحكاما مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتـفق أطـراف العقد على خلافها ، و إن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة. [2]

رابعا : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

و يقصد به أن يعـادل الالتزام الناشئ من العقد في قوته الالتزام الناشئ من القانون ، فيكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله، فيتعين على المتعاقديْن أن يخضعا لما اشترعـاه كخضوعهما لما شـرعه القـانون ، كمـا يتعين على القـاضي رعايـة تلك العقـود و حمايتها كرعايته للنصوص القانونية، بمعنى أنه إذا طُرح عليه نزاع بشأنها، فإنه يجب عليه تطبيق ذلك الحكم الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهما.[3]

ومن هذا نستخلص أن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف ولذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجـد إلى جانبه عقود صغيرة فيما بين الأفراد ولذلك لا ينبغي أن

[1] على فيلالي، مرجع سابق، ص51.

[2] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص47.

[3] محمد صبري سعدي، نفس المرجع، ص47.

يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد وهو العقد الإجتماعي.

ويترتب على ذلك أن الأفـراد المتعاقدون يرتبطون بعقـدهم ولا يستطيعون الامتناع عن تنفيـذه إلا في حالـة القـوة القاهـرة أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة.

كما لا يمكن إجـراء أي تعـديل فيـه إلا باتفاق جـديد بين الأطـراف و هـذا الاتفـاق ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة ، بل العكس هو إعلان لانتصار جديد لهـذا المبدأ و يتسع نطاق القـوة الملـزمة للعقد حتى أنه يكـون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح النزاع أمامه ، إذ لا يصوغ له أن يحيد عن إرادة الأطـراف إذا كانت واضحة بحجة تفسير العقد أو أنها تجافي العدالة ، و لا يستطيع أن يعدل من آثار العقد و لا أن يستند إلى تغير الظـروف عما كانت عليه عند التعاقـد كتغير الأسعـار مثل ليعدل هذه الآثار.[1]

وكما يلزم العقد أطرافه والقاضي فهو ملزم للمشرع هو الآخر، إذ لا يستطيع المشرع أن يلغي شروطا من أي عقد ولا أن يضيفها إليه إذا لم يردها أطراف العقد ولا يمس صدور القانون الجديد بالعقود التي أبرمت قبله في ظل قانون سابق، ولا بالآثار التي تمت في ظل قانون سابق.[2]

بل وأن العقد حتى في ظل القـــانون الجـديد يظل منتجا لآثـاره كما كان ينتجـــها في ظل القانون السابق، فالأفراد في نطاق عقدهم هم المشرعون ولكن على هذا المشرع الصغير أن يستمتع بحريته في تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين، دون أن يمس بذلك حرية الآخرين، أو بعبارة أخرى لا يمكن أن يمس العقد بغير أطرافه سواء بترتيب إلتزامات عليهم أو بإنشاء حقوق لهم.

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص82 و83.

[2] فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مج3، ع10، د.س.ن، ص1 و2 .

المبحث الثاني

دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد الدولي

و معنى ذلك هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، حيث يكون الأفراد أحرارا في الصورة التي يعبرون بها عن إرادتهم، دون التقيد بشكليات معينة أو رسميات محددة يفرضها القانون، و بذلك يكون مجرد التراضي كافيا لإبرام العقد و إنشاء الالتزام و نقل الملكية، و غيرها من الحقوق العينية. فهذا المبدأ هو القاعدة الأصلية في تكوين العقود في القانون الحديث.[1]

المطلب الأول

مرحلة المفاوضات العقدية

الفرع الأول: تعريف المفاوضات وخصائصها

أولا : تعريف المفاوضات العقدية:

المفاوضات لغة: تفاوض الشريكان في مال أي اشتركا فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضا.

وفي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة: " بم ضبطت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال: وما مفاوضة العلماء؟ قال: كيف إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي " [2]

وفي اللغة الفرنسية تحمل معنيين: المعنى الأول هو التجارة أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية، والمعنى الثاني هو التفاوض، أي العملية التي تتضمن سلسلة المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة.

[1] مصطفى سيد أحمد صقر ، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة ، مقال : مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر ، ع25 ، 1999 ، ص83.

[2] محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن ، ص515 .

أما اصطلاحا: توجد العديد من التعاريف التي صاغها فقهاء القانون للمفاوضات نذكر البعض منها:

يذهب العميد **كاربوني** إلى تعريف المفاوضات بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها مناقشة شروط العقد، ولا يكون هذا العقد قد تم، وأيضا ليس هناك إيجاب في هذه المرحلة وإنما اقتراحات مضادة. [1]

ويمكن تعريف التفاوض بأنه تبادل الإقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الاستشارات القانونية، التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه. [2]

فهناك من عرفها بـ: قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواء ما تعلق منها بتنظيم المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه.

كما عرفها جانب آخر بـ: تحاور ومناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساولة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما: اقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية .... [3]

[1] يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2009 ، ص6 .

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية ، القانون الواجب التطبيق و أزمته) ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر ، د.س.ن ، ص62 .

[3] نفس المرجع ، نفس الصفحة .

وعـرفت المفاوضات العقـدية بأنها: كل ما يصدر عن أحـد الطـرفين متصلا بعلم الطـرف الآخر ويكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه.

من خلال هـذه التعـاريـف يمكن القول أن للمفاوضات تأثيـر في حياة العقـد لأن فيها تقـع أحداث وعــوامل من شأنها أن تعيب رضـا أحد الأطراف أو تغير رأيه و مجـرى العقد المـزمع إبرامه، لذلك يذهب رأي إلى أن المفاوضات تعـد بالنسبة إلى العقـد بمثابة الأعمـال التحضيرية بالنسبة إلى التشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى إحـداث المفاوضات بوصفها وسيلـة لتفسير العقـد إذ ما وجدت ضرورة لتفسيره. [1]

ثانيا: الأهمية القانونية للتفاوض :

ليس كل ما تم الاتفاق عليه أثناء التفاوض يكون ملزما للطرفين، إلا إذا تم إدراجه في العقد فمحاضر التفاوض لا تعتبر عقدا، لكن تكمن أهمية هذه الأخيرة في إثبات وتفسير العقد بعد إبرامه في حالة ما إذا وجد الأطراف معوقات أثناء تنفيذه. ومع ذلك يجب الامتناع عن الاستعانة بها إذا نص العقد على اعتبارها و كأنها لم تكن. مثلا تكون محاضر التفاوض ذات دور تفسيري عند ورود ألفاظ أو عبارات غامضة في العقد ففي هذه الحالة يلجأ إليها القاضي لتفسير هذا الغموض، وذلك بالتعرف على الإرادة المشتركة للأطراف المتعـاقـدة التي تتجلى خلال التفاوض. إذن لمحاضـر التفاوض دور هام في توضيح الأعمال محل التعاقد، و إيجاد أرضية مشتركة للتفاهم. [2]

[1] محمد صديق محمد عبد الله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2010 ، ص225 .

[2] طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، مج1 ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، 2001 ، ص ص 64-69 .

إن انسحاب أحد أطراف المفاوضات قد يسبب ضررا للطرف الآخر و يعتبر مخلا بالالتزامات المترتبة عليه خاصة في حالة عدم وجود سبب لقطع هذه التفاوض، و يعتبر قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر و يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن النية في التفاوض. [1]

ثالثا: خصائص مرحلة المفاوضات :

إن أهم الخصائص التي تتسم بها المفاوضات تتلخص كالآتي:

1- المفاوضات ذات طابع ثنائي الجانب على الأقل :

إذ أن التفاوض على العقد لا يكون إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار و لا يمكن تصور هذه المسائل إلا من خلال وجود شخصين على الأقل، و إذا كان من الممكن تصور وجود تعاقد الشخص مع نفسه فليس من الممكن وجود تفاوض الشخص مع نفسه. [2]

2 – المفاوضات تقوم على عنصر الاحتمال:

ومعناه أن أيا كان من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد، أي أنه من الممكن أن تتوج المفاوضات بعقد أو لا تثمر بشيء حيث تصل إلى طريق مسدود، و من ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق بخصوص العقد محل التفاوض. [3]

3 – المفاوضات وسيلة للوصول إلى الإيجاب المشترك:

إذ يصدر الإيجاب عادة من أحد الطرفين وينطوي على الالتزام بالعقد إذ ما قبل الطرف الآخر التعاقد بالشروط التي عرضها الموجب، أما في العقود التي تسبقها مفاوضات فينتج عنها تصور مشترك لكل

[1] دسوقي محمد إبراهيم ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية و إبرام العقود ، الإدارة العامة للبحوث ، معهد الإدارة العامة السعودية ، 1995 ، ص123 .

[2] يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2009 ، ص6 .

[3] سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الأنترنيت ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، مج8 ، ع13 ، 2005 ، ص79 .

المسائل التي تمت مناقشتها وبالتالي التوصل إلى صياغة مشروع للعقد يعد بمثابة إيجاب مشترك نابع عن إرادة الطرفين المتفاوضين معا. [1]

4 – المفاوضات تقوم على التبادل والأخذ والعطاء:

و ذلك لأن المفاوضات وسيلة للتقريب بين وجهات النظر المختلفة و هي تتعارض مع عدم القابلية للنقاش أو التنازل و هو ما يميزها عن عقد الإذعان الذي هو من العقود غير القابلة للتفاوض[2]

5 – المفاوضات تبدأ بالدعوة إلى التفاوض : و هي دعوة غير ملزمة تهدف إلى مناقشة أركان العقد المزمع لإبرامه. [3]

6 – لا يتعدى الجزاء عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض عن التعويض على الأضرار التي قد تنشأ عن الإخلال. [4]

7 – المفاوضات ليست فترة لازمة تسبق الإبرام بل هي مرحلة تحضيرية لتبادل وجهات النظر والاطلاع الجيد على تفاصيل العقد المزمع إبرامه لا غير ولو اتفق الأطراف على الإبرام دون مفاوضات فلا عيب يشوب هذا العقد.

[1] محمد إبراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة إبرام العقود ، الإدارة العامة للبحوث ، 1995 ، ص19 ، نقلا عن يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، ص7 (مرجع سابق) .

[2] يونس صلاح الدين محمد علي ، مرجع سابق ، ص7 .

[3] نفس المرجع ، ص8 .

[4] يونس صلاح الدين محمد علي ، مرجع سابق ، ص8.

8 – تتم المفاوضات بأية صيغة أو وسيلة يفضلها المتفاوضون:

إذ لا يتقيد المتفاوضون بإتباع طـريقـة معينة، فقد تجري المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو عن طريق تبادل الرسائل أو الخطابات ...[1]

الفرع الثاني : دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية :

يتطلع كل طرف خلال فترة التفاوض إلى استبقاء حريته في عدم التعاقد حتى لحظة الإتفاق النهائي ، و بمعنى آخـر فإن كل طـرف يسعى إلى المحـافظـة أطول فتـرة ممكنة على ما له من حرية تعاقدية إلى غاية التأكد من إنهاء هذه الفترة بإبرام العقد عن قناعة .

تنشـأ المفـاوضات نتيجة رغبـة الأطـراف في التعاقد، و هذه الرغبة نابعة من إرادة الأطراف المتفاوضين، حيث تبذل الأطراف المتفاوضة محاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين الطـرفين ليقف كل منهما على مدى إستعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر.

و المتفق عليه أن للإرادة دورا رئيسـيا في المفـاوضات العقدية، حيث أنها تنشـأ عندما تتوجه إرادة أحد الطرفين إلى الدخول في مفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة النهائية و هي إبرام العقد.

كذلك يبرز دور الإرادة عندما تبرز نية أحد الأفراد إلى الدعوة إلى إنشاء عقد أو أي تصرف قـانـوني، و تـوجه إرادة من توجهت إليه الدعـوة إلى القبـول و الدخـول في مفـاوضـات، و بما أن المفـاوضـات تخضع لمبـدأ حرية التعـاقـد فهي تحدث برضى الطـرفين و إرادتهما من دون أي إكـراه أو إجبار فإرادة الأفراد حرة في الدخول في مفاوضات أو عـدم الدخول فيها، كما أن الإرادة حـرة في الإنسحاب من المفاوضات بشرط عدم الإضرار بالطرف الآخر.

[1] يونس صلاح الدين محمد علي ، مرجع سابق ، ص8.

أيضا الوسيلة أو الصيغة التي يتبعها المتفاوضون في المفاوضات لا تتقيد بإتباع طريقة معينة، فالإرادة حرة في أن تجري هذه المفاوضات يشكل مباشر عن طريق المشافهة أو عن طريق تبادل المكاتبات أو الرسائل بشتى أنواعها أو أي طريقة تحددها الإرادة بين المتفاوضين.

و أهم النقاط التي يمكن أن نخلص إليها هو أن للإرادة الدور الرئيسي في مرحلة أو عملية المفاوضات منذ اتجاه النية إلى الدخول في هذه المفاوضات إلى الفترة التي يقوم فيها الأطراف بالتفاوض وصولا إلى الانتهاء من هذه المرحلة إما بفشل التفاوض أو إبرام العقد النهائي و هو الغاية المرجوة من الدخول في التفاوض منذ البداية.

المطلب الثاني

مرحلة إبرام العقد الدولي

الفرع الأول : الرضا

التراضي هو تطابق الإيجاب و القبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد و هذا ما نصت عليه المادة 59 من ق.م.ج على أن:" **العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** " فلكي يوجد الرضا لابد من أن توجد إرادتين قد عبر عنهما و أن تطابق إحداهما الأخرى متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني و في الغالبية العظمى من الأحوال تتعاقب هاتان الإرادتان فتصدر الإرادة من احد الطرفين أولا يعرض على الطرف الأخر أن يتعاقد معه و هذا هو الإيجاب ثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها و هذا هو القبول. [1]

[1] دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دار العلوم عنابة ، الجزائر ، 2004 ، ص15 .

أولا : وجود الإرادة و تطابق إرادتين

1- وجود الإرادة :

المقصود بوجود الإرادة سواء كانت إيجابا أو قبولا هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون بنية إحداث أثر قانوني معين فإذا كان الشخص قادرا على أن يرضى جرى البحث عن أمر آخر هو توافر النية لدى هذا الشخص في ترتيب أثر قانوني إذ قد يكون هازلا أو مجاملا و في كلتا الحالتين لا يكون ملتزما و قد تنعدم الإرادة لدى الشخص فعلا كمن فقد الوعي لسكر أو مرض أو غيبة عقلية كما انه قد تتحقق الإرادة الذاتية لدى الشخص فعلا و لكنها لا تكون منتجة لأثرها القانوني لعدم اعتداد القانون بها ذلك أن القانون لا يعتد إلا بإرادة الشخص المميز فلا ينعقد العقد مع فاقد التمييز كالطفل غير المميز و المجنون و كذا في حالات انعدام الإرادة أو عدم جديتها. [1]

إن الإرادة هي ذاتها عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه و هي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي و بالتالي لا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها و المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية فلا يشترط القانون الجزائري مظهرا خاصا أو طريقة خاصة يتعين أن يتم بها تعبير الشخص عن إرادته فيتم التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على حقيقة صاحبه و قد يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما قد يكون ضمنيا ، فالتعبير يكون صريحا إذا قصد

[1] العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001 ، ص58 و 59 .

به صاحبه إحـاطـة الغير علما بإرادته بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو الإشارة المفهومة التي لها دلالة بين الناس أو باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود. [1]

تطرق المشرع الجزائري إلى الإرادة و ذلك في الفقرة الثانية للمادة 60 من ق.م.ج على أنـه :

"**يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القـانـون صراحة أو يتفق الطـرفـان على أن يكون صريحا** ". [2]

2– تطابق الإرادتين :

إن جوهر العقد هو الرضا بين الطرفين، أي أن تكون هناك إرادة للتعاقد في كلا طرفي العقد، وأن تتجه إلى إحداث أثـر قـانـوني معين و هـذا لا يكفي لإنشـاء العقـد وتكـوينه، بل يجب أن تتـوافق إرادتا الطـرفين أي اقـترانهما ببعضهما، و يتـم ذلك عن طـريق الإيجاب و القبول أو اقتران الإيجاب بالقبول ثانيا و ذلك للتمييز بين حالتين تعاقد في مجلس العقد أو المتعاقد عن طريق المراسلة.

الإيجاب :

يعرف الإيجاب بأنه التعبير البات عن إرادة أحد الطـرفين موجه إلى الطـرف الأخـر، بقصد إبرام عقد بينهما، و هنا يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في التعاقد [3]، حيث يتضمن العناصر الجـوهـريـة للعقد

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2003 ، ص59 .

[2] الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم .

[3] عائشة مساهل ، القيود الواردة على حرية الإرادة في تعاقدها ، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق ، قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، 2013/2012 ، ص17 .

المراد إبرامه، و يتم به العقد إذا ما تلاقى معه قبول مطابق، و ليس للموجب بعد ذلك التحلل من إيجابه، و قد يكون الإيجاب ملزما للموجب خلال مدة معينة، بحيث لا يجوز له في أثنائها الرجوع فيه .

كما جاء في المادة 1/14 من اتفاقية فيينا 1980 [1] بأن الإيجاب يعتبر عرضا محددا بطريقة كافية ، و يعبر عن الإرادة الموجب في أن يلتزم في حالة صدور القبول من الطرف ، و يعنى هذا التعريف بأمرين ، الأول أن الإيجاب لا بد أن يتضمن عرضا محددا من الطرف الذي يصدر عنه إلى الطرف الذي يوجه إليه ، أما الأمر الثاني فهو التعبير عن التزام الموجب بالبقاء عن إيجابه متى صدر القبول من الطرف الذي وجه إليه الموجب إيجابه [2] فللإيجاب بهذا المعنى شروط و هي كالتالي :

1- أن يكون موجها إلى شخص أو عدة أشخاص محددة (المادة 1/14) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 .

2- أن يكون الإيجاب ثابت لا رجعة فيه ، يوحي بإرادة الموجب في الارتباط في حالة تلقي قبول (المادة 1/14) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 .

3- أن يكون الإيجاب دقيقا ، ففي مجال البيع الدولي ، يجب أن يتجسد ذلك في تعيين السلع و تحديد الكمية و الثمن أو تمكين ما يحدد ذلك صراحة أو ضمنيا (المادة 1/14) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 [3] .

كما يلاحظ أن المادة (55) من نفس الاتفاقية تقبل انعقاد العقد بدون تحديد الثمن، هذا ما ينجر عنه تنازع بين المادتين 14 و55 من نفس الاتفاقية، مما يوجب الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق على العقد للنظر في إمكانية انعقاده بدون تحديد الثمن أو بتحديده.كما لا تعتبر المفاوضات

[1] إتفاقية فيينا تم إبرامها في 11 أفريل 1980 و بدأ سريانها في 1 جانفي 1988 و الغرض منها توفير نظام حديث و موحد و منصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع ، حيث ساهمت في إضفاء طابع اليقين و خفض تكاليف المعاملات .

[2] محمد نصر محمد ، الوافي في عقود التجارة الدولية ، ط1 ، دار الراية للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2013 ، ص63 .

[3] Hugues Kenfack , Droit du commerce international ,2 ém Ed , Dalloz Paris , 2006 , P 98 .

إيجابا، بل هي مرحلة تسبق التعاقـد ، و لا يصدر عن أحد المتعاقدين إيجابا نهائيا إلا بعد مفاوضات مع الطرف الآخر، فالإيجاب هو نتيجة المفاوضات. [1]

كما لا تعتبر الدعوة إلى الإيجاب إيجابا، إذ قضت المادة 14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي بأن توجيه العرض على مجموعة غير محددة من الأشخاص ، يعتبر مجـرد دعـوة إلى توجيه إيجاب أي مجـرد دعوى على التعاقد، ما لم يتبين أن الموجب قد أفصح بوضوح عن العكس ، أي لم يكن الموجب قـد قرر صراحة أن يوجه إيجابا إلى الجمهور. [2]

أما بخصوص الأثر الناتج عن الإيجاب، فقد نصت المادة 01/15 من نفس الإتفاقية على أن ينتج الإيجـاب أثـره متى وصل إلى المـوجب له يعتبر قائما و يلـزم الموجب بالتعاقد إذا تقدم له من يقبل إيجابه. [3]

و لسقوط الإيجاب نصيب في اتفاقية فيينا 1980 ، هذا ما نصت عليه المادة 17 على أن يسقط الإيجاب و لو كان غير قابل للعدول عنه، عندما يصل رفض الموجه إليه الإيجاب إلى الموجب . إن الإيجـاب و لو كان باتا ، فإنـه يسقط متى رفضه الموجب إليه و لو لم تنقض المـدة التي حـددهـا الموجب للقبول .

لكل ما سبق فإنه من الأهميـة بمكان حرص أطـراف العقـد الدولي على التحـديد الواضح والصريح للإيجاب، و صفته الحاسمة و الملزمة و بيان الشروط الجوهرية فيه، و عما إذا كانت الشروط المتبقية تعتبر أساسيـة يتـوقف عليها انعقاد العقـد أم ثـانويـة يمكن أن ينعقد بدونهـا و يتم تكملتها لاحقا. [4]

[1] محمد نصر محمد ، مرجع سابق ، ص66 .

[2] نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3] محمود فياض ، المعاصر في قوانين التجارة الدولية ، ط1 ، الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2012 ، ص180 .

[4] طالب حسن موسى ، مرجع سابق ، ص171 .

القبول:

هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب بالموافقة على هذا الإيجاب، و ينعقد به العقد، فوجود الرضا مرتبط ارتباطا وثيقا بطريقة التعبير عنه ، و بالنسبة للعقود الدولية غالبا ما يكون في شكل عملية مركبة على مراحل ، تتخذ خلالها إجراءات و تدابير تمهد للتصرف و تمكن الشخص المؤهل و المختص قانونا من التعبير عنه .

و يكون التعبير عن الرضا صريحا أو ضمنيا، فالتعبير الصريح عن الإرادة يكون إذا كان المظهر الذي اتخذه المتعاقد مظهرا موضوعا للكشف عن هذه الإرادة حسب ما هو مألوف بين الناس و قد يكون بالكلام أو بالكتابة أو غير ذلك. [1]

و يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه المتعاقدين ليس فيه موضوعا للكشف عن الإرادة و لكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، هذا و قد اختلفت و تعددت النظريات الفقهية و الحلول التشريعية في تحديد الوقت الذي يبدأ التعبير عن الإرادة سريان مفعوله أي اللحظة التي تتكون فيها الرابطة التعاقدية ، فعلى الصعيد الفقهي يمكن حصر مختلف الاتجاهات الفقهية [2] في نزعتين رئيسيتين تقول النزعة الأولى بتكوين الرابطة التعاقدية ابتداء من تلقي صاحب العرض قبول الطرف الآخر ، إما النزعة الثانية فترى بأن الرابطة التعاقدية تتكون ابتداء من صدور موافقة متلقي العرض و إرساله لهذه الموافقة .

أما على مستوى النصوص التشريعية لا تخرج هي الأخرى عن منظور هذين الاتجاهين، فالمشرع الجزائري قد اعتمد النهج الذي قالت به النزعة الأولى، وجاء في نص المادة 61 من ق.م.ج أنه: " **ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول**

[1] محمد حسن منصور ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، سلسلة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت، 2000 ، ص93 .

[2] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، مصر 1992، ص75 .

التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " [1] . بينما اعتمدت أنظمة مثل النظام الأنجلوسكسوني و الفرنسي النهج الذي قالت به النزعة الثانية، و جاءت تشريعات أخرى على هذا النحو ، و منه ظهر اختلاف و تعدد النظريات الفقهية و الحلول التشريعية أيضا حول مكان و زمان انعقاد العقود الدولية بين غائبين و حكم سكوت الموجب له عن الإيجاب الموجه إليه بالنسبة للعقود الدولية المبرمة بين غائبين، كذلك الحل لا يخرج عما سبق ذكره في الفقرتين السالفتين فقضاة الموضوع في فرنسا يتأرجحون بين الأخذ بنظرية إعلان القبول و نظرية العلم به ، أي وقت وضع الرسالة في البريد أو وقت تسليم التلغراف أو الفاكس إلى الشخص المسؤول عن إرساله. [2]

غير أن القاعدة العامة المعمول بها فيما يتعلق بالسكوت ، فإن السكوت في ذاته مجردا عن أي ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيرا عن الرضا لأن الرضا عمل إيجابي و السكوت عمل سلبي ، و يقول فقهاء المسلمين (لا ينسب للساكت قول) ، غير أنه إذا أحاطت بهذا السكوت ظروف ملائمة من شأنها إن تجعله دليلا على الرضا كأن توجد بين المتعاقدين علاقة عمل سابقة تسمح بتفسير السكوت دليلا على القبول ، أو إذا كان العرف و التقاليد التي جرى عليها الكل تقتضي بأن السكوت يدل على الرضا فتقدير ذلك يرجع إلى قضاة الموضوع، كما درج على ذلك الفقه و القضاء في فرنسا .

و مع ذلك فإننا نجد في النظام الدولي أن الممارسة تحاول تجاوز الصعوبات المحتملة و ذلك بإدخال اشتراطات مختلفة، لتذليل الصعوبات في هذه المرحلة من مراحل إبرام العقود الدولية. [3]

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، جريدة رسمية عدد 78 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في مايو 2007.

[2] محمودي مسعود ، أساليب و إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 ، ص93 .

[3] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، 1992 ، ص77 .

ثانيا: الأهلية و عيوب الرضا :

و لا يكفي وجود الرضا سليما بل يجب أن يكون خاليا من العيوب، التي يمكن أن تشوبه، و تطبق على المسائل المتعلقة بهذا الجانب الأحكام و القواعد و المبادئ التي تتضمنها التقنينات المدنية حيث أنه يقصد من وراء إقرار عيوب الإرادة في ميدان العقود الدولية السعي وراء إبرام عقود صحيحة، في حين إن عيوب الأهلية العامة يقصد منه حماية الشخص نفسه .

و بصدد المسائل المختلفة المتعلقة بالرضا فإن غالبية الفقهاء يرون إخضاعها لقانون واحد يتمثل في قانون العقد باعتباره حلا يتماشى و مبدأ وحدة العقد الدولي. [1]

غير أن هناك رأيين في الفقه الجزائري يقول الأول بوجوب استبعاد قانون العقد من المسائل المتعلقة بتوحيد زمان و مكان العقد ، المبرم بين غائبين و بيان قيمة السكوت و توضيح القانون الواجب التطبيق على عيوب الإرادة التي من شأنها التأثير على صحة العقد و تجعله من ثم عرضة للبطلان و إخضاعها بالتالي لقانون القاضي ، و الرأي الثاني يشير بأنه صعوبة بالنسبة لعيوب الإرادة و يرى إخضاعها للقانون الشخصي عملا بأحكام المادة 10من ق.م.ج. [2]

و لا يكفي وجود الرضا وحده لإبرام العقد الدولي، بل يشترط صدوره من الشخص المؤهل قانونا خاليا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة ،كما هي محددة في التشريعات و القوانين المدنية و هي الغلط و الإكراه و التدليس و الغبن .

1 –الغلط : هو ما يتولد في ذهن العاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته بأن يرى فيه شيء غير موجود في الحقيقة أو يتوهم خلوه من صفة في حال كونها تلزمه، و الغلط إما أن يكون في

[1] محمودي مسعود ، مرجع سابق ، ص117 .

[2] تنص المادة 10 معدلة من ق.م.ج على أنه : " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الأخر فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ...

الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث و قد يكون غلطا فرديا أو مشتركا أو غلطا في الوقائع أو غلطا في القانون. [1]

فبالنسبة لمبادئ القانون الموحد يعرف الغلط بأنه اعتقاد خاطئ ، يتعلق بالواقع (واقع المعاملات التجارية الدولية) أو القانون (عدم الإحاطة الكافية بالقواعد القانونية التي تحكم المعاملات التجارية الدولية) .

كما أن الاعتقاد الخاطئ مناط بوجود الغلط ينبغي أن يوجد وقت إبرام العقد ، و أن يمثل درجة معينة من الأهمية أو ما كان ليبرمه بنفس الشروط إذا أدرك حقيقة الأمر. [2]

كما لا يمكن الحكم ببطلان العقد، إذا كان من الضروري حماية المتعاقد الآخر حسن النية الذي يكون خارج دائرة الغلط إذا لم يكن قد تسبب في هذا الغلط أو استغله بطريقة أو بأخرى. [3]

2- الإكراه : فهو ما يقع على الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد نتيجة تهديده بأذى أو خطر معين ، فهو تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، فالشخص المكره ما كان ليبرم العقد لو كانت إرادته حرة ولكنه محير لا يملك الرفض حتى يتفادى الأذى المحدق به. [4]

فالإكراه يشمل كل تهديد غير مشروع يفسد الرضا، ويطلق عليه العنف في فرنسا، وكذلك الحال في ألمانيا و ايطاليا، و يميز القانون الإنجليزي بين ما إذا كان للإكراه تأثير واقعي أو لا. [5]

[1] محمودي مسعود ، مرجع سابق ، ص113 .
[2] محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص103 .
[3] نفس المرجع ، نفس الصفحة
[4] محمودي مسعود ، مرجع سابق ، ص114 .
[5] محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص104 .

و مجرد التهديد وحده لا يكفي بل ينبغي أن يكون مهيمنا و خطيرا حتى لا يترك للشخص أي مخرج معقول للابتعاد عن إبرام العقد بتلك الشروط أي شبه مجبر على ذلك .

كما يجب أن يكون التهديد غير مشروع أي لا أساس له من القانون ، و يشمل ذلك استعمال أي وسيلة غير مشروعة .

3- التدليس : يتمثل في الإلتجاء إلى الحيلة و الخداع ، قصد إيهام المتعاقد بما يخالف الحقيقة و حمله على التعاقد. يواجه هذا العيب السلوك التدليسي للشخص في مواجهة الآخر ، يتمثل هذا السلوك في أعمال أو سكوت، أي إخفاء إرادي لمعلومات ضرورية عن الطرف الآخر. [1]

و طبقا لمبادئ القانون الموحد فإن هذا العيب هو تطبيق لمقتضيات حسن النية، المطلوب في المعاملات التجارية الدولية، بالإضافة إلى الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي .

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة، و دفعه إلى إبرام العقد بناء على ذلك الوهم ، أي يؤدي إلى تضليل المتعاقد و يجعله معتقدا أمرا مخالفا للحقيقة أي يوقعه في غلط، فيكون رضا المتعاقد بالعقد معيبا لأنه لم يكن على بينة من أمره عند إبرامه .

كما يقع عبء إثبات التدليس على عاتق من يدعي وجوده وقت إبرام العقد ، و لا يجاب إلى طلب الإبطال إلا بإثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر، أو من نائبه أو علمه أو استطاعة علمه إذا كان واقعا من الغير .

4- الغبن : يكون في حالة تعمد أحد الأطراف العاقدة إلى استغلال طيش ، أو هوى أو حاجة ملحة لدى المتعاقد الآخر ، و يترتب على ذلك إبرام العقد مؤديا إلى غبن فاحش ، فهو يعتبر بمثابة استغلال بطريقة غير شريفة حاجة شخص أو أمر معين يحد من استغلاليته أو العوز الاقتصادي

[1] محمودي مسعود ، مرجع سابق ، ص114 .

أو الحاجيات الملحة أو الأمر غير المتوقع أو الجهل و عدم الخبر أو عدم القدرة على التفاوض، و في الإنجليزية يستخدم تعبير الظلم الفاحش .

الفرع الثاني : دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق

تقوم العقود الدولية على أساس الحرية التامة المعبر عنها بسلطان أو قانون الإرادة و الذي يضمن لأطرافه الحرية في اختيار القانون المطبق على هذا العقد، ولم تظهر فكرة قانون الإرادة و تبسط منطقها على هذا النوع من العقود، إلا بعد مرورها بمراحل عديدة فرضت نفسها من خلالها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، و أصبح هذا المبدأ و ما ينتج عنه مبدءا ثابتا في القانون المقارن و عم الاعتراف به في مختلف التشريعات و منها التشريع الجزائري .

ما يميز القانون المختار هو أنه يدل في حكمه على عناصر شخصية و نفسية، و لعل العنصر الشخصي الأكثر أهمية هو حرية إرادة الأطراف ، فمع تطور فكرة تنازع القوانين لم يعد دور مبدأ قانون الإرادة يقتصر على تلك الوظيفة التفسيرية فقط ، بل أضحى يستخدم كمبدأ سابق يسمح بذاته بحل تنازع القوانين في العقد ذي الطابع الدولي ، فوفقا له يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا ، أو الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال و وقائع القضية المعروضة أمامه و مدى تطبيقه لضوابط الإسناد فكما هو معلوم تعتبر الإرادة ضابطا من ضوابط الإسناد المذكورة في نص 18 من ق.م.ج [1]

في العقود التجارية الدولية يجب على من يقوم بالصياغة أن يأخذ في اعتباره الحاجة إلى وضع فقرة في العقد توضح القانون الواجب التطبيق على أي نزاع قد ينشأ عن تنفيذ العقد التجاري الدولي. [2]

[1] المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، جريدة رسمية عدد 78 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في مايو 2007 .

[2] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص298.

كذلك اختيـــار أسلوب حل النزاع الذي قد ينشأ مستقبلا بين أطراف العقد التجـاري أثناء تنفيذ العقد شيء ضروري بموجبه يحدد الأطراف الجهـة المخولـة بنظر النـزاع مبدئيا، دون أن يكـون ذلك مفـروضـا عليهم بحكم القـانـون. هـذا الاختيار لأسلـوب التقاضي لا يلغي الحاجة إلى تحـديد المكان و القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما أن اختيـار المكان الذي يرغب الأطراف أن تتم فيه المحـاكمـة شيء ضروري لا بد من تعيينه و تحديده و النص عليـه في العقـد، و لا شك في أن القـانـون الواجب التطبيق و أسلوب حل المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد سوف تكون محل تفاوض بين أطراف العقد التجـاري الدولي، نظرا لرغبـة كل طـرف في اختيار القانون الذي يكون له معرفة ب هـ، و اختيار مكان التقاضي الذي يعتقد أنه الأفضل له .

إن تحـديد القانـون الواجب التطبيق على العقـد المـراد إبرامه يعتبر من النقاط الجوهريـة التي يجب أن تعطى حقها الكامل، و تتجلى أهمية الاتفاق على تحديد القانون في أنه من الصعب صياغة المشروع المراد إبرامه إذا كان طرفي العقد ليس لديهم أي فكرة عن القانون المتوقع أن يحكم العقد. [1]

و مرجع ذلك أنه توجد العديد من موضوعات العقد تحكمها قواعد قانونية تختلف باختلاف النظم القانونيـة ، و هذا الاعتبار من شأنه أن يظهر أهمية اختيار قانـون العقد، كما أن الدخـول في المفاوضات و إبرام العقد دون التصدي لمسألة تحديد القانون، تفقد أحد الأطراف فرصـة تأمين نفسـه من الخضوع لنظام قانوني لا يعرفه أو قواعد قانونية غير متوقعة. [2]

أما بما يخص حل النـزاع يعد اللجوء إلى القضاء لإنهاء منـازعـة ناجمة عن العلاقات التجارية الدولية رهين بعدم اتفاق أطراف العلاقـة التجـارية على عدم اللجوء للتحكيم أو رفض أحد الطـرفيـن ذلك، مما يجعل المتضرر يلجأ إلى ساحات القضاء لإجبار خصمه لإنهاء الخصومة. [3]

[1] هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص299 .

[2] أبو العلا علي أبو العلا النمر ، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تبرز أهم المشكلات العملية والقانونية التي تواجه المستشار القانوني عند ابرام عقود التجارة الدولية ، ط1 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2003 ، ص91.

[3] هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص300 .

و على هذا فإن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة هي وسيلـة غير اتفاقية لإنهاء الخصومة عكس ما هو سائد في التحكيم. كما يمكن للأطراف في العقد التجاري الدولي اللجوء إلى القضـاء عن طريق الاتفـاق، أي اللجوء إلى المحكمـة المختصة بنظر النـزاع في بلد معين و الخضوع لنظـامها القضائي، و في هذه الحالة يجب عليهم التأكد المسبق من أهليتها للنظر في منازعاتهم .

كذلك في حالة طلبهم من محكمة ما ، و مهما كانت جنسيتها تطبيق قانون العقد المتفق عليه، فإن عليهم التأكد من عدم وجود أي نص في النظام العام للبلد الذي توجد فيه المحكمة يمنعها من ذلك، و أنها تقبل بحسم مثل هذه المنازعات ، و كذلك يجب التعرف على الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمة لحسم النزاع .

لكن هذه الطريقة قلما تستخدم و هذا لكونها مكلفة جدا ماليا و بسبب القيود التي تفرضها النظم القانونية ، سواء من حيث تعـدد درجات التقاضي أو بطء إجراءات المرافعات أو عـدم تجاوب القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي الداخلي مع طبيعة التعاملات التجارية الدولية. [1]

و الملاحـظ أن الأسلوب الأكـثر استخـداما لتسوية المنـازعـات التي تنشـأ عن تنفيذ العقد التجـاري الدولي هو التحكيم و الاتفاق على اللجـوء للتحكيم يعد بمثابة تنـازل من الأطـراف مند البداية عن اللجوء إلى القضاء الوطني و التعهد بالإرادة الصريحة بأن يتم حل النزاع بطريقة اتفاقية، أي عن طريق التحكيم ، و لكن النص على اللجـوء إلى التحكيم عادة ما يسبق بالنص في فقـرة مستقلة على أن أطـراف العقد التجاري الدولي و في حالـة نشوء أي نـزاع بينهم على تنفيذ العقد أن يعملـوا على حل النزاع وديا عن طريق التفاوض بحسن النية. [2]

[1] محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها و إبرامها و تنفيذها) ، ط1 ،دار الثقافة عمان ، 2010 ، ص223 .
[2] نفس المرجع ، ص224 .

المبحث الثالث

دور مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد الدولي

يعتبر التعـــاقد من التصرفات القانونيـة المهمـة و المفضـلة، لأنه يلبي و ينظـم مصـالح الأفـراد و الجماعات، إذ أن الفرد و هو الذي يدخل في علاقات مع غيره فلا يمكن للتشريع أو التنظيم أن يغنيانه عن إبرام عقود بإرادته المستقلة، و لضمان فعالية هذه العلاقات التعاقدية يجب أن يلتزم أطرافها باحترام التعهدات و تنفيذها.

المطلب الأول

المبـادئ التي تحكم تنفيـذ العقــد الدولي

إن الإرادة حرة تحدث ما تشاء من الآثار في العلاقات التعاقدية، إعمالا و تطبيقا لمبد أ سلطان الإرادة [1] ، الذي تفرعت عنه مبادئ :" الحرية التعاقدية ؛ القوة الملزمة للعقد ؛ الأثر النسبي للعقد " .

إذ أن الفرد حر و أن إرادته هي التي تنشئ العقد و هي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما. [2]

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، منشأة المعارف الاسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص70 .

[2] جاك غيستان ، J Ghestin ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2000 ، ص53 .

الفرع الأول : مبدأ الإلزامية

أولا : ماهية القوة الملزمة للعقد

و لقد سيطر مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقود و ساد مبدأ القوة الملزمة للعقد أغلب العلاقات القانونية. فإذا كانت القاعدة القانونية تقترن بعنصر الإلزام لتحقيق الغاية المستهدفة، فإن العلاقة العقدية بين الأفراد و الجماعات، تستوجب أيضا هذا العنصر لضمان تنفيذ بنودها، فلما يبرم العقد صحيحا بأركانه و شروطه، فإنه يرتب آثاره و يكتسب قوته الملزمة. [1]

إن القوة الملزمة للعقد مبدأ عالمي ، و يعني هذا المبدأ أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، أوجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، و بالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده ، دون رضاء المتعاقد الآخر. [2] فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، و تفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين . أي أن العقد ملزم لأطرافه ، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة ، و من ثم صبح واجبة التنفيذ و يمنع المساس بها نقضا أو تعديلا ، و الإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين ، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار .

تتولّد الإلزامية كصفة مصاحبة للعقد المبرم، بعد تطابق الإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة، فلا يمكن التحلّل من هذه الرابطة إلا بالتقاء إرادات حرة مماثلة . يستفاد من ذلك، أن فكرة الالتزامات العقدية نابعة أساسا من التصور الإرادي للعقد [3] ، الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما اتفق عليه بمحض

[1] بلحاج العربي ، النزرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، ج1 ،ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص203 .

[2] عابد فايد عبد الفتاح فايد ،تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن ، دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 ، ص16 .

[3] محسوب محمد ، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني ، دراسة تحليلية مع الفكر القانوني الحديث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 ، ص127 .

تلك الإرادات الحرة، دون حاجة لأي إجراء أو شكل بفرضه القانون، و هذا عكس ما كان سائدا في القانون الروماني، حيث كانت الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا أُبطل التصرف . [1] إذن الإرادة الحرة هي التي تنشئ العقد، و تحدد مضمونه و تكسبه القوة الملزمة كأثر رئيسي يستوجب التنفيذ [2] ، و ما غاية العقد إلا إحداث آثار قانونية مستمدة من إرادة أطرافه و عليه فإن الإلزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى نشأت صحيحة ، حينها تقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للغير ، و لا يمكن التحلل منها إلا بتراضي المتعاقدين أو وفقا للأحوال التي يقررها القانون كما جاء في نص المادة 106 من ق.م.ج [3]

ثانيا : نطاق القوة الملزمة للعقد

يرتب العقد المبرم حقوقا و التزامات على عاتق طرفيه، أو على كاهل أحدهما، و قد يرتب تعديل أو نقل أو إنهاء الحقوق والواجبات القائمة ، كما أن تحديد الالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية أمر ضروري لإبراز مضمون ما اتجهت إليه إرادة الأطراف أي ما تضمنه العقد . و لاشك أن السبيل إلى ذلك هو تفسير ثم تكييف العقد ، لإعطائه الوصف القانوني [4] ، و قد حدد التشريع الوطني و المقارن القواعد اللازمة لقيام القاضي بهذه المهمة .

لكي يلتزم المتعاقدان ينبغي تحديد نطاق العقد المبرم بينهما ، و مادام أن العقد نسبي من حيث المضمون فلا يلزم إلا بما ورد فيه ، و بيان نطاق العقد و مداه يستلزم تفسيره إذا كان في

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1994، ص.18

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام، نتائجه و توابعه في التشريع المصري المقارن، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص11 .

[3] مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص295 .

[4] محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ،ج1 ، ط2 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004 ، ص287 .

حاجة إلى ذلك. [1] و بعد تخطي مرحلة استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ثم إعطاء التكييف للعلاقة العقدية [2] ، تتحدد الالتزامات و تزداد معالم الإلزامية العقدية وضوحا، فالأصل أن يلتزم المتعاقدان بما يحقق مقصودهما، و ما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته. [3] إذ تقر أغلب التشريعات أن الأمر ليس مطلقا؛ لأن الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية و تترك المسائل التفصيلية دون تحديد .

و على هذا الأساس فإن نسبية أثر العقد من حيث الموضوع تحتم على القاضي تكملته للوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها بواسطة إضافة الفرع إلى الأصل [4] ، و يكون ذلك باعتماد معايير و عوامل استكمال القوة الملزمة للعقد وفقا لمصادر القانون المتعددة الأصلية أو الإحتياطية.

الفرع الثاني :مبدأ نسبية الأثر الإلزامي للعقد

إن آثار العقد في الأصل تسري على أطرافه بصفة مطلقة و بدون أي قيود ، غير أنه استثناء من ذلك نجد أن أثاره لا تقتصر عليهما فقط، فهي تمتد إلى أشخاص آخرين نجدهم يتأثرون به بالرغم من أنهم لم يساهموا مباشرة في إبرامه ، فهم ليسوا أطرافا أصليين في العقد ، كما أنهم ليسوا أجانب بالنسبة إليهم، إلا أنهم لديهم خصوصية يتميزون بها ، فهم تربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافة و دائنية، حيث أن انصراف أثار العقد إليهم يكون مقيدا بشروط حددها القانون .

[1] فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب ، القانون، قصر الكتاب ، د.م.ن ، 2006 ، ص126 .

[2] تكييف العقد هو تبيان طبيعة العلاقة العقدية ، أي إعطاءه الوصف القانوني المناسب بمعنى تحديد إذا كان عقد بيع أم إيجار أم هبة مثلا ... و من ثم تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق بشأنه .

[3] مصطفى محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص305 .

[4] سمير محمد السيد تناغو ، و منصور محمد حسين ، القانون و الالتزام ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، نظرية العقد ، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1997 ، ص149 .

إن هؤلاء الأشخاص هم على العموم من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في بعضها كما هو الحال بالنسبة للخلف العام ، أو من يخلف المتعاقد في جزء معين من ذمته كما هو الحال مع الخلف الخاص ، أو من يخلف المتعاقد في حق شخصي كما هو الحال مع الدائنين .

أولا: انصراف أثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص

إن الحقوق قد تنتقل من شخص إلى أخر، فيسمى الشخص الذي انتقل الحق منه بالسلف، أما الشخص الذي انتقل إليه الحق فيسمى خلفا، و عليه فان الخلافة تفترض ثبوت حق من الحقوق في ذمة السلف ثم انتقال هذا الحق الثابت له إلى الخلف [1] ، و على هذا الأساس فان الخلف هو كل من تلقى حق من غيره سواء كان حقا عينيا أو شخصيا ، و هو ينقسم إلى نوعين الخلف العام و هو الذي يتلقى من الغير مجموع أموال أو حصة من مجموع هذه الأموال ، و الخلف الخاص هو الذي يتلقى من غيره مالا معينا من أمواله ،كما أن انتقال هذه الأموال إلى الخلف يكون بناء على سبب من الأسباب الناقلة للحق كالميراث و الوصية و العقد [2] ، و المشرع الجزائري قرر انصراف آثار العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص من خلال المادة 108 و 109 من ق.م.ج. [3]

[1] حميد بن شنيتي ، مظرية الالتزام ، نظرية العقد ، ج1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر قانون خاص معمق ، 2014/2013 ، ص196 .

[2] جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، مصر ، 1997 ، ص236 .

[3] نص المادة 108 : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ، أو من نص قانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ". نص المادة 109 : " إذا أنشأ العقد التزامات ، وحقوقا ، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " .

أهم الحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام

1- إذا اتفق المتعاقدين على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

2- إذا كانت طبيعة العقد أو التعامل تقضي عدم انصراف آثار العقد إلى الورثة

3- إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار كفنان أو رسام ، أو محامي ...

4- عقود الشركة بحيث تنقضي بموت أحد الشركاء

أهم شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

1- أن يكون التصرف مرتبط بالشيء أو الحق الذي تلقاه الخلف الخاص فإذا كان الخلف الخاص مشتريا فلا تنصرف إليه إلا آثار العقد المتعلقة بالمبيع الذي وقع فيه الاستخلاف .

2- أن يكون التصرف سابقا على عقد الخلف الخاص تاريخيا.

3- أن يعلم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق التي رتبها تصرف السلف مع الغير في الشيء .

ثانيا :انصراف أثار العقد إلى الغير

الأصل في التصرف عموما هو أن ينصرف لمن قام به فالشخص يلتزم بإرادته و لكن لا يلزم غيره بهذه الإرادة ، هذا ما يعنيه قوله تعالى في الآية الكريمة :" **و أن ليس للإنسان إلا ما سعى**" [1] ، وقوله تعالى أيضا: " **لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت** " [2] ، لكن الأصل في التصرف الإنساني النسبية ، و معنى ذلك أن أثار العقد تقتصر على الشخص الذي أبرم العقد أي أنها تنصرف إلى عاقده و لا تتعداه إلى الغير هذا ما يعبر عن مبدأ نسبة أثار العقد ، و المقصود بالغير في هذا المقام هو الشخص الأجنبي عن العقد أي كل شخص عدا المتعاقدين و الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنين، حيث أنه إذا كانت قاعدة نسبية أثار العقد تقر بأن الغير لا يتأثر بالعقد أي أنه لا يتلقى حقا و لا يتحمل بسببه التزاما ، إلا

[1] سورة النجم ، الآية 38 .

[2] سورة البقرة ، الآية 285 .

أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 من ق.م.ج التي تنص على أنه : " **لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا** " أجاز الخروج عن هذه القاعدة فيما يخص شقها الإيجابي المتعلق بالحقوق وحدها دون شقها السلبي المتعلق بالالتزامات ، و عليه فإن القاعدة العامة لمبدأ نسبة أثار العقد تقبل الاستثناء فيما يخص الحقوق دون الالتزامات فالغير إذا من جهة يجوز له أن يكتسب حقا من العقد و يكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، و بمقابل ذلك لا يجوز له أن يرتب العقد التزاما في ذمته و يظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير [1] .

لقد سبق القول أن العقد نسبي في أثره ، فقوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين إذ لا يتلق الغير حقوقا و لا يتحمل التزامات بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه ، لأن الأصل أن هذه الحقوق و الالتزامات تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهم، كما أن العقد لا يفيد و لا يضر غير طرفيه [2] ، أي أن آثار العقد تنحصر في المتعاقدين دون تخطيها للغير. غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه، ويعتبر كواقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن إنكارها أو تجاهلها، فقد تغير من مركزه القانون. [3]

إذن العقد ملزم لأطرافه في حدود ما يرتبه من التزامات، وهو ينتج تلك الآثار بالنسبة للمتعاقدين، و كذلك بالنسبة لطوائف أخرى من الأشخاص. [4]

وعلى هذا الأساس فإن القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص لا تنحصر بين طرفي العلاقة العقدية فحسب، بل تمتد إلى خلفهما [5] ، من جهة، و إلى الغير [6] من جهة أخرى .

---

[1] فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد ، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة بن عكنون، الجزائر ، 1992 ، ص161 .

[2] فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص134 .

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004 ، ص192 .

[4] توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعية ، د.س.ن ، ص289 .

[5] الخلف: هو من تربطه صلة معينة بالمتعاقد و يكون خلفا عاما أو خاصا أو دائنا .

[6] الغير: هو الشخص الأجنبي بالنسبة للعقد و لا تربطه صلة بالمتعاقد ، و قد تمتد إليه آثار العقد كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، و حالة التعهد عن الغير .

فإذا لم يتم التوصل إلى حل عن طريق التفاوض يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع بينهم، و ذلك بالنص صراحة على أن الأطراف قد اختاروا التحكيم أسلوبا لحل النزاع . وشرط التحكيم في العقد يعتبر شرطا تعاقديا ، بل و يعتبر عقدا مستقلا بذاته عن بقية النصوص العقد لا ينقضي أو ينتهي بفسخ العقد أو بطلانه ، و يتم إتباع هذا الأسلوب لما له من مزايا كثيرة من توفير للمال و الوقت. [1]

من خلال ما سبق يتضح أن العقد لا يخضع لأي قانون (العقد دون قانون) ، فالإرادة العقدية تكفي بذاتها و يبقى لأطراف العقد الإشارة إلى القانون الذي يخضعون له علاقتهم لأن المسألة إرادية صرفية، و تبقى النصوص القانونية التي اختارتها الإرادة العقدية ذاتها لا تتأثر بأي تعديل لها في قانون دولتها ، لأنها اندمجت بالعقد كبند من بنوده، ما يفرض احترام الإرادة العقدية. [2]

[1] مصطف منى محمود ، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية، مصر ، 1990 ، ص38 .

[2] محمد بلاق ، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2012 ، ص41 .

المطلب الثاني

تدخل الإرادة في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الدولي أو نقضه

للإرادة أن تبرم ما ترضاه من العقود ، و أن تحدد شكل العقد و مضمونه بما تتفق عليه من شروط ، و هي حرة في تعديله أو إنهائه و هو المقصود " بمبدأ "سلطان الإرادة في العقد". [1]

حيث أعطي للإرادة الحرية في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد، و جعل لإرادة المتعاقدين الحرية في تحديد شكل العقد و مضمونه و في تعديل العقد بعد إبرامه .

و لقد اعترفت الشريعة الإسلامية بدور الإرادة في إنشاء العقد و ترتيب أثاره و تعديله و نقضه ، إذ أن غالبية العقود تتم فيها بالإيجاب و القبول دون حاجة إلى إجراء أخر، و كل المطلوب في العقد أن تبرز الإرادة في مظهر خارجي. [2]

و قد عبر المشرع الجزائري عن مبدأ سلطان الإرادة بنصه على أن: " **العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**". [3]

فقد تعترض العقد أثناء مرحلة التنفيذ صعوبات لم يتوقعها الأطراف تفرض عليهم إعادة النظر فيه للحفاظ على مصالحهم المرجوة من الدخول في هذه العلاقة العقدية .

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، دار البستاني للنشر و التوزيع ، مصر ، 1991 ، ص5 .

[2] عادل بسيوني ، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الاسلامية ، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم ، جامعة القاهرة ، 1976 ، ص189 .

[3] المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، جريدة رسمية عدد 78، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في مايو 2007.

الفرع الأول : في حالة التعديل لاختلال التوازن الاقتصادي

و أمام هذه الصعوبات و انتشارها يجب التفكير في وسيلة لإعادة تنظيم العقد و ضمان التوازن الاقتصادي له ، و تتمثل هذه الوسيلة في التعديل أثناء مرحلة تنفيذ العقد .

التعديل لغة ، مصدر عدل و معناه التسوية و التقويم و هو إجراء تغييرات في جوهر الشيء أما التعديل كمفهوم قانوني فهو : " **إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص، أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد**". و هو إجراء تغيير جزئي، و ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك، دون إزالة العقد أو نقضه. [1]

كما يمكن تعريف التعديل بأنه: " **استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف، بغية تحقيق الهدف من العقد، ومراعاة مصالح الأطراف** " .

إن تعديل العقد يعتبر كقيد إراديا يرد على مبدأ الإلزامية و أساسه أنه ما دام تم إبرام العقد باتفاق الطرفين فيمكن تعديله باتفاقهما [2] ، و لا يعدو أن يكون عبارة عن اتفاق جديد يتفق بمقتضاه أطراف العقد أثناء تنفيذه على تغيير بند أو أكثر من بنود العقد الذي يربطهما. [3]

و المشرع الجزائري بإقراره لتعديل العقد في المادة 106 من ق.م.ج السالفة الذكر ميز بين نوعين من التعديل ، فقد يكون التعديل من طرف المشرع و قد يكون التعديل باتفاق الأطراف و هو ما يعرف بالتعديل الاتفاقي الذي يجسد مبدأ سلطان الإرادة و يهدف التعديل إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية

[1] أسامة الحموي ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون ، ط1 ، مطبعة الزرعي دمشق ، سوريا ، 1997 ، ص345 .

[2] جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، مصر ، 1994 ، ص259 .

[3] مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص57 .

و الاجتماعية الغير متوقعة ، و التي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، فتهدد مصالح أحد الأطراف ، كوقوع ظروف استثنائية تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات التعاقدية الأصلية . و الحل الوحيد لمواجهة هذه الظروف و المحافظة على العقد من خطر الفسخ هو تعديل العقد و هذا بتعديل أحد عناصره أو شروطه لخلق التوازن فيه من جديد .

أولا : شروط التعديل الإتفاقي

يقوم تعديل العقد باتفاق الأطراف على أساس أنه مادام العقد قد انعقد بالتراضي ، فإنه يمكن تعديله بالتراضي [1] ، أي أنه كما ينشأ العقد بالإرادة المشتركة لأطرافه فيمكن تعديله بهذه الإرادة. [2]

و لما كان هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا جديدا ، تطبق عليه القواعد العامة للعقود ، فإن الشروط التي يجب مراعاتها فيه هي نفس الشروط المطلوبة لإبرام عقد جديد [3]، من رضا ، و محل و سبب، و احترام قواعد الشكلية في بعض العقود ، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى إلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه ، إذ قضت بنقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 7 نوفمبر 1994 ، و الذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 أفريل 1993 ، و القاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي ، في حين كان لزاما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي ، و من ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من ق.م.ج " **إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول**

[1] جلال علي العدوي ، أصول الالتزام : دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون اللبناني ، دار الجامعية ، مصر ، 1993 ، ص238 .

[2] محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، ط2 ، الجامعة المفتوحة طرابلس ، 1993 ، ص112 .

[3] – سمير محمد السيد تناغو ، و منصور محمد حسين ، القانون و الالتزام ، نظرية القانون ، نظرية الحق، نظرية العقد ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1997 ، ص153 .

أن يطالب بأية زيادة في الأجر ،و لو حدث في هذا التصميم تعديلا أو إضافة ... و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة ... "

ثانيا : مبرر التعديل الإتفاقي

تتجسد حرية التعديل الإتفاقي في احترام الأطراف لشروطه القانونية باعتباره تصرفا قانونيا ، و ذلك بأن يكون الدافع من التعديل هو المحافظة على العلاقات العقدية و إيجاد التوازن الاقتصادي فيها ، و حماية مصالح الأطراف المشتركة . و التعديل هو حق مقرر للأطراف وهذا مانصت عليه المادة 106 من ق.م.ج المذكورة سابقا، لا سيما إذا لم تتحقق مصالحهم من إبرام العقد الأصلي .

إذن فمبرر التعديل باتفاق الأطراف هو المصلحة المشتركة للأطراف و المحافظة على العلاقة العقدية، و إيجاد التوازن الاقتصادي فيها. و لهذا فيجب أن تكون هذه المصلحة المراد تحقيقها مشروعة و مشتركة للأطراف.

هذا التعديل يمكن أن يكون بعد إبرام العقد ،كما يمكن أن يكون عند إبرام العقد ، و يكون ذلك لما يضع أطراف العلاقة العقدية شرط في العقد يخول لأحد الطرفين أو لكليهما ، يمكنهما من التعديل في أحكام العقد عند تغير الظروف التي قد تطرأ بعد إبرام العقد. [1] .

حيث أن الغرض من تعديل العقد اتفاقا هو مراجعة بنوده بسبب تغير الظروف الاقتصادية التي كثيرا ما تنال من توازن التزامات المتعاقدين ، و هذه الظروف قد تكون متوقعة و من بين الأمور المتوقع حصولها بعد إبرام العقد و التي تمس بتوازنه ، نجد على سبيل المثال ، ظاهرة التضخم ، و انخفاض العملة النقدية...إلى غير ذلك من الظروف كل حسب مجال العقد المبرم فيصبح السعر الاتفاقي للبضاعة أو الخدمة، غير مناسب تماما و هذا كلما كان تنفيذ العقد متراخيا أو يتم تنفيذه على فترات متعاقبة، و تفاديا

[1] مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد) ، ج1 ، مؤسسة بحسون للنشر ، لبنان ، 1995 ، ص107 .

لتلك الصعوبات كثيرا ما يتفق المتعاقدان على تعديل السعر مع تحديد الأدوات اللازمة لذلك ، و من أهم الآليات التي بها يحتاط المتعاقدين من تقلبات الأسعار ، بند التقييس و بند مراجعة الأسعار. [1]

بند التقييس يتمثل في شرط يلحف بثمن نقدي محدد اتفاقا و مؤجل الأداء في مقابل سلع أو أداءات تؤدى على فترات متعاقبة ، و بموجب هذا الشرط يتغير الثمن المتفق عليه بصفة آلية تبعا للتغيرات المرتقبة مستقبلا لمعيار أو مؤشر موضوعي متفق عليه. [2]

أما بند مراجعة الأسعار فهو شرط يحدد بموجبه المتعاقدان كيفية مراجعة الأسعار المحددة اتفاقا في العقد ، كحالة تحقق ظروف معينة ، فيتفق المتعاقدان على الأسباب التي يترتب عليها مراجعة الأسعار ، و كيفية مراجعة الأسعار ، كأن تكون العبرة بمؤشرات البورصة ، أو السوق الداخلية أو الخارجية ، أو غيرها ، و كذا آجال مراجعة الأسعار ، و أعلى نسبة للزيادة و غيرها ، و ليست هناك قيود على حرية الأطراف في تحديد صيغة المراجعة ، طالما كانت العوامل المعتمد عليها موضوعية ، و كثيرا ما يستعين المتعاقدين في هذا الشأن بالأرقام الاستدلالية التي تستعمل في صيغ تحيين و مراجعة أسعار الصفقات العمومية و خالفا لبند التقييس لا يتغير السعر آليا ، بل بموجب اتفاق في إطار تطبيق بند مراجعة. [3]

الفرع الثاني : في حالة نقض العقد

قد يتعرض تنفيذ العقد الدولي تبعا لخصوصياته إلى مخاطر وصعوبات تحول دون تنفيذه بالشروط التي وردت في العقد . فهي قد تجعل أحيانا تنفيذ العقد مستحيلا، بصورة نهائية ، أو أن تكون استحالة التنفيذ حادث مؤقت . و في الحالتين يصبح عدم التنفيذ ضارا بحقوق الدائن مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن العقدي بين الطرفين .

[1] علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، ط3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2013 ، ص384 .
[2] نفس المرجع ، ص385 .
[3] نفس المرجع ، ص386 .

ينصب عدم التنفيذ في العقد التجاري الدولي غالبا على محل العقد أو محل الالتزام . و هو لا يختلف في ذلك عن عقد البيع المحلي . و معروف فقهيا بأن محل العقد هو المعقود عليه و هو الشيء الذي ورد عليه العقد و ثبت أثره فيه ، أما محل الالتزام فمعناه تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدين. فان محل العقد هو الشيء المبيع و الثمن، و محل التزام البائع هو ليس فقط تسليم المبيع و إنما أيضا حمايته من العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق. أما محل التزام المشتري هو دفع الثمن و استلام المبيع [1] .

موضوعنا الرئيسي هنا ليس تحليل الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد الدولي تجاه كل من الطرفين المتعاقدين . غير إن طبيعة محل العقد الدولي و أهمية التزامات الطرفين في هذا العقد يستلزم الأخذ بعين الاعتبار كثير من المفاجئات التي تحول دون تنفيذها . و نحن نعلم أن هذه الالتزامات تخضع في الأصل لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يصعب التحلل عنها إلا عند استحالة التنفيذ لأسباب قاهرة .

فعندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلا لسبب أو لآخر فنحن أمام حالة القوة القاهرة ، و هذه الظاهرة التي تسمى أيضا بالحادث الجبري أو المفاجئ تعبر عن مفهوم غير شخصي لأنه حدث لا يتصل بتصرف شخص ما أو مجموعة أشخاص. [2] و يتخذ الحادث هذه الصفة و هذا التكييف عندما يكون غير متوقعا ، لا يمكن مقاومته و سببه أجنبي ، بمعنى انه لا دخل لإرادة طرفي العقد فيه، فهو يستبعد فكرة الخطأ في تنفيذ الالتزامات. و قد حاول الفقه أن يقدم له تعريفا عاما و اعتبره ذلك الحادث الذي لا يمكن تجاوزه مطلقا ، غير متوقع ، و غير منظور ، ينتج عن قوة أجنبية كالعاصفة و الانهيار و الهزة الأرضية وكذلك الحرب و أحيانا قرار السلطة. [3]

و من المتوقع كثيرا أن يتعرض طرفي العقد على السواء، البائع أو المشتري، لحالات القوة القاهرة. وينتج عن ذلك استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بشكل مؤقت أو بصورة نهائية. و إذا صح

[1] جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص279 .

[2] علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، ط3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2013 ، ص 380 .

[3] علي فيلالي نفس المرجع السابق ، ص381 .

هذا الافتراض في العقود المحلية داخل البلد الواحد ، فإن احتمال نشوء القوة القاهرة يتضاعف وقوعه في العقد الدولي .

إن حالة القوة القاهرة لا تستهدف التزامات البائع فقط فتحول دون تنفيذها ، إنما يتعرض إليها أيضا المشتري مما تجعله غير قادرا على الوفاء بالتزاماته العقدية وأهمها استلام المبيع أو دفع الثمن و سواء كان المانع مؤقتا أم نهائيا .

من المفيد التمييز بين حالة القوة القاهرة و الظرف الطارئ L'imprévision و الذي نسميه أيضا Le Hardship في الفقه الانكليزي . و هو ذلك الحادث الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة ، و لكنه ممكن التنفيذ ، إلا أن تنفيذه بالشروط التي جاءت بها نصوص العقد تحمل المدين بالتنفيذ أعباء مالية وخسارة جسيمة و باهضة النتائج [1] . فهو ينتج عن تغيير جذري بوضع المتعاقد بفعل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد سواء كانت اقتصادية ، اجتماعية أم سياسية لها أثر مباشر على التوازن الأساسي للعقد ، و من ثم تقود إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه . و لكن يقترب الظرف الطارئ مع القوة القاهرة باعتباره وضع جديد لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه و إنما مصدره أجنبي عنهما و لا يختص مطلقا بتصرفاتهما أو سلوكهما المرافق لتنفيذ التزاماتهما.

يستطيع أطراف العلاقة العقدية إنهاء العقد بإرادتهم ما دام أنهم قاموا بإنشائه فلهم إنهائه بإرادتهما المتطابقتين و الأساس القانوني المخول لهم هذا الحق نجد المادة 106 من ق.م.ج ، و هو ما يعرف بالتقايل، فيكون عبارة عن عقد جديد يتم بين نفس أطراف العلاقة العقدية يتم صراحة أو ضمنا، يكون مضمونه هو التحلل من العقد القائم بينهما .

[1] علي فيلالي نفس المرجع السابق ، ص381 .

أولا : الإنهاء بسبب حدوث القوة القاهرة

قد ينتهي العقد التجاري الدولي بسبب حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاء احد الأطراف أو كليهما من تنفيذ التزاماته التعاقدية و عادة يتم النص على ذلك في العقد .

والنص على القوة القاهرة كما هو متعارف عليها في نطاق العقود التجارية الدولية تهدف إلى حماية الملتزم بالتنفيذ من حوادث خارجة عن ارادته لذا لا بد من صياغة مادة في العقد تنص على القوة القاهرة كسبب لتحلل الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية و يجب أن يتوسع النص ليتضمن الحالات التي تعتبر خارجة عن إرادة المتعاقدين .

ثانيا : الإنهاء الاختياري

قد يتم النص في العقد على انه في حالة حدوث حالات أو ظروف خاصة لأحد الأطراف يرى بسببها أن من مصلحته فسخ العقد و إنهاءه بصرف النظر عن أخطاء الطرف الآخر و يعني هذا أن يكون لأحد الأطراف الحق في إنهاء العقد بناء على رغبته بصرف النظر عن أخطاء الطرف الآخر أو مدة العقد بحيث يكون تقدير الإنهاء للمتعاقد نفسه دون إعطاء إشعار بذلك و هو ما يسمى بالإنهاء الاختياري و لكن عند صياغة مثل هذه المادة المتعلقة بالإنهاء الاختياري لابد أن يتم الأخذ بعين الاعتبار عند صياغتها الطرف الثالث الذي قد يتأثر بتنفيذ العقد و التكاليف المترتبة على ذلك. [1]

ثالثا : الإنهاء بالإرادة المنفردة لعقود التجارة الدولية [2]

العقد التجاري الدولي كغيره من العقود، يهيمن على أحكامه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فيعتبر القانون الخاص بين عاقديه، غير أن لمدلول هذا المبدأ إطار آخر غير ذلك المعروف في القوانين الداخلية و

[1] إيهاب عبد المجيد محمد اسماعيل السراج ، عقود التجارة الدولية ، كلية القانون ، جامعة الخرطوم ، بحث تكميلي لنيل درجة ماجيستير في القانون ، نوفمبر 2005 ، ص78 .

[2] عبد المجيد الحكيم " الوسيط في نظرية العقد " الجزء الأول في انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ، العراق ،1967، ص362.

خاصة تلك المتأثرة بالنظام اللاتيني . و قد كان تميز مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ضمن عقود التجارة الدولية نتيجة لتطويع القواعد القانونية الداخلية بما ينسجم مع متطلبات التجارة الدولية، و بما يحقق أكبر قدر من الانسجام بين الأنظمة القانونية المختلفة .

و ما يهمنا في تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على عقود التجارة الدولية هو إطار هذا المبدأ في ظل قواعد إنهاء عقد التجارة الدولي، حيث يظهر في مفهوم هذا المبدأ التمييز و الخصوصية في إجراءات الإنهاء، حيث أن من مقتضيات مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إنه لا يجوز لأحد أطرافه أن ينفرد بفسخ العقد ونقضه .

و لكن المتتبع لأحكام الاتفاقيات الدولية الناظمة لعقود التجارة الدولية بالإضافة إلى الأعراف التجارية الدولية، يجد أن الممارسة في العقود التجارة الدولية تجيز لأحد أطرافها أن يبادر بإنهاء العقد . الدولي بإرادته المنفردة، مما يثير التساؤل حول مدى تحقق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في ظل اعتماد الفسخ بإرادة منفردة .

و لما كان المحكم يلعب دورا مهماً و فاعلاً تجاه منازعات إنهاء عقود التجارة الدولية، لكونه مطلوب منه الجمع بدين تحقيق متطلبات قدسية العقد و احترام إرادة المتعاقدين من جهة، و السعي في الوقت ذاته إلى تحقيق الغاية المرجوة مدن اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات بتطويع القواعد القانونية بما يضمن الحفاظ على التوازن العقدي قدر الإمكان انسجاماً مع متطلبات التجارة الدولية من جهة أخرى، بالإضافة إلى الوصول إلى عدالة خاصة بالمتعاقدين غير تلك العدالة العامة تقدمها النصوص القانونية .

و لعل حقيقة دور المحكم و سلطته تجاه إنهاء العقد التجاري الدولي مرتبطة مباشرة بسلطته تجاه منازعات العقد، و التي تتأثر بعدد من العوامل التي تظهر اشكال سلطة المحكم و دوره تجاه منازعات العقد، حيث تتفاوت سلطة المحكم تجاه منازعات إنهاء عقود التجارة الدولية بين الرقابة السابقة أو اللاحقة للفسخ بحسب مدا يتبناه القانون واجدب التطبيق بشأن إنهاء عقد التجارة الدولية، آخذين بعين الاعتبار ضرورة الانطلاق من كون النزاع بشان إنهاء العقد التجاري الدولي هو من ضمن النزاعات التي تدخل في اختصاص المحكم أصلاً بموجب اتفاق التحكيم.

الفصل الثاني

أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني

أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

إن تدخل المشرع ما هو إلا تماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين ، و لا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الإرادة التعاقدية ، بل موضوعية هذه الإرادة ، و التي لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد ، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وصولا إلى انتهاء العقد ، و كل ذلك سيعمل على تحقيق العدالة القانونية ، و تحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة ، و العقد شريعة المتعاقدين ، و بين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع ، مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة و إنما يجب القول بموضوعية الإرادة ، وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور الكبير و البارز في الإشراف على التعاقد ، تكون الغاية الرئيسية منه ، هو تحقيق العدل و الموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد .

لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة و شيوعاً أكثر مما ناله مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فقد كانت له قدسية خاصة عند أنصار مبدأ سلطان الإرادة ، و لا زال هذا المبدأ يحتل مكاناً مرموقاً في المؤلفات القانونية .

إلا أنه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيراً من أهميته، و ذلك بسبب القيود التي تفرض عليه حتى بدا المشرع و كأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين.

المبحث الأول

النظام العام

روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صل الله عليه و سلم قال :

" مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةُ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ " .

أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 2726 .

المطلب الأول

تعـــريف النظـــام العـــام

إذا كان الأصل هو حرية التعاقد، إلا أنه في المجال الواقعي اتسعت دائرة النصوص الآمرة و التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، و هي التي حصرت هذه الحرية في حدود ضيقة، إذ أن هذه النصوص تحمي النظام العام و الآداب العامة، و من ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة [1] .

فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام و الآداب العامة يكونا قد عرضا عقدهما للبطلان.

الفرع الأول : تأصيل فكرة النظام العام

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة قومية مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع المبادرات الفردية و الحريات التعاقدية لسلطان القانون دفع بالفكر القانوني إلى البحث عن ضابط يقوم بدور الدرع الحامي للقيم و المصالح العليا للدولة و من ثم تم استعارة مصطلح النظام العام

[1] أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي – مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ، ص137.

ليكون الأداة القانونية في الضبط الاجتماعي كحد على سلطان الإرادة وحرية التعاقد و بذلك أصبح هذا المصطلح يتمتع بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء على السواء ، بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها بتحديدها تحديدا دقيقا أو بتعريفها تعريفا جامعا مانعا. [1]

فعلى الرغم من مرور ما يقرب من قرنين على ولادة هذه الفكرة و تبلورها، فقد ظلت من الأفكار التي يكتنفها الغموض في طبيعتها إلى حد التضارب في شأنها و كينونتها حتى صار ينظر إليها بكثير من الريب [2] . و رغم ذلك فان كل جماعة أي كان شكل تنظيمها بحاجة دائما إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها تتمتع بسلطان الأمر و النهي المصحوب بجزاء يوقع على المخالف لهذه المنظومة تعبر عن أولوية المصلحة العليا العامة للدولة و للجماعة على الإرادات الفردية والمصالح الخاصة .

ففكرة النظام العام كما عبر عنها **الدكتور طارق البشري :" تعد مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها و إلا كان البطلان جزاء لها "** [3]

و مع ظهور بعض فئات المجتمع المدني المطالبة بإشراكها في العملية السياسية و الإصلاحية قصد الانفتاح على الأفكار الاشتراكية تحول مفهوم النظام العام إلى منظومة حماية لأسس المجتمع بمختلف طبقاته.

[1] عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام في النظرية و التطبيق دراسة مقارنة بين القواعد الوضعية و الفقه الإسلامي ، ط1 ، المكتب الإسلامي بيروت ، لبنان ، 2005 ، ص49 .

[2] سليمان مرقص ، مدخل العلوم القانونية ، ط2 ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1952 ، ص78 .

[3] عماد طارق البشري ، مرجع سابق ، ص49 .

النظـام العـام:

ليس من اليسر تحديد المقصود بالنظام العام لأن هذه الفكرة نسبية غير ثابتة تتغير بتغير الزمـان و المكان، و لأنها تضيق و تتسع حسب ما يعهده الناس في حضارة معينة، و لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان و مكان ، و حسب المستشار البحث عن مفهوم للنظام العام معناه المشي على رمال رخوة [1] .

إضافة إلى ذلك فإن معظم التشريعات التي قننت النظام العام اكتفت بالنص على دوره الاستبعادي، دون إعطاء تعريف له [2] ، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 24 من ق.م.ج حيث تنص على ما يلي : **"لا يجـوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصـوص السـابقة إذا كـان مخـالفا للنظـام العـام و الآداب العامة في الجزائر أو تثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة "** .

بحيث بذلت محاولات عدة فردية و جماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام ، إلا أن الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود و جاءت التعارف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام ، و يرجع ذلك لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعينها بشكل ثابت ، كما قلنا سابقا أن فكرة النظام العلم تتطور و تتغير من مكان إلى آخر و من زمان لزمان [3] . و من بين هذه التعارف نجد التعريف الذي جاء به التشريع الألماني حيث جاء في المادة 30 من

[1] مندي آسيا يسمينة ،النظام العام و العقود ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق فرع لعقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، 2009 ، ص6 .

[2] دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص90 .

[3] حسن الهداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجدلاوي ، الأردن ، 1993 ،ص188 و 189 .

القانون المدني الألماني على أنه القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد ، و بمفهومها في وقت معين ، و يكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام و تصديعه. [1]

تجنبت النصوص التشريعية محاولة تعريف النظام العام أو القيام بتحديد مفهومه تحديدا شاملا و محددا، و اكتفت بالإشارة إلى بعض عناصره ، فرد الفقه هذا السلوك من المشرع إلى أن التحديد لا يتفق مع التطور السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي الذي تعرفه المجتمعات ، ناهيك عن مرونة فكرة النظام العام التي تحول دون تحديده تحديدا دقيقا. [2]

الفرع الثاني : تعريف النظام العام لدى الفقه الغربي :

تصدى الفقه الغربي بعدما تراجع المشرع لمهمة تعريف النظام العام حيث قال **الفقيه كابتان : " النظام العام هو تنسيق النظم و تنظيم القواعد القانونية التي هي ضرورية للدولة في استعمالها و عملها "** [3]

وعرفه **جورج بوردو** بأنه:" **فكرة ذات مضمون ضرورية للدولة في استعمالها وعملها واسع تشمل صور النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي كافة، ويمتد ليشمل النشاط الاجتماعي**". [4]

---

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن ، ج1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998 ، ص197 .

[2] حبيب إبراهيم الخليل – المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ، ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 ، ص8.

[3] Henré capitan : ,introduction à l'étude de droit civil, libraire de la court d'appel , 1ere ed 1925 , p60 .

أشار اليه الجليل عبد الله :الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام في القانون المدني ، المطبعة العالمية القاهرة ،طبعة ،1985 ، ص66 .

[4] Georges BURDEAU, Manuel de droit public, Les libertés publiques, Les droits sociaux, LGDJ, 1948,p37 .

كما عرفه **ليون دوجي** بأنه : " **المصلحة الاجتماعية أيا كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة**". [1]

و أيضا عرفه **موريس هوريو** بأنه : " **حالة واقعية عكس الفوضى**". [2]

أما **بيلفوت** فقال : "**غاية الضبط هي حالة واقعية سلبية و كل أعماله تستهدف منع الاضطراب**". [3]

و عن **أسمان** فعرفه بأنه : " **مجموعة القواعد الراسخة لحماية مصالح الأفـــراد أنفسهم بوصفها ضـــرورية لسلام و ازدهار الجمـــاعة التي ينتمون إليها**". [4]

و عرفه **نيبواييه** بأنه : "**الحد الأدنى من الملائمة الاجتماعية التي يكون احترامها مفروضا على الأفراد في اتفاقاتهم**". [5]

و عرفه **جو دو ليوري** بأنه : " **مجموعة الشروط اللازمة للأمن و الآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية**". [6]

---

[1] Malaurie Philipe: l'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. Tome 1er P 69.

[2] Maurice hauriou : précis de droit administratif et de droit public, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933 , p 323 .

[3] الدقدوقي حلمي ، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1989 ، ص51 .

[4] عامر أحمد مختار ، تنظيم سلطة الضبط الإداري ، رسالة ماجستير جامعة بغداد ، 1975مذكور لدى فيصل نسيغة ، رياض دنش ،مقال بعنوان : النظام العام ،مجلة المنتدى القانوني ،العدد 5 ص 6.

http://dspace.univbiskra.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/1587/1/mk5a12.pdf

[5] Malaurie philipe ;op cit ; p263 .

[6] يرى جاك غستان أن المشرع يصف أحكام معينة بأنها متعلقة بالنظام العام تلك الأحكام التي يتوخى صراحة أن يعطيها طابعا آمر .

بلانيول فيقول : " **يكون أحد الأحكام من النظام العام إذا كان مستوحى من اعتبار منفعة عامة تكون في خطر إذا كان الأفراد أحرارا في منع تطبيق القانون** ".كما عرفه **مالوري** بأنه : " **حسن سير عمل المؤسسات التي لا غنى عنها للجماعة**". [1]

الفرع الثالث : تعريف النظام العام لدى الفقهاء العرب

يرى **الأستاذ العربي بلحاج** أن : " **فكرة النظام العام و الآداب العامة هي من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها و طبيعتها** " ، و يمكن القول بأن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، فقواعد النظام العام هي مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح في الدولة وضمان الثقة و حسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في علاقاتهم أو الاتفاق على عكسها ، و فكرة المصلحة العامة في صورها تختلف من دولة إلى دولة و من زمن إلى زمن في الدولة ذاتها ، و يترتب على ذلك أن فكرة النظام العام فكرة متغيرة ونسبية و متطورة ينظر إليها في جماعة معينة و زمن معين. [2]

عرف أيضا بأنه : "**مجموعة الأسس الاجتماعية والسياسية و الاقتصادية التي يقوم عليها كيان المجتمع**". [3]

[1] Jacque Ghestin : Traite de droit civil , Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p 1 .

[2] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، ج1 ،ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص148 .

[3] توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم الإنسانية ،منشأة المعارف الاسكندرية ، مصر ، د.س.ن ، ص55 .

و عرفه فقيه آخر بأنه : **"مجموعة المصالح المعتبرة جوهرية في تقدير المصدر الرسمي في جماعة معينة و في وقت معين على تنوع هذه المصالح سياسية و اقتصادية و اجتماعية و دينية و أخلاقية من خلال تنظيمها تنظيما معينا في تقدير المصدر".** [1]

كما عرف بأنه : **" ظاهرة قانونية اجتماعية تهدف إلى المحافظة على الأسس و المبادئ و القيم التي يقوم عليها المجتمع و التي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال و إلا تحلل المجتمع نفسه ، و هذه القواعد تجد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء و تتصف بالمرونة و النسبية ، و تختلف باختلاف النظام السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي السائد في الدولة ".** [2]

وعرف أيضا بأنه: **"مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سالمتها ".** [3]

و أيضا هو: **" مفهوم يهدف إلى حماية مصلحة المجتمع أو الصالح العام من تجاوز الإرادات الفردية و ذلك بمنع هذه الإرادات من مخالفة القواعد المعتبرة في زمن ما ضرورية لحماية تلك المصلحة ".** [4]

[1] همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون ، ج1 ، دار المعارف الجامعية ، مصر ، 2000 ، ص79 .

[2] منصور محمد ، وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1961 ، ص44 .

[3] خالد خليل الطاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة ، الكتاب الأول، ط1، دار المسيرة للطباعة و النشر، الأردن، 1997، ص23 .

[4] هشام قاسم ، المدخل إلى علم القانون ، ط1 ، جامعة حلب ، سوريا ، 2003 ، ص48 .

كما قيل فيه أيضا أنه : " **فكرة أو اعتبار يقوم في ذهن المشرع الوضعي يؤدي إلى أن يعتبر حكما ما على أنه من الأحكام الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وأيضا هو مجموعة القواعد و الأنظمة الأساسية اللازمة لسلامة التنظيم الاجتماعي** ". [1]

إذا كان الفقهاء الغرب قد أسسوا لتعريف النظام العام رغم إقرارهم بصعوبة ذلك ، و تناولوا الأمر من زاوية ربطه بالقانون العام أو من تحديد مجالات إعماله ، فإن الفقه العربي لم يخرج عن ذلك الإطار، و الإجماع يكاد ينعقد بين الاتجاهين حول فكرة واحدة مؤداها غموض فكرة النظام العام لدرجة أنه يصعب إن لم نقل يستحيل على باحث إيجاد تعريف له لنسبية الفكرة و تغيرها باعتبار الأزمنة و الأمكنة فكل ما قد يتأتى له هو رسم الموجهات التي يستعين بها فلا يكون هناك إفراط و لا تفريط في تطبيقها حفاظا على سريان المجرى الطبيعي للقانون ، وحماية للنظام العام في الدولة و هذه الموجهات تستخلص من الأمثلة التي تقرب مفهومه. [2]

إن الذي تم التوصل إليه من جملة ما تقدم من تعاريف يتجلى في قيام النظام العام على فكرتين أساسيتين هما المصلحة العامة و أنه أمر نسبي. [3]

الفرع الرابع : تعريف النظام العام الدولي

و يعرف النظام العام الدولي بأنه " **مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية ، و التي تلبي كل متطلباتها و احتياجاتها عن طريق تشجيع و ابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق و نمو المبادلات التجارية الدولية، أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس و قواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين ، و إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة**

[1] فؤاد رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ج2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1992 ، ص136 .
[2] العتيبي عبد الله بن سهل بن ماضي ، النظام العام للدولة المسلمة ، دار كنوز إشبيليا ، السعودية ، 2009 ، ص59 .
[3] البشرى عماد طالرق ، النظام العام النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2011 ، ص109 .

الدوليــة، كما تتعدد مصادر النظام العام الدولي بين القاء الوطني و قضــاء التحكيم و المعاهدات و الاتفاقيات الدولية و التي تساهم جميعا في خلق قواعد هذا النظام". [1]

إن تجسيد فكـرة نظام عـام دولي تقتضي توحيد العالم كله، ونشوء مجتمع موحد في معتقداته وتقاليده و تطلعاته المستقبلية حتى يتسنى لتلك الدولة العالمية العمل على حماية ذلك النظام العام و هذه مسألة في الظروف الراهنة بعيدة التحقق و هي أقرب إلى الخيال الفكري منه إلى الواقع.

و في الحقيقة إن النظام العام يتميز دائما بالوطنية و يتغير مفهومه و محتواه من مجتمع لآخر بغض النظر عن الوصف الذي يلحق به، نسبي و مطلق في مقابل داخلي و دولي .

إن اللبس و الغموض بين المفهومين مرجعه الخلط بين وظيفة النظام العام في العالم في العلاقات الداخلية و وظيفته في المجال الدولي .

و ينبني على وطنية النظام العام نتيجتان :

الأولى إن الدفع بالنظام العام لا يجوز إثارته و التمسك به أمام هيئات القضاء الدولي ، لان هذه مستقلة عن مختلف الدول و ليس من مهامها حماية نظام عام لدولة على حساب نظام عام لدولة أخرى، و النتيجة الثانية ، أن الاتفاقية الدولية في مجال تنازع القـوانين لا تشكل قيدا على أعمال أثار النظام العام سواء ورد التحفظ بهذا الشأن في الاتفاقية أو لم يرد ، لأن الدفع بالنظام العام دفع عام .

[1] صالح المنزلاوي ، القانون الوتجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 ، ص297 .

المطلب الثاني

أثـر النظـام العـام على مبـدأ سلطـان الإرادة

" إذا كان النظام العام هو مجموعة المبادئ السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية السائدة في منطقة معينة و زمن معين بما يحفظ التوازن و الانضباط و استقرار علاقات الأشخاص، فإن ذلك ينعكس على سلطان الإرادة، الذي يعني حرية الشخص في القيام بالتصرف القانوني بحيث يكون للنظام العام دور في توجيه ذلك من خلال تحديد مشروعية التصرف و مداه و نطاقه و حدود تقييده ثم تقديـر مدى أهليـة و صلاحيـة الشخص للقيام بالتصرف و الضـابط في ذلك معيار المصلحة العامة المتغيرة هي الأخرى باعتبار الأمكنـة و الأزمنـة ما يجعـل سلطـان الإرادة يدور في تحديـد وتقدير النظام العام و لا يخرج عن إطـاره، و بذلك يخضع هو الآخر للنسبية و التغير". [1]

الفرع الأول : تقييد المشرع الجزائري لسلطان الإرادة

أخذ المشرع الجزائري بضوابط الإسناد الاحتياطية في حالة تخلف الأطراف على اختيار القـانون الواجب التطبيق ، و بالتالي فعلى القاضي إعمال هـذه الضوابط و التي تتمثل في قـانون الموطن المشترك، قـانون الجنسية المشتركة ، قـانون محل إبرام العقد و بالتالي نكون أمام حالتين ، الحالة الأولى في اختيار المتعاقدين للقـانون الواجب التطبيق ، و الحالة الثانية في حالة عدم اختيارهم للقـانون الواجب التطبيق إلا أنه في نص المادة 18 من ق.م.ج [2] فإن المشرع في كلتا الحالتين قد اشترط توافر الصلة الحقيقية بين القـانون المختار و بين المتعاقدين أو العقد ، فإن اختيارهم لقـانون عـديم الفعالية إذا لم تتوافر تلك الصلة ، و هو ما

[1] فتيحة قريقر ، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، مج10 ، ع1 ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر ، 2017 ، ص277 و 283 .

[2] المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري:

"**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت لو صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . و في حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة . و في حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد .غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه** ".

يسمح للقاضي بتجاوز ذلك الاختيار ليتولى بنفسه مهمة البحث عن القانون الذي تتوافر فيه الصلة الواجبة، و الذي يمكن فهمه من ذلك أن أخذ القانون المختار سيؤدي في حالات كثيرة إلى إخراج قاعدة التنازع عن مضمونها و هدفها ، و من شأنه منح القاضي سلطة تقديرية واسعة تتيح له إمكانية استبعاد ذلك القانون كلما بدا له عدم وجود الصلة المطلوبة ، حتى و إن كان اتفاق الأطراف جاء بحسن نية ، و كل ذلك سيجعلنا في الأخير أمام قانون العقد و ليس أمام قانون الإرادة .

و في المادة 24 من ق.م.ج [1] التي نصت على أنه : " **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب في الجزائر** ... " يتجسد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و لكن في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام ، و يطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع . بحيث أنه يجب استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد و وفقا للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي كما أن الدفع بالنظام العام من غير المعقول أن يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي برمته، و إنما يهدف فحسب إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام و متى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي.

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناء وحيد، و هو في حالة ما إذا كان ثمة ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي بحيث يكون من المستحيل استبعاده جزئيا ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا و نظن أن هذا ما قصده المشرع الجزائري مع عمومية النص.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، جريدة رسمية عدد 78 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في مايو 2007 .

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد من عدمه

استقراءا لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين الأشخاص يمكننا إجمال القيود التي تحد من حرية إرادة الأشخاص في إبرام ما يشاءون من عقود والتعامل في ما يشاءون من أشياء نستخلص منع و إبطال عقود يكون محلها أشياء مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، و كذلك منع إبرام عقود يكون السبب و الباعث فيها مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.

إذ سلم بأن للفرد الحرية في التعاقد من عدمه، و في تحديد الالتزامات المتولدة عن التعاقد و هو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ قد صاحبه منذ البداية قيد هام و هو النظام العام، بحيث أن المشرع أوجب المتعاقدين في كل الأحوال على عدم مخالفته، سواء في إبرام العقد أو تعيين آثاره [1]، و قد تدخل استنادا إلى ذلك بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها ، مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدي.

فكرة النظام العام كقيد من باب حرية التعاقد أو عدمه

إذا سلم بأن للفرد الحرية في التعاقد من عدمه، و في تحديد الالتزامات المتولدة عن العقد و هو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ قد صاحبه منذ البداية قيد هام و هو النظام العام، بحيث أن المشرع أوجب المتعاقدين في كل الأحوال على عدم مخالفته، سواء في إبرام العقد أو تعيين آثاره [2]، و قد تدخل استنادا إلى ذلك بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها ، مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدي .

[1] حمدي محمد اسماعبل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2007 ، ص204.

[2] نفس المرجع ، ص 208و 209 .

يعتبر النظام العام و الآداب العامة من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، فالنظام العام يعد ضابطا لحرية الأفراد في ترتيب علاقاتهم القانونية [1]، لذلك نجد أنه حتى و إن كان للإرادة سلطان في أن تختار أو تبرم عقدا من عدمه ، إلا أنه لا يجوز أن يسعى الفرد مستغلا حريته في المساس بالمصلحة العامة للجماعة. [2]

يمكن الحديث عن حرية التعاقد كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة فقط عندما يقتصر مضمونها على حرية إبرام العقد ، لذلك قد يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على الدخول في علاقة تعاقدية خارج رغبتهم ، كما هو الأمر في عقد التأمين ، حيث تعرض المشرع للتأمينات الإلزامية ، و ذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري. [3]

و في حالات أخرى يمنع الأشخاص من التعاقد ، و هذا نظرا إما لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها المشرع ذات أهمية ، و مثال ذلك منع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع أو اقتناء العتاد الحربي ، و هذا طبقا للمادة الأولى من الأمر المتعلق بالعتاد الحربي و الذخيرة ، التي تنص على أنه : " **يحظر عبر كامل التراب الوطني ... صناعة العتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة ... كما يحظر إستيراد ذلك و تصديره و المتاجرة به ، و اقتنائه ...**". [4]

[1] محمد علي عبده ، دور الشكل في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص36 و 37 .

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح ، مرجع سابق ، ص204 .

[3] بوفلجة عبد الرحمن ، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص70 .

[4] الأمر رقم 97 – 06 مؤرخ في 21 جانفي 1997 ، يتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة ، جريدة رسمية عدد 06 ، صادر في 22 جانفي 1997 .

القيد المتعلق بمشروعية المحل:

عرف **الدكتور العربي بلحاج** محل العقد بأنه: **" هو العملية القانونية التي تراضا الطرفان على تحقيقها و المحل يجب أن يكون موجودا أو ممكنا و معينا و مشروعا ".**

فالأصل عند التعامل في الأشياء هو الإباحة و جواز التعامل فيها و القيد الوارد عليها هو عدم جواز إبرام عقود يكون محلها غير مشروع باعتباره مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، فيمثل ذلك أحد القيود التي تقف أمام إرادة الأشخاص في التعاقد.

و هذا ما ضمنه المشرع في القواعد العامة المتعلقة بشروط تكوين العقد، أو في القواعد الخاصة بكل عقد من العقود المسماة، إذ نجد المشرع دائما يشترط مشروعية محل العقد و عدم مخالفته للنظام العام و الآداب العامة فنجد مثلا المادة **93** من ق.م.ج تنص على:" **إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام و الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا** " [1]. أي أنه لا يجوز للأشخاص مثلا: التعاقد على التجارة بالمخدرات أو التعامل في الحيوانات المصابة بأمراض معدية، أو مواد سامة، أو المتاجرة بجسم الإنسان أو أعضاءه، أو شراء أصوات الناخبين، لما يشكل ذلك مساسا بالنظام العام و الآداب العامة .

القيد المتعلق بمشروعية السبب :

في إطار تبني المشرع الجزائري النظرية الحديثة في السبب التي تنظر إليه باعتباره الغرض و الغاية غير المباشرة التي يرمي الأطراف الوصول إليها من التعاقد ، و نصه كذلك في المادة **97** من ق.م.ج على أنه : **" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا** " [2]، أي أنه لا يشترط في السبب إلا شرط واحد و هو أن يكون مشروعا من خلال عدم مخالفة الباعث و الغرض من التعاقد للآداب العامة [3] ، و في إطار تبني المشرع هذا التفسير فيعتبر بذلك قد وضع قيد

[1] القانون رقم 05-10 مؤرخ في جوان 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، ص22، 2005.

[2] نفس المرجع .

[3] بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا ، ألمانيا ، مصر ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص54 و 55 .

آخر على حرية الأشخاص في التعاقد ، حيث اعتبر أي عقد غرضه مخالفا للنظام العام و الآداب العامة عقدا باطلا بطلانا مطلقا ، فلا يجوز مثلا إبرام عقد إيجار بغرض استغلال العين المؤجرة لممارسات منافية للآداب العامة ، و لا يجوز مثلا إبرام عقد هبة بغرض دفع الموهوب له إلى ارتكاب جريمة معينة .

التركيز الموضوعي للرابطة العقدية:

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير **سافيني** [1]، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي **باتيفول**، و مؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية و التي يرجع فيها للقاضي 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 [2]، لذلك يرى **باتيفول** بوجود التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد و أحداثه الخارجية في كل حالة على حدا ، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، إنما تركز على العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية و ظروف التعاقد.

الفرع الثالث: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية

تنادي التشريعات الحديثة في مجال عقود التجارة الدولية بوجود ما يسمى بـ "النظام العام" الذي يعتبر من أبرز القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة [3]، فبالتالي تقيد حرية الأطراف بقيد النظام العام، إلى جانب مراعاة هيئة التحكيم لهذا الأخير حيث أن صدور القرار التحكيمي خلافا للقواعد المقررة و عدم

[1] خالد عبد الفتاح ، محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2002 ، ص126 .

[2] زروقي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، ط1 ، مطبعة الفسيلة ، الجزائر ، 2008 ، ص241 .

[3] عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، 2017 ، ص154 .

مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام تجعل الحكم التحكيمي عرضة للبطلان ، سواء من قبل المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع من تلقاء نفسها ، أو في حالة ما إذا تمسك الأطراف ببطلانه .

مصادر النظام العام تتعدد بين القضاء الوطني ، القضاء الدولي ، قضاء التحكيم ، إلى جانب المعاهدات و الاتفاقيات الدولية ، و التي تسهم جميعها في خلق قواعد هذا النظام. [1]

نجد أن معظم الدول تشمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي تحقق المصلحة العامة ، و تحمي المصالح الاقتصادية و الاجتماعية حتى الدينية من التجاوزات التي تلحقها عملية التحكيم من خلال اختيار الأطراف أو الهيئة التحكيمية للقانون واجب التطبيق [2] ، و مبتغاه أن يكون هذا الأخير غير مخالف لهذه القواعد القانونية ، فبالتالي استبعاد القانون المختص لحكم موضوع النزاع في كل مرة يتم فيها المساس بهذه الأخيرة .

اعتبار النظام العام قيد على سلطان إرادة الأطراف و على استقلالية المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق يفضي أن هناك قواعد آمرة في القانون الداخلي و قواعد آمرة في القانون الدولي ، الأمر الذي يدفع بنا إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي .

1- فالنظام العام الداخلي هو فكرة ترمي إلى حماية المجتمع الوطني والأسس الجوهرية التي يقوم عليها أياً كان الفرع القانوني الذي يستخدم فيه و مهما كانت طبيعة العلاقة القانونية المطروحة .

2- والنظام العام الدولي هو عبارة عن مجموعة أسس و قواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين ، و إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية .

[1] محمد بلاق ، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2012 ، ص49 و 50 .

[2] جارد محمد ، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2010 ،ص85 .

المبحث الثاني

الغش نحو القانون

قد تتفق الإرادة على أن القانون الأجنبي يكون هو القانون واجب التطبيق و رغم ذلك يتم استبعاده متى كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام في دولة القاضي ، غير أن هذه الوسيلة لا تعتبر الوحيدة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص ، إذ قد يحدث أن يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي متى ثبت له أن هذا الأخير لم يختص إلا نتيجة تحايل من قبل الأفراد ، و هذا ما يسمى بالغش نحو القانون. [1]

المطلب الأول

تعـــريف الغـش نحـو القـــانون

يعد القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون، و يعود ذلك إلى وجود تعاملات كثيرة مرتبطة بين مختلف الدول و هذا ينمي من مصالح علاقات الأفراد، فإذا وجدت قواعد الإسناد لا تتفق مع مصالح الأطراف الخاصة فيتعمدون لتجنبها و ذلك بتغيير قواعد الإسناد في عناصر العلاقة القانونية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول : التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون

رأت فكرة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي النور عام 1876 عندما عرضت قضية الأميرة **دي بوفرمون** [2] على القضاء الفرنسي ، و تتلخص وقائع هذه القضية المشهورة في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي **دي بوفرمون** و استقرت معه في فرنسا و اكتسبت الجنسية

[1] بن عصمان جمال ،مطبوعة في مقياس القانون الدولي الخاص ، السنة الثالثة قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية تلمسان ، الجزائر ، 2015/2014 ، ص32 .

[2] أمينة رايس ، النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري ، المركز الجامعي العربي بن مهيدي أم البواقي ، الجزائر ، 2007/2006 ، ص11 .

الفرنسية ، و على إثر خلاف نشب بينهما حاولت الأميرة الفرنسية بلجيكية الأصل الحصول على الطلاق، و حيث أن القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فقد لجأت الأميرة إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية [1] التي يجيز قانونها الطلاق ، و تمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول الأمير **دي بوفرمون** و تزوجت بأمير روماني يدعى **بيبسكو** في برلين و من ثم استقرت معه في فرنسا [2]، و عندها قرر الأمير الفرنسي- زوجها الأول-إقامة دعوى يطالب فيها بإعلان بطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، و فعلا تمت إقامة الدعوى بمراحلها إلى أن وصلت محكمة النقض الفرنسية التي قررت في قرارها الصادر بتاريخ 1878/03/18 عدم الاعتراف بالتطليق الذي تم بالخارج وإعلان بطلان الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، و هو ما يشكل غشاً نحو القانون . و منذ ذلك التاريخ و إلى يومنا هذا لا تزال الفكـرة قيد الدراسة و التطـوير و الشـرح والتفسير.

و منذ عرضت تلك الدعوى الشهيرة على القضاء في فرنسا ، استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بفكـرة الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبـيق القـانون الأجنبي ، و قد أفسح لهذه النظرية مجالاً للتطبيق لم تحظ به في أغلب الدول و الأنظمة القانونية حول العالم ، و قد كان الأبرز في معالجة هذه المسألة و الاجتهاد فيها و ضبطها ، مما أثر في الدراسات التي تتناول هذا الموضوع ، فلم تعرف أغلب الأنظمة الأنجلوسكسونية هذا المبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص ، و لذا كانت أبرز المراجع التي تتحدث عن هذا الموضـوع مراجع فرنسية أو متأثرة بالمدرسة القـانونية الفرنسية. [3]

وقد أخذ القضاء في دول مثل بلجيكا و إيطاليا بهذه النظرية مع تضييق نطاق تطبيقها بينما كان تطبيقها في دول أخرى كألمانيا نادرا جدا، أما في البلاد الأنجلوسكسونية فإن الفقه لم يهتم بها إطلاقا و

[1] عبد الرسول كريم أبو صبيع ، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد ، مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد 19 ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، العراق، 2010 ، ص92 .

[2] عبد الرسول كريم أبو صبيع ، نفس المرجع السابق ، ص92 .

[3] أمينة رايس ، مرجع سابق ، ص12 .

من النادر أن نجد تطبيقها لها في القضاء، كما أن بعض الدول مثل سويسرا عالجت هذه المشكلة بنصوص تشريعية في حالات محددة دون أن تضع لها قاعدة عامة . أما في الجزائر فقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب نص المادة 1/24 من ق.م.ج:" **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...**". [1]

الفرع الثاني: المقصود بالغش نحو القانون

يقصد بالغش نحو القانون التحايل على ضابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق ، فمثلاً في الوقت الذي كان فيه القانون الإسباني يمنع الطلاق ، قام اسباني بتغيير جنسيته و الحصول على جنسية فرنسية فقط ليخضع لأحكام هذا القانون و يحصل على الطلاق، و لاشك أنه يعتبر بمثابة تحايل و غش نحو القانون الإسباني و هو القانون الذي كان واجب التطبيق أصلاً لو أن الشخص لم يقم بتغيير جنسيته ، و ترجع تطبيقات فكرة الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي في قضيته الشهيرة (قضية الأميرة **دي بوفرمونت**) ، كما أخذ المشرع الجزائري أيضا بفكرة الغش نحو القانون ، حيث قضى في المادة 24 من ق.م.ج [2] بعدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص نتيجة غش نحو القانون .

تناول الفقه تعريف الغش نحو القانون فعرفه البعض على أنه : " **قيام الفرد بإرادته بتغيير ظرف الإسناد قاصداً تطبيق قانون هو غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع**". [3]

[1] المادة 1/24 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 44، ص20 ، 2005 .

[2] عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان ، 2004 ، ص 75 .

[3] نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2005 ، ص45 .

كما عــرفه الفقيه الأمريكي **مارتن ولف** على أنه : " **هـو قيام الأطراف – في علاقة قانونية – الذين يرغبون بإحداث آثار قانونية معينة محظورة في القانون الذي يخضعون له بخلق تغيير بطريقة اصطناعية و غير طبيعية يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد في العلاقة** ". [1]

كما عرفه البعض على أنه: " **ذلك الدفع الذي يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفا خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا و العمل بأحكام هذا القانون في النهاية** ". [2]

الفرع الثالث: شروط الدفع بالغش نحو القانون

بالرجوع إلى المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من ق.م.ج السالفة الذكر لم يتعرض لهذه الشروط، غير أن بعضا منها قد تفهم من خلال ألفاظ النص و البعض الآخر يستنتج من خلال مضمونه و هو الحاصل في جل النصوص القانونية التي تناولت موضوع الغش في مختلف التشريعات [3] و كسبب لمتمسك بالدفع نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، يجب توافر مجموعة من الشروط منها:

أولا: الشرط المادي للغش نحو القانون

و تكون في حالة قيام الأطراف باصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني مع أنها في الأصل علاقة وطنية محضة، أو القيام بتغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية لتتحول إلى علاقة وطنية، يحكمها القانون الوطني، و في الحالتين هناك تحايل على القانون

[1] Martin Wolff , private international law , 2 Ed , university press , Oxford , 1950 , p140 .

[2] Albert A. Ehrenzweig , private internationa law , vol 3 , oceana publications , 1997 , p 78 .

[3] بخروفة حمزة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من ق.م.ج ، دراسة مقارنة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سطيف 02 ، الجزائر ، 2014/2013 ، ص129 .

كما يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون ، أن يتوافر الشرط المادي في الغش و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد ، و يكون ذالك بتغيير الجنسية أو الموطن. [1]

كما سبقت الإشارة، يتوقف تغيير ضابط التنازع على إرادة الأطراف، بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص أصلا بحكم النزاع، إذ يقوم الغش بتغيير ضوابط الإسناد التي يتحدد بها القانون المراد تطبيقه، و يمكن تحقق هذا الأمر إلا في الحالات السهلة التغيير أي التي يستطيع الأطراف تغييرها، و لتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير إراديا و فعليا و مشروعا. إراديا كما سبق الذكر بإرادة الأطراف ،كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه، و فعليا بمعنى ليس صوريا و سليما من الناحية القانونية و إعمالا لذلك يذهب الفقه إلى أن الموطن بوصفه ضابط الإسناد لا يعتد به إلا إذا كان يتفق و حقيقة الواقع ، فإذا أرادت شركة التهرب من بعض أحكام قانون القاضي بوصفه قانون مركز إرادتهما الفعلي فاتخذت مركزا صوريا للإرادة في دولة أخرى لتخضع لقانون تلك الدولة تخلصا من أحكام قانون القاضي فان الاختصاص لا يتغير في هذه الحالة و ذالك لكون أن العبرة في تحديد النظام القانوني للشخص الاعتباري بمركز إرادتهما الرئيسي و الفعلي ، و بالتالي لا يكون أمام القاضي سوى تجاهل الوضع الظاهر و الاعتداد بالوضع الحقيقي ، لذالك يقال أن الدفع بالغش نحو القانون دفع احتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا كعلاج أخير في الحالة التي لا يكون في المتناول أي وسيلة أو طريقة لإبطال التصرف القانوني. [2]

[1] رحاوي أمينة ، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص96 ، منقول عن حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1 ، الكتاب الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 ، ص383 .

[2] بخروفة حمزة ، مرجع سابق ، ص133 .

و أن يكون مشروعا، بمعنى أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعة، فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طـريق التزوير، ففي هذه الحالة لا حاجة لاستعمال الدفـع بالغـش، على أساس أن الوسيلة غير مشروعة و تكون العبرة بالجنسية الأولى. [1]

ثانيا: الشرط المعنوي للغش نحو القانون

و هـو ما يصطلح عليه أيضا بتـوافـر نية الغـش نحـو القـانون و يقصـد به نية التحايل و التهرب من أحكام القـانون الواجب التطبيق على العلاقة القـانونية. إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قـام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله، إلا أن بعض الفقهاء رأوا بعدم وجـوب تقيد بشرط وجود النية، واعتبار الغش قد وقع لمجرد إجراء عملية تغير ضابط الإسناد المقترن بملابسات و ظروف خارجية، و يضربون لذالك مثال كقيام مواطنين سياح في دولـة أجنبية خلال فترة إقامتهم بها إبرام عقد هبة بينهم في إقليم هذه الدولـة الأجنبية دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولـة بالذات، فيمكن حسب رأيهم استخلاص عملية الغش نحو قـانونهم الوطني للسعي من اجل عدم خضوعهم لـه و الرغبة في الخضوع للقـانون الأجنبي المتعلقة بعقد الهبة. [2]

و لا شـك أنه من الصعوبة البحث عن نية الغش و إثباتها، لا سيما و أن القـاضي يتوقف عند الوقائع و ليس النوايا، و في كل الأحـوال لا تعني صعوبة إثبات نية الغـش استحالته إذ يمكن للقـاضي استكشاف هذه النية بالرجوع إلى ظروف القضية و ملابساتها، فمثال في قضـية الأمـيرة " **دي بوفرمون**" السابقة الذكـــر، انكشفت نية الغـــش لديها بشروعها بإجراء التطليق من زوجيا مباشرة بعد اكتسابها الجنسية الألمانية. [3]

[1] دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2007/ 2008 ، ص117 .

[2] أحمد دغيش ، محاضرات الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، جامعة بشار ، د.س.ن ، ص37 .

[3] رحاوي أمينة ، مرجع سابق ، ص98 .

إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء و ما استقر عليه القضاء الحديث هو الأخذ بهذا الشرط بحيث يستخلص الباعث من الغش من طرف قضاة الموضوع باعتباره من مسائل الواقع ، إلا أن تقدير الأثر المرتب على الغش يشكل مخالفة للقانون يقع تحت رقابة محكمة القانون و في ذلك ضمانات كافية لحماية حقوق الأفراد .

و من خلال توضيح الدراسة لمضمون شروط الغش نحو القانون ، يستنتج بأن تحايل الأفراد على القانون يعتبر غشا ضد قواعد التنازع التي أشارت إليه ، مما يدعو إلى ضرورة محاربته بكل أشكاله .

المطلب الثاني

أثر الغش نحو القانون على مبدأ سلطان الإرادة

نشب اختلاف حاد حول الأثر المترتب على نظرية الغش نحو القانون و حدود الجزاء المقرر في حالة ارتكاب الغش ، قد يتبين للقاضي أن القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد ، ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص حقيقة ، لهذا استقر الفقه و القضاء في غالبية الدول على سد الطريق أمام تحايل الخصوم بهذا النحو و ذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه نتيجة لهذا التحايل أي حكم العلاقة بالقانون الوطني بإعادة الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق أصلا أي تطبيق القانون الذي عمد الأطراف التهرب منه ، فيتضح أن هناك أثران أحدهما سلبي و الآخر إيجابي [1] .

جزاء الغش نحو القانون :

بما أن الغش نحو القانون يتم بتغيير أحد أطرف العلاقة لضابط الإسناد بقصد التحايل على القانون، و هذا التغير قد يأتي بمجموعة من الآثار، و التي حددت بأثرين، احدهما سلبي و الأخر ايجابي ونتطرق لهما كالآتي:

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2005 ، ص224 .

الفرع الأول: الأثر السلبي (استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص)

إن الفقهاء اختلفوا حول الأثر السلبي، هل يكمن في النتيجة فقط أو النتيجة والغاية معا و كل من هؤلاء برهنوا أقوالهم و ذلك بإعطاء قرائن توضح اتجاهاتهم.

أولا: عدم نفاذ النتيجة فقط

و في هذا الصدد نجد أن هذا الاتجاه يستبعد ترتب الجزاء على الوسيلة وقصر الجزاء على النتيجة وحدها.

يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص للتوصل إليها حينما قام بتغيير ضابط الإسناد ، ففي قضية الأميرة " **دي بوفرمون**" يقتصر الغش على نفاذ الطّلاق و الزواج الثاني و هي النتيجة إلى هدفت إلى تحقيقها حينما قامت بتغيير جنسيتها للإفلات من أحكام القانون الفرنسي و يبقى تجنس الأميرة منتجا لآثاره القانونية في خارج حدود القضية ، فيجوز الدفع بهذا بالتحايل حتى و لو كان التمسك بهذا الدفع طرفا في الغش ، فإن تواطؤ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية للتوصل إلى الحكم بالطلاق بينهما و حصلا على الطلاق، ثم تزوج أحدهما للمرة الثانية ، فإنه يجوز للزوج الأول أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق والزواج الثاني في مواجهته [1] ، فهذا يبين أن النتيجة وحدها هي من تعتبر غير مشروعة في حين أن الوسيلة تمت بطريقة صحيحة و سليمة تماما ، و لا تنطوي عليها أي مخالفة للقانون [2]، ففي القضية المذكورة أعلاه التصرف الذي قامت به طبقا للجنسية الألمانية صحيحا ، لكن لا يتم الاعتراف بآثارها بتغيير ظروف الإسناد فتبقى خاضعة للقانون الفرنسي رغم حصولها على الجنسية الألمانية فلا تتدخل المحكمة بالجنسية بل لا تعترف بآثارها فقط [3]، فإن أثر إعمال نظرية الغش في نظر هذا الجانب في الفقه

[1] هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص222.

[2] علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص165.

[3] ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، داؤ الثقافة عمان ، الأردن ، 2005 ، ص212.

ينصب على استبعاد تطبيق القـانون الذي ثبت لـــه الاختصاص وفقا لضابط المفتعل فيم يخص النتيجة فقط ، و إعادة الاختصاص إلى القـانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه. [1]

فأثر الغش يعتبر أثر حلولي استبدالي ، بمعنى أن القـانون المختص أصلا يحل محل القـانون الذي حاول الأفراد تطبيقه بعد تلاعبهم بضابط الإسناد فيما يخص النتيجة غير المشروعة فقط [2] فهناك نجد جانب من الفقهاء ركزوا على القول أن :" **بأن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى التوصل إليها حينما قام بالتغيير الذي أدى إلى التأثير في ضابط الإسناد ، إذا كانا بصدد تغيير الزوجة لجنسيتها لهدف التوصل إلى استصدار لحكم بالتطليق على خلاف القـانون الذي كان يجب تطبيقه ، فإن أثر هذا التحايل يقتصر على عدم نفـاذ هذا الطلاق دون أن يتطرق إلى الجنسية الجديدة ذاتها التي تبقى منتجة لآثارها القـانونية فيما يتصل بأي مسألة أخرى خلاف النزاع المذكور**". [3]

يستند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج لتبرير ما اتجهوا إليه ، أن محكمة النقض الفرنسية في هذا الرأي ، قـد اقتصرت في حكمها في قضية الأمـــيرة "**دي بوفرمون**" على اعتبار أن تطليقها و زواجها الثاني عديم الأثر في فرنسا ، و لم تحكم ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية. [4]

[1] هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص223 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص325 .

[3] صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية و تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، د.س.ن ، ص247 .

[4] نفس المرجع ، ص249 .

من طبيعة الدفع بالغش: فالدفع بالغش نحو القانون الدولي الخاص يختلف عنه في القانون الوطني فهو في الأول وسيلة احتياطية لحماية قاعدة التنازع و يجب استعمالها في الحدود التي تؤدي إلى تحقيق تلك الغاية. [1]

وهناك مبدأ عدم الاختصاص فالقاضي الوطني غير مختص بالحكم بإبطال الإجراء الذي تم تغيير ضابط الإسناد فيه لا سيما التجنس و خاصة حينما يتم بوسيلة مشروعة. [2]

لقد أنتقد هذا الاتجاه على أنه مبالغ فيه ، فالشخص الذي يكتسب جنسية جديدة قد فعل ذلك بهدف التحايل من أحكام قانون جنسيته الأولى و ذلك للوصول إلى شيء معين و فقط ، ثم لم تعد هناك أية مصلحة للاستمرار في الجنسية الجديدة بسبب زوال الدافع الذي أدى إلى تجنسه لها و هو القيام بالتصرف الذي حكم عليه بعدم النفاذ و هذا يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثار متناقضة فالذي تجنس بالجنسية الجديدة و قام بالتحايل يبقى يخضع للقانون الذي تحايل عليه و تهرب من أحكامه بالنسبة لنتائج التي أرادت تحقيقها من خلال تلاعبه بضابط الإسناد و في نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى و لا يحقق استقرار المراكز القانونية. [3]

ثانيا : عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة

إن هذا الاتجاه جاء عام بحيث رتب على جزاء الغش عدم نفاذ كل من الوسيلة و النتيجة و برر اتجاهه بقرائن مختلفة .

يرى جانب آخر من الفقهاء أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء التغيير في ضابط الإسناد فقط ، بل يمتد أيضا إلى الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى نتيجة غير المشروعة [4] ، فأثر الغش في قضية الأميرة **"دي بوفرمون"** لا يقتصر على عدم نفاذ الطّلاق

[1] صلاح الدين جمال الدين ، نفس المرجع ، ص247 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3] جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 ، ص234 .

[4] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص241 .

و الزواج الثاني الذي أبرمته الأميرة وفقا لقانون جنسيتها الجديدة ، بل لا بد من القول بعدم الاعتداد بالتجنس بالجنسية الألمانية و هي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة إلى الطّلاق من زوجها الأول [1] ، فتبقى بذلك فرنسية بالنسبة لتنازع القوانين و إنما أيضا بالنسبة لحجم الحالات الأخرى [2] ، و قد اتجه هذا الوفد من الفقهاء إلى مجموعة من البراهين منها :

أن الغش يفسد كل شيء فالدفع بالغش نحو القانون يقوم على فكرة معروفة في القانون الداخلي هي أن الغش يفسد كل شيء حتى و إن كانت الوسيلة المستعملة مشروعة في ذاتها ، فإن النية المصاحبة لها تفسدها ذلك أن الغاية لا تبرر الوسيلة و بالتالي لا يمكن الفصل بينهما [3] ، كما أن شمولية جزاء الغش للوسيلة و الغاية معا قد يجنب الأفراد مضاعفة الجزاء الذي و إن حدث سيكون بدون وجه حق فالأميرة "**بوفورمون** " أرادت فقط التهرب من أحكام القانون الفرنسي التي تمنع الطلاق ، فلماذا يمتد الجزاء إلى آثار لم تكن تبحث عنها، فالأصل أن جزاء الغش يقتصر على الأثر الذي وقع التحايل من أجله دون غيره. [4]

كما لو اقتصرنا على عدم الاعتداد بالنتيجة مع استمرار الاعتداد بالوسيلة لوصلنا إلى معاملة الشخص المستفيد من الغش ، وفق قانون ما بصدده النزاع المعروض ثم معاملته وفق قانون آخر في المسائل الأخرى و هذا ما يؤدي إلى الازدواجية في معاملته و هذا يؤدي إلى تناقض الأحكام والمراكز القانونية ، بينما عدم الاعتداد بالوسيلة و النتيجة معا إلى أن يكون الحل واحد في جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون جنسيته أو موطن واحد [5] ، ففي هذا الاتجاه نلاحظ أنه إذا تم، الغش عن طريق قيام المتحايل بتصرفات قانونية كالتجنس بجنسية جديدة مثال فهنا تندمج الغاية بالوسيلة و من ثم لا يمكن

[1] هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص221 .

[2] أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 ، ط10 ، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص.197

[3] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص248 و 249 .

[4] أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ص197 .

[5] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص294 .

الفصل بينهما فإذا تم إبطال الإجراء القـانوني فستبطل كـل التصرفات المبنية عليه [1]، أما إذا تحقق التحايل بواسطة تصرف مادي فإذا غير شخص الموقع المنقول تهربا من الأحكام الآمـرة في قـانون الموقع الأول بالنسبة للحق العيني المترتب على المال فإن إعمال نظـرية الغش ينحصر في عـدم الاعتداد بهذا التغيير وتطبيق أحكام قـانون المـوقع الأول الذي كان مختصا أصلا بحكم النزاع ، أما في خارج هذه الحـدود لا يجـوز الاعتداد بالموقع الجـديد فيعتبر شمولية الجـزاء للوسيلة والغـاية معا فيقتصر أثر الغـش على الغاية الغير المشروعة فقط أما الوسيلة فلا يمكن أن يكون أساسها الجـزاء ، أما إذا استجد أمام القضاء بعد ذلك نزاع يتعلق بما أصاب هـذا المنـقول من تلف نتيجة لخطأ الغير ، فقـانون المـوقع الفعلي الذي حدث فيـه الفعل الضار هو الذي يحكم بالمسؤولية التقصيرية في هذا الغرض. [2]

نرى أن جزاء الدفع بالغش نحو القـانون لا يكمن في الوسيلة المستخدمة للوصول إلى النتيجة وحـدها من تغيير غير مشروع ، ما دام أن الوسيلة قد تمت بطـريقة صحيحة و تامة لا تشوبها أي مخالفة قـانونية فإن الرأي الصائب و المترتب على أثر الغش نحـو القـانون هو عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي تم الوصول إليها من جراء التغيير في ضابط الإسناد .

الفرع الثاني : الأثر الإيجابي : تطبيق القـانون المختص أصـلا و الذي قصـد الأطراف التهرب منه

إن أثر الغـش ينصب فقط على استبعاد القـانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المفتعل و إعـادة الاختصاص إلى القـانون الذي تهرب الشخص من أحكامه [3] ، فيجب إبطال الاختصاص المتأتي عن الغـش و إحلال القـانون المبعد بسبب الغش مكانه بصورة كاملة [4] ، فهذا الاستبعاد للقـانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه فيجب إعادة الاختصاص إلى القـانون الـذي أرادوا التهرب من أحكامه

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون ، مرجع سابق ، ص224 .
[2] هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص224 .
[3] نفس المرجع ، ص266 .
[4] حسن الهداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ، مرجع سابق ، ص212 .

لأنه يثير فـــراغ قـانوني [1] ، و ذلك لدرء الاعتـداد على قاعـــدة التنـــازع الوطنية و إعادة سلطانها بتطبيقها على النحو الذي كان عليه أن يطبق إذا لم يحدث تلاعب بضابط الإسناد. [2]

فلما كانت قـاعدة التنازع توصف بأنها قاعدة مزدوجة، يعني أنها قـد تشير في الاختصاص قـانون القاضي أو تشير إلى اختصاص قـانون أجنبي آخر ليحكم النزاع، فإن الأثر الإيجابي لإعمال الدفع بالتحايل قد يؤدي إلى حلول قـانون القاضي محل القـانون المستبعد أو يؤدي إلى حلول قـانون أجنبي محله [3]، فيجب تطبيق قـانون المحكمة بدلا من القـانون الأجنبي لمخـالفة الأسس العـامة للقـانون في دولـة محكمة النـزاع. [4]

و بهذا يكون الأثر الايجابي قـــد لحق بالأثر السلبي و طبق القـانون الوطني بدلا من القـانون الأجنبي الذي لا تتفق قواعده مع النظـام العام للبد الذي يراد تطبيقه.

إن الأثر الإيجابي متابع للأثر السلبي لسد الفراغ التشريعي الذي يتركـه استبعاد القـانون المصطنع وإسناد الاختصاص للقـانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يتم تغيير ضابط الإسناد. [5]

و بالتالي فإن للغـــش نحـــو القـانون أثر سلبي ينطوي على استبعاد تطبيق القـــانون الأجنبي الذي قصد المتحايل تطبيقه بالغش نحو القـانون، و تطبيق القـانون الأصلي الذي نصت عليه قاعدة الإسناد في الوقت ذاتـــه، فإن الأثر الإيجابي ما هـــو إلا نتيجة مترتبة على الأثر السلبي للغش نحـــو القـانون.

[1] عامر محمد الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة عمان ، الأردن ، 2010 ، ص370 .

[2] نفس المرجع ، نفس الصفحة

[3] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص250 .

[4] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص و المقارن ، تنازع القوانين ، ج1 ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 1998، ص212 .

[5] حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998 ، ص191 و 192 .

المبحث الثالث

عقود الدولة الاقتصادية

تعتبر الاستثمارات الأجنبية الوسيلة الوحيدة لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في الدول النامية[1]، نتيجة لذلك فهي تلجأ إلى إبرام اتفاقيات أو عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب في إطار ما يسمى بعقود الدولة، التي تعتبر عقد دولي تخضع الأحكام القانون الدولي الخاص، خلافا لاتفاقيات تشجيع و حماية الاستثمارات التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام و التي تعتبر كمعاهدة.[2]

المطلب الأول

تعريف عقود الدولة الاقتصادية

يعبر العقد عموما عن توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني، يتمثل في التزام شخص أو أكثر مواجهة شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، مقابل تعويض مادي أو عيني و ينطبق هذا أيضا على عقود الدولة، و التي تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها و بين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري.

و يتجه الكثير من الفقه للتفرقة بين نوعين من عقود الدولة، و يتمثل النوع الأول في العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها و لا تظهر فيها بمظهر السيادة و لا تمارس فيها امتيازات السلطة العامة، أي أن هذا النوع يخضع للأحكام العامة التي تحكم عقود التجارة الدولية. بينما النوع الثاني هو الذي يمتاز ببعض الخصوصية، بالرغم أن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية

[1] بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي و الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب، البليدة، 2005 ،ص 21.

[2] معيفي لعزيز، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 89.

التابعة لها هي التي تبرم العقد و تكون طرفا فيه، لكنها تظهر فيها بمظهر السيادة و السلطة العامة، فمن خلال هذه الامتيازات تتمكن من تحقيق بعض أهدافها. [1]

الفرع الأول : تأصيل مفهوم عقود الدولة

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة، و أصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل اهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين، و لعل أحكام محاكم التحكيم، و كذا مجهودات المنظمات الدولية التي كرست لجان متخصصة و التي أوكلت لها مهمة دراسة و إيجاد الحلول لمثل هذه العقود، ساهمت في بلورة أحكام خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية. [2]

و لقد ولد هذا المصطلح منذ سبعينيات القرن الماضي، و الذي جاء بمفهوم دقيق، لنوع معروف من العقود ليس فقط على صعيد القانون الدولي، بل على مستوى القانون الداخلي، و لكن هذه العقود بدأت اليوم في التغير، و الذي جعل هذه الطائفة من العقود تتراوح بين العقد الإداري الداخلي، و العقود المبرمة بين الدول المنتمية إلى النظام القانوني الدولي. [3]

و يرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل إنجليزي، و يقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية و لعل **الأستاذ قادري عبد العزيز** يرى أنه مما يعاب على هذه التسمية هو أنها تبرز أحد طرفي العقد فقط، ويرى أن تسمية عقد الدولة إلى جانب عبارة العقد الدولي هي الأكثر صحة مع أنها قد تدخل بعض الغموض بما تحتوي عليه من إيحاء إلى العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام لكن العبارة قد شاعت و كرست في المعاملات الدولية على أنها تعني العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصين الذين يكون مقر سكناهم أو تمركزهم التجاري في دول غير الدولة المتعاقدة.[4]

---

[1] بن أحمد الحاج، دروس في عقود الدولة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ص4 .

[2] عوض الله شيبة الحمد السيد ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص1 .

[3] Berlin Dominique , Contrat d'etat , recueil Dalloz , 2 èm année , 15 Avril 1998 , p 02 .

[4] قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية " عقود الدولة le contrat d'etat " ، مجلة إدارة ، ع1 ، رقم 07 ، 1997 ، ص32 و 33 .

الفرع الثاني : التعريف الفقهي لعقود الدولة

لقد عرف الفقيه **"جون بيار ريغلي"** عقود الدولة بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام : طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة و شخص طبيعي أو اعتباري و تتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل و بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج و تصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يقتضي بإنشاء تجهيزات ضخمة و استثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا .

كما أنه اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها. [1]

أما الأستاذ **"ماك ناير"** فقد عرف عقد الدولة من خلال تعداد العناصر المميزة للعقد ، فاعتبر أن : **"عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة ، طويلة المدة ، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي و تتضمن شرط تحكيم و تخضع في جانب منها للقانون العام ، و في الجانب الآخر للقانون الخاص ".** [2]

الفرع الثالث: التعريف الضيق و التعريف الواسع لعقود الدولة

" لقد اختلف الفقه كعادته حول تحديد تعريف واحد لعقود الدولة حتى و إن أجمع على أنها من قبيل العقود غير المسماة، و أن أحد أطرافه يتمثل دائما في الدولة، و لعل السبب في ذلك الاختلاف هو تعدد العقود التي تبرمها الدولة من جهة، و حداثتها نسبيا إذا ما قورنت بالعقود المعتادة من جهة أخرى". [3]

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص61 و 62 .

[2] هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم اللدولي ، ط1 ، منشورات الحلبية الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص40 .

[3] بن أحمد الحاج ، دروس في عقود الدولة ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، الجزائر ، ص6 .

كذلك الاختلاف في إن كانت الدولــة ذاتها طرفا في العقد (عندما لا تتولى الدولة بنفسها إبرام العقد مع الطرف الأجنبي) أو عندما يتم إبرام العقد بواسطة إحدى أجهزتها أو مشروعاتها فهل يمكن القول أن هذا العقد ضمن طائفة العقود التي تسمى عقود الدولة.

أولا : التعريف الضيق لعقود الدولــة

يقصر هذا الاتجاه عقــود الدولــة على "العقود التي تقوم الدولة بنفسها بإبرامها من خلال من يمثلها كالوزير أو رئيس الدولة ، حيث يتم التعاقد باسم الدولة و لصالحها من طرف الشخص المخول قانونا لذلك [1] ، فعقود الدولة هي تلك العقود التي تقوم بإبرامها الدولة مع طرف أجنبي، أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى فإنها تعد عقودا من عقــود التجارة الدولية التقليدية ، و لا تدخل في فئة عقود الدولــة من خلال هذا الإتجاه. [2]

و بالتالي فان عقود الدولة هي مصطلح ينصرف إلى العقود التي تبرمها الدولة بنفسها عن طريق من يمثلها فقط، أما العقود التي يتم إبرامها من خلال شخص اعتباري عــام ، فإن هذه العقود لا تعتبر عقود دولة بالمعنى الضيق بل مجرد عقود تجارة عادية .

و هذا المفهوم هو الذي لا يشمل إلا الدولة بمفهومها الضيق أما المفهوم الثاني و الذي يعد أكثر إتباعا و هــو الذي يلحق بالدولــة بمفهومها السابق تقسيماتها السياسية و الإدارية ووحداتها الاقتصادية.[3]

و إن كان هذا الاتجاه مهجورا من قبل الفقه، إلا أن الأخذ بالمعيار المضيق لتحديد نطاق عقــود الدولة قد يكون له دوافع عملية و قانونية، بغية تفادي ما قد يثيره تبني المعيار الموسع من مشاكل خاصة، من بينها تحــديد المعيار أو المعايير التي نعتمد عليها لمعــرفة ما إذا كان الجهــاز المتعاقد مع

[1] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص6 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 ، ص42 .

[3] صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، عقود نقل التكنلوجيا ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2005 ، ص311 و 312 .

الطرف الأجنبي يعد جهازا تابعا للدولة و يعمل لحسابها على نحو يسمح بإدراج العقد الذي أبرمه في عقود الدولة. [1]

خصائصه: [2]

1- تبرم هذه العقود باسم الدولة إما عن طريق رئيسها أو رئيس الحكومة فيها .

2- يتم نشر هذه العقود في الجريدة الرسمية أحيانا .

3- تنص هذه العقود على أنه يحق للطرف الأجنبي ممارسة بعض الحقوق المخصصة للدولة ، و أن هذه الأخيرة تضمن التصرفات الاستثنائية و التي لا يمكن للطرف الخاص ضمانها .

4- لا تتضمن هذه العقود أية إشارة للقانون الذي أسندت إليه .

5- يتم الفصل في النزاعات الناشئة بين الطرفين عن طريق قضاء التحكيم .

6- تستبعد هذه العقود تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد ، و كذا اختصاص محاكمها .

7- لا تحدد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم، وقد تشير إلى إعمال المبادئ العامة في القانون أو القانون الدولي .

ثانيا : التعريف الموسع لعقود الدولة

يذهب الأستاذ "**جون بيير ريغلي**" إلى القول بأن عقود الدولة هي: "**كل العقود التي يكون طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة أو شخص طبيعي أو اعتباري، و تتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل و بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما**

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها، مرجع سابق،ص42.
[2] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص6 و 7 .

أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج و تصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة و استثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا"[1].

و قد أكد قضاء التحكيم أن العقد المبرم بين إحدى الشركات الإيرانية و بين شركة أجنبية أخرى تعمل في مجال البترول يعد من عقود الدولة الاقتصادية مبررا ذلك بأن الشركة الإيرانية ما هي إلا جهاز من أجهزة الدولة و كلفتها بجميع الشؤون البترولية نيابة عنها (أي أنها تتعاقد باسم و لحساب الدولة الإيرانية) . و هذا اعتراف بصحة الاتجاه الموسع لعقود الدولة الاقتصادية. [2]

و هو الاتجاه الراجح و وفقا له يشمل مصطلح عقود الدولة ليس فقط العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها عن طريق من يمثلها ، و لكن علاوة على ذلك ، العقود التي يقوم شخص اعتباري أنشأته الدولة لكي يقوم بممارسة اختصاص على صعيد العلاقات التجارية الدولية هذا الاتجاه لتأكيد وجهة نظره استند إلى المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار:" **يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز...**". [3]

و هذا ما يفضي إلى أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يختص فقط بالنظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها فقط بل يمتد اختصاصه ليشمل كل المنازعات حتى التي يكون أحد أطرافها مشروعا أو جهازا تابعا للدولة بشرط أن تحدده هذه الأخيرة ليمثلها في علاقاتها الاقتصادية التي تبرمها. [4]

[1] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص7 .
[2] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص8 .
[3] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص7 .
[4] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص7 .

خصائصه : [1]

1- من حيث أطرافها : كما سبق ذكر أن الطرف الأول في المعادلة هو الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بما تتمتع به من سلطة و امتيازات ، أما الطرف الثاني فهو الشخص الأجنبي الذي بالرغم من قوته الاقتصادية فلا يتمتع بأية سيادة أو امتياز ، و يعد من أشخاص القانون الخاص .

2- من حيث ذاتية عقود الدولة : فهذه الذاتية مستمدة من :

- السبب الدافع لإبرامها : فمن طرف الدولة السبب هو تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ... ، و من الطرف الأجنبي هو تحقيق الأرباح .

- المحل الذي ترد عليه : يتميز المحل بتنوعه لتنوع العقود التي تبرمها الدولة ، فمنها عقود نقل التكنولوجيا ، عقود المساعدة الفنية ، عقود المقاولات العامة و غيرها .

و تبعا لذلك يمكن تعريف عقود الدولة الاقتصادية على أنها :

" هي تلك الاتفاقيات التي تتم بين الدول أو مشروعاتها من جهة و شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص من جهة ثانية ، و ذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدول و الحصول على الربح بالنسبة للطرف الأجنبي ، و تنصب على نشاطات اقتصادية غير معتادة ، كما تتضمن شروطا غير مألوفة تعكس خصوصيتها القائمة على عدم التكافؤ القانوني الذي يرجح لصالح الدولة و عدم التكافؤ الاقتصادي الذي يرجح لصالح الطرف الأجنبي" [2] .

[1] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص8 .

[2] بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص9 .

المطلب الثاني

أثر تواجد الدولة كطرف على مبـدأ سلطان الإرادة

أمـام تطـور التجارة الدولية و التدخل المتزايد للدول في مجالات المعاملات الاقتصادية، خاصة في الدول النامية محاولة منها لتنمية و استغلال ثرواتها الوطنية، أصبحت الدولـة تبرم عقـود دولـة مع الأشخاص الأجانب لتنفيذ هذه الأعمال.

إن الطبيعة الخاصة لعقـود الدولـة و عـدم المساواة بين المتعاقدين لكون الطرف الأجنبي يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة (الربح) ، بينما تسعى الدولـة لتحقيق المصلحة العامة . مما يقتضي ترجيح كفـة الدولـــة في مواجـــهة المتعاملين معـها في بعـض الأحيان، و من مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الدولـة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و أن تقوم بتعديل عقودها لتتمكن من تلبية حاجاتها و تحقيق التنمية التي تسعى إليها من خلال إبرامها لهذه العقـود.

تؤدي عقـود الدولـة إلى إعطاء هـذه الأخيـرة طائفة من الحقوق التي تمكنها من الرقـابة على الطـــرف الأجنبي أحيانا ، و التي تبرز في أحيان أخـــرى وضعها المتميز في هـــذه العلاقة التعاقدية ، بحيث يكـــون لها الحـــق في الإشراف و الرقابة على أعمال الطـرف الأجنبي المتعاقد معها و الحق في تعديل العقد أو فسخه و الحق في إنهاء العقد .

الفرع الأول : أثر تواجد الدولـة في تعديل بنود العقد أو إنهائه

تحرص الدولـــة على أن ينص في عقـودها المبرمة مع الطرف الأجنبي على حقها في تعديل العقـد في حـدود معينة أو فسخه عند إخلال الطـرف الأجنبي بالالتزامات المفـروضة، و غالبا ما تتحدد الحالات التي يجوز فيها فسـخ العقـد.

فعلى الرغم من أن الأصل أنه لا يجـوز تعديل العقد إلا بموافقة الطـرف الآخـر ، إلا أنه في عقود الدولة ، للدولة الحق في تعديل العقد بدون موافقة الطرف الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة ، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي عند حصول إخلال في الالتزامات ، و سبب ذلك هـو طبيعة عقـود الدولـة التي يسري لفترات طـويلة عـادة ، و تأثيرها على خطط التنمية الاقتصادية في البلاد مما يجعل ، من الضروري للدولة الحق في تعديلها وفقا لهـذه الظـروف و لو لم ينص في العقـد على ذلك . كما أن للدولـة الحـق في فسخ العقد وفقا للأحكام التي تنطبق على العقود في القانون الخاص ، و ذلك عند إخلال الشركة الأجنبية بالالتزامات الجوهرية المفروضة عليها في العقد ، و عادة ما يتم حصر هذه الالتزامات في العقد و حالات الفسخ ، إلا أن حق الدولة في الفسخ يكون قائما بثبوت الإخلال الجوهري للالتزامات المفروضة على الطرف الأجنبي، و من ضمن حالات الفسخ عـدم تنفيذ الأعمال طبقا لمواصفات العقـد ، و توقف الشركـة عن دفـع الرسوم و الضرائب المفـروضة عليها ، و تنازل الشركـة عن تنفيذ أعمال العقد لطـرف آخر دون موافقة الدولة ، و حالة الإعلان عن إفلاس الشركة الأجنبية و عدم التزام الشركـة بالحـد الأدنى للاستثمار و غيرها. [1]

و للدولـة كذلك الحق في إنهاء العقد، و ذلك عندما تقـوم الدولـة المضيفة عادة بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون بنقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة المضيفة للاستثمار ثم القيـام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشـروع و منـع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، و قد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي من أراضي الدولة المضيفة.

و قد يتخذ هذا العمل إحدى الصور التالية:

[1] سراج حسن أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول – دراسة معمقة تتضمن عرضا مفصلا لموقف الفقه و القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و أحكام محاكم التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول ، و ذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و الإجراءات و موضوع النزاع – دار النهضة العربية ، مصر ، 2004 ، ص104 و 105 .

التأميم: و هو مصادرة مشروع استثماري أو أكثر يتعلق بمصدر من مصادر الثروة الطبيعية، و يعتبر من ضمن التأميم ما يسمى بالتأميم الزاحف وهو مصادرة المشروع الاستثماري بطريقة غير مباشرة و تدريجيا، مثل زيادة الضرائب بين فترة و أخرى أو إجبار المستثمر الأجنبي على زيادة العمالة الوطنية في المشروع. [1]

الاستيلاء: و هو أخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة معينة تتعلق بأمن الدولة أو الدفاع الوطني مثل الحرب. [2]

التجريد أو المصادرة: و هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة و تستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص، و هي أخذ الممتلكات العائدة للأجانب دون تعويض [3] ، فهو بذلك يعد عقوبة توقع في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، و بموجبها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهؤلاء الأشخاص دون أي تعويض. [4]

التصفية: و هي حل الشركة و تصفيتها مع توزيع حصيلة التصفية على الدائنين . و جدير بالذكر أن ملكية المستثمر الأجنبي للمشروع الاستثماري ليست على نمط واحد ، فقد يكون المشروع مملوكا بالكامل من قبل المستثمر الأجنبي أو المستثمرين الأجانب ، و قد يكون المشروع مملوكا بالمشاركة بين المستثمر الأجنبي و أحد أشخاص الدولة المضيفة للاستثمار طبيعيا كان أو اعتباريا. و قد يكون المشروع مملوكا من المستثمر الأجنبي و أحد الأجهزة الحكومية في الدولة المضيفة للاستثمار. [5]

و إذا كانت عقود الدولة و خصوصا عقود البترول المبرمة مع الشركات الأجنبية تنص على عدم إمكانية الدولة المتعاقدة بتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، و الالتزام بقدسية العقود و عدم

---

[1] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006، ص112 و 113 .

[2] سراج حسين أبو زيد ، مرجع سابق ، ص105 و 106 و 107 .

[3] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق.ص 112

[4] خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للإستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، س 23، ع3، 1999، ص75 .

[5] ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2009 ، ص53 .

المساس بها، إلا أنه عقب التأميمات الإيرانية للشركات الأجنبية للبترول و صدور قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بحق الشعوب و الدول في السيادة الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية، و التي كان أولها القرار رقم **1803** لسنة 1962 [1]، ثم قرارها رقم **3281** الصادر في 13 ديسمبر 1974 بشأن ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية ، للدول حيث نصت المادة **2** من القرار الأخير على أنه : **"لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ، و لكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقا للقوانين و اللوائح النافذة فيها ، و أيضا تبعا لكل الظروف التي تراها ضرورية ".** [2]

إذ أصبح حق الدولة في التأميم حقا ثابتا، بصدور قرار الأمم المتحدة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والذي اعتبر قرار التأميم ما هو إلا إجراء من قبل الدولة للتعبير عن سلطتها للمحافظة على مصادرها الطبيعية، فأعاد للدول صاحبة الثروات الطبيعية سلطة التصرف في تلك الثروات. [3]

جاءت قرارات الأمم المتحدة لدعم حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية و وضع قاعدة أكثر مرونة للتعويض ، فقد جاء في قرار الجمعية العامة رقم **1803** بشأن السيادة الدائمة على المصادر الطبيعية أن:" **تؤسس المصادرة أو نزع الملكية أو التأميم على المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية التي يعترف بأرجحيتها على المصالح الفردية الأجنبية، وسوف يحصل المالك السابق على تعويض مناسب وفقا للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقا للقانون الدولي ".**[4]

---

[1] دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص109 .

[2] شريط الأمين ، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 ، ص105 و 106 .

[3] فتح الله عوض بن خيال ، التحكيم في عقود الدولة ، رسالة لنيل شهادة ماجيستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص230 .

[4] عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة لنيل شهادة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 2006 ، ص63 .

الفرع الثاني: أثر تواجد الدولة في حالة وقوع النزاع

لقد حاولت الشركات الأجنبية التهرب من إخضاع العقد لأحكام القوانين الوطنية، و ذلك من خلال فصل العقد عن القانون الوطني و تحييد دوره لمنع تحكمه في هذه العقود، فهذا القانون في نظر هذه الشركات الأجنبية لا يتناسب مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي. [1]

أولا : مدى قبول الدولة للتحكيم في نزاعاتها

قد تقدم الدولة الطرف في عقود الدولة كعقود الاستثمار على تأميم أو نزع ملكية المشروع محل هذا الاتفاق ، فهل تحول اعتبارات السيادة التي دفعت الدولة لاتخاذ هذه التدابير دون عقد الاختصاص لهيئة التحكيم للنظر في المنازعات الناشئة عنه ؟ و هل يجوز لهيئة التحكيم أن تراجع بواعث هذا العمل السيادي و أن تحكم بإلغائه ؟

لقد عبرت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هذه الإجراءات الانفرادية التي تتخذها دولها بهدف تحقيق الصالح العام خصوصا إذا اتخذت هذه الإجراءات في إطار تحقيق برنامج اقتصادي ذو نفع عام ، مثال على ذلك تأكيد الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية أن تأميم صناعة البترول مرتبط بممارسة إيران لسيادتها و بالتالي تعتبر هذه الإجراءات من المسائل غير القابلة للتحكيم. [2]

فالدولة تنظر إلى النزاع وكأنه منازعة ذات طابع سياسي ، إذ أن مبعث المنازعة يتعلق بسيادة الدولة و مصلحتها القومية ، بينما يرى المستثمر أن مبعث المنازعة أن الدولة قد اغتصبت حقا من حقوقه ، فالمنازعة تقوم على حق متنازع عليه ، و هي بذلك ذات طابع قانوني لا سياسي. [3]

---

[1] بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 ، ص160.

[2] عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، ع9 ، الأردن ، 2002 ، ص11.

[3] طه أحمد قاسم علي ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص140 .

و مفاد هذا التوجه أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتعرض لشرعية إجراءات التأميم أو المصادرة وإنما يتعين أن ينحصر اختصاصها في حدود النظر في التعويضات الملائمة . و يلاحظ في هذا المجال أن التحديد الذي أوردته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار يخلو من أي تحديد في هذا السياق ، المادة 25 من هذه الاتفاقية اقتصرت على تحديد الاختصاص بالمنازعات ذات الطابع القانوني ، فاختصاص المركز هنا يتحدد بالنظر في المنازعة حول التعويض التي هي منازعة ذات طابع قانوني ، و عليه فإنه إذا كانت هذه السلطات السيادية التي تملكها الدولة تمكنها من اتخاذ إجراءات استثنائية كالتأميم أو المصادرة ، فإن شرط التحكيم يظل له جدواه و فاعليته خارج هذه السلطات للدولة المضيفة. [1]

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص. كما أن قيام هيئة تحكيم دولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا و الدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة و تقييم أعمال هذه الدولة، و في ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من المحاكم الداخلية للدولة وطبقا لقوانينها الوطنية. [2]

[1] عمر مشهور حديثة الجازي ، مرجع سابق ، ص11 و 12 .

[2] دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص340 .

ثانيا: تدخل الدولة بخصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع

تم تكريس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة في مختلف التشريعات الوطنية للدول خاصة الدول النامية و ذلك استنادا إلى عدة أسس. [1]

فقد يكون خضوع عقود الدولة للقانون الوطني استنادا إلى أسس غير قانونية خاصة تلك المتعلقة بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية إلى جانب السياسة التنموية المتبعة من طرف هذه الدول خاصة النامية منها و التي تسعى إلى تكييف عقود الدولة وفق قانونها الوطني لتحقيق تنميتها على الوجه الذي ترضاه .

باعتبار أن معظم الدول كانت تخضع للاستعمار بكافة أشكاله وما ترتب عنه من نهب للخيرات ، فهذا ما جعلها تسعى لتكييف منظومتها القانونية بما يتماشى و المحافظة على هذه الثروات، و ذلك باتخاذ موقف حذر اتجاه الاستثمارات الأجنبية ، رغم حاجتها لرؤوس الأموال و الخبرة الفنية الأجنبية للمساهمة في تنميتها [2] ، و بهذا فهي تسعى لحماية اقتصادها القومي من خلال التشريعات التي أصدرتها ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن تطبيق القانون الوطني

للدولة المتعاقدة يقوم على معيار الغاية، أي القصد من إبرام العقد[3]، فالدولة عند إبرام عقد الاستثمار فإنها تسعى إلى تحقيق التنمية ومن هنا فإن تطبيق القانون الوطني يقوم على أساسين و هما أساس مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها و على أساس السياسة التي تنتهجها الدولة بهدف التنمية.

[1] عقون ناصر ، أزرار سعيدة ، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، فرع القانون الاقتصادي و قانون الأعمال ،جامعة بجاية ، الجزائر ، 2013 ، ص39 .

[2] مراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، 2012 ، ص27 .

[3] فوزي قدور نعيمي ، مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، مج3 ، ع10 ، د.س.ن ، ص5 .

لقد كان من شأن تعارض المصالح و تباينها في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع الطرف الأجنبي، أن أصدرت العديد من الدول النامية تشريعات هدفها الأساسي حماية اقتصادها الوطني ، و بالتالي فلا يجب إغفال المصلحة العامة للدول النامية ، سواء كانت هي الطرف في العقد المبرم أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها ، إذ من غير الممكن تصور تنفيذ هذه العقود دون المساس باقتصاد الدولة ، و باعتبار أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحماية ، فالاستقلال السياسي لهذه الدول لا يكفي لوحده ، بل لا بد من تحقيق استقلالها الاقتصادي فهذا ما دفعها للتمسك أكثر بسيادتها ، و لقد ساد هذا في فترة موجة الاستقلال التي عرفتها الدول المستقلة حديثا و التي طالبت بمبدأ سيادتها على الموارد و الثروات الطبيعية. [1]

و لقد اعتبرت الدول النامية هذا المبدأ كفاح لقهر التخلف و تم تقنينه في ميثاق حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1974، و الذي أكد أن لكل دولة الحق في ممارسة سيادتها الفعلية على كافة مواردها، و ذلك باختيارها لنظامها الإيديولوجي و الاقتصادي.[2]

و يلعب مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها دورا كبيرا في تقليص نسبة تبعيتها و دعمها لاستقلالها الاقتصادي عن طريق ممارسة سيادتها على كل ما يوجد داخل إقليمها إلى جانب استعمال الدول للمبدأ بكل حرية و بما يتلاءم مع مصالحها، و كما قلنا فيستند تطبيق القانون الوطني على العقد على قرينة الحق السيادي لهذه الدول على إقليمها و مواردها و ثرواتها الطبيعية.

[1] فوزي قدور نعيمي ،نفس المرجع ، ص5 .

[2] مراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار ، مرجع سابق ، ص29 و 30 .

خـاتمـــة

من خلال هذه الدراسة والتي يتم التطرق فيها لموضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية فقد تم التوصل لمجموعة من النتائج يمكن حصرها فيما يلي:

1- تعد الإرادة عنصرا أساسيا في العقد ، فالإرادة المشتركة للطرفـان هي أساس العقد ، حيث أنها تنشئه و تقيمه من جهة و تحدد آثاره من جهة أخرى ، و هذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة .

2- يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية الأساس الذي يقيم العلاقة أكثر منه في العقـود الداخليـة ،كونه يرافق الأطـراف منذ مرحلة ما قبل التعـاقد أي المفـاوضات التي قد تطـول لتنتهي في الأخير إما بصدور إيجاب و قبول أو العدول عن التعاقد .

3- يملك أطراف العقد التجاري الدولي الاتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد و على النزاعات التي يتوقع نشوبها و كذلك الجهة المختصة بالنظر فيها . إلا أن مبدأ سلطان الإرادة يواجه بعض الأفكار التي تحد من صلاحياته .

4- يـواجـه مبـدأ سلطان الإرادة قيود تحد من حرية الأطراف في جعل العقد بالصورة التي كانوا يودونها و أهم هذه القيود :

5- النظام العام الذي هو فكرة مرنة تتغير مع تغير المكان و الزمان و لكن يبقى مبتغاها المحافظة على المصلحة العامة و تحقيق البـرامـج و الأهـداف المسطـرة من طرف الحكومـات و مخالفتها تعني المساس بسيادة الدولة .

6- الغـش نحو القـانـون الذي هو محـاولة التهرب من القانون الوطني و ذلك بالتلاعب بضوابط الإسناد لخلق تكييف جديد للقضية بما يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي .

7- إنه من المعلوم و المسلم به أن جميع الأنظمة القانونية للدول و خاصة النامية منها تسعى إلى إخضاع عقود التجارة الدولية لحكمها في جميع مراحل حياة هذه الأخيرة ، و تلعب قواعد الإسناد الدور الرئيسي في تحديد النظام القانوني الذي يجب إخضاع هذه العلاقات له و غالبا ما يكون القانون الوطني .

- ترتكز التشريعات في هذه الأنظمة على قواعد الإسناد كسبيل للإحالة إلى القانون الوطني طبعا . إن قواعد الإسناد لم تُعد لهذا الدور في الأصل ، و أمام التطور الكبير و السرعة التي يفرضها العالم حاليا ، يتضح قصور الأنظمة القانونية التقليدية و عدم ملائمتها في مجاراة هذه العلاقات كونها ذات خصوصيات سواء من حيث أطرافها أو أهدافها أو الزمن الذي تستغرقه في التنفيذ و كذا عائداتها فتختلف كثيرا عن العقود الداخلية .

- تعتبر عقود الدولة الاقتصادية المحرك الرئيسي للدفع بعجلة التنمية و التقدم عن طريق إبرام هذه العقود طويلة المدى مع أطراف خارجية تخضع للقانون الخاص ، تسعى الدولة من خلال هذه العقود إلى مجاراة التطور الحاصل في العالم على جميع الأصعدة خاصة الاقتصادي والتكنولوجي كونها تملك رؤوس الأموال ، بينما المتعامل معها أو المستثمر بالمصطلح الأصح يملك المهارة و العلم الذي يهدف إلى تحقيق الربح من خلال إستثمارها . لكن القيود التي تفرضها هذه الدول النامية على الإرادة التي كان لها الدور في إنشاء هذه العلاقة يخلق مشكلة في تحقيق كل من أهدافها و أهداف المستثمرين ، فالتدخل سواء في تعديل بعض البنود أو إنهائها ، أو في حالة وقوع نزاع فلا تعترف إلا بما تمليه قوانينها الوطنية بالرغم من أن هذا لم تتجه إليه الإرادة وقت إبرام العقد ، و تبقى فكرة السيادة هي المظلة التي تختبئ وراءها الدول النامية .

من أهم التوصيات التي يمكن طرحها :

– عقود التجارة الدولية ليست كالعقود الوطنية ، و يجب على الدول مراجعـة حساباتها لأن التضييق على المجـال الاقتصادي قـد سـاهم كثيـرا في التشبث بالتخلف و طرد المستثمرين ، و كـان الأجدر خلق مناخ ملائم و سن القوانين التي تشجع الاستثمار بدلا من عدم الثبات التشريعي الذي ينفر منه المستثمرين ، و إعطـاء مرحلـة المفاوضات أهميـة قصوى و ذلك لتجنب المخـاطر التي قـد تحدث أثناء التنفيذ خاصـة و أن هذا النـوع من العقـود يخضـع لتقلبات اقتصادية خارجـة عن إرادة الطـرفيـن . حسب إحصائيات تعتبر الدول النامية الأكثر خسـارة للقضايا التي تعرض أمـام التحكيـم و ذلك لنقص الكفاءات في التفاوض .

– الاقتصـاد الوطـني يتقلب بين كفي الصادرات البترولية من جهـة و الخـوف من المسـاس بالسيادة ، فكل منهما لا يخدم الأهداف المسطرة من أجل التنمية ، فالأول يجعل التشريعات تتقلب و سعر البتـرول فتزيد من الصرامـة في فترات البحبوحة فينفر جميـع المستثمرين ، و هي نفس النتيجـة التي تؤدي إليها خوف الدولـة من المساس بسيادتها و تعطيل امتيازات السلطة العـامة و ذلك بتوسيع من نطاق النظام العام .

– المساهمة في خلق سلوكات تصبح مع الوقت أعرافا دوليـة تخدم المصالح العـامة التي تهدف إليها البرامج التنموية وتتماشى مع مصالح الدول النامية.

تم بحمد الله وعونه

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

[1]- القرآن الكريم .

[2]- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، ط2 ، ج11 ، 1993 .

[3]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، جريدة رسمية عدد 78 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في مايو 2007.

[4]- الأمر رقم 97 – 06 مؤرخ في 21 جانفي 1997 ، يتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة، جريدة رسمية عدد 06 ، صادر في 22 جانفي 1997 .

[5]- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 44 ، ص22 ، 2005.

[6]- إتفاقية فيينا تم إبرامها في 11 أفريل 1980 و بدأ سريانها في 1 جانفي 1988 بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع .

ثانيا : المراجع

أ- المراجع باللغة العربية

1- المراجع العامة

- الرسائل و المذكرات

[7]- إيهاب عبد المجيد محمد اسماعيل السراج ، عقود التجارة الدولية ، كلية القانون ، جامعة الخرطوم ، بحث تكميلي لنيل درجة ماجيستير في القانون ، نوفمبر 2005 .

[8]- حميد بن شنيتي ، نظرية الالتزام ، نظرية العقد ، ج1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر قانون خاص معمق ، 2014/2013 .

- الكتب و المؤلفات

[9]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004 .

[10]- البشرى عماد طالرق ، النظام العام النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2011.

[11]- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001 .

[12]- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، أحكام العقد ، أركان العقد ، ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 .

[13]- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، أحكام العقد ، أركان العقد ، ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 .

[14]- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي - مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ، 2009 .

[15]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، ج1 ،ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 .

[16]- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعية ، د.س.ن.

[17]- توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم الإنسانية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، د.س.ن .

[18]- جاك غيستان ، J Ghestin ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2000.

[19]- جلال علي العدوي ، أصول الالتزام : دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون اللبناني ، دار الجامعية ، مصر ، 1993

[20]- جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، مصر ، 1997.

[21]- حبيب إبراهيم الخليل – المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ، ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 .

[22]- حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998 .

[23]- حسن الهداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ، دار مجدلاوي ، الأردن ، 1993 .

[24] - حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 .

[25]- خالد خليل الطاهر ، القانون الإداري دراسة مقارنة ، الكتاب الأول ، ط1 ، دار المسيرة للطباعة و النشر ، الأردن ، 1997.

[26]- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .

[27]- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دار العلوم عنابة ، الجزائر ، 2004

[28]-سليمان مرقص ، مدخل العلوم القانونية ، ط2 ، دار النشر للجامعات المصرية ،مصر ، 1952.

[29]- سمير محمد السيد تناغو ، و منصور محمد حسين ، القانون و الالتزام ، نظرية القانون ، نظرية الحق، نظرية العقد ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1997 .

[30] - طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، مج1 ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، 2001.

[31] - عامر محمد الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة عمان ، الأردن ، 2010 .

[32]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، منشأة المعارف الاسكندرية ، مصر ، 2004 .

[33]- عبد المجيد الحكيم " الوسيط في نظرية العقد " الجزء الأول في انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ، العراق ،1967 .

[34]- عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، دار البستاني للنشر و التوزيع ، مصر ، 1991 .

[35]- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2003 .

[36]- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 .

[37]- علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، ط3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2013.

[38]- علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة و معدلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010 .

[39]- علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة و معدلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010 .

[40]- فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب ، القانون ، قصر الكتاب ، د.م.ن ، 2006 .

[41]- فؤاد رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ج2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1992 .

[42]- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، آثار الالتزام ، نتائجه و توابعه في التشريع المصري المقارن ، منشأة المعارف ، مصر ، 2003 .

[43]- محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 .

[44]- محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 .

[45]- محمد حسن منصور ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، سلسلة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 2000 .
[46]- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ،التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ،ج1 ، ط2 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004 .
[47]- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ،ج1 ، ط2 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004 .
[48]- محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، ط2 ، الجامعة المفتوحة طرابلس ، 1993 .
[49]- محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها و إبرامها و تنفيذها) ، ط1 ،دار الثقافة عمان ، 2010 .
[50]- محمد نصر محمد ، الوافي في عقود التجارة الدولية ، ط1 ، دار الراية للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2013 .
[51]- محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية ، ط3 ، دار النهضة العربية ، مصر ، د.س.ن .
[52]- مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد) ، ج1 ، مؤسسة بحسون للنشر ، لبنان ، 1995 .
[53]- مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999 .
[54]- ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، داؤ الثقافة عمان ، الأردن ، 2005.
[55]- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن ، ج1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998 .
[56]- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص و المقارن ، تنازع القوانين ، ج1، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 1998 .
[57]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2005 .

[58]- هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية بيروت ، لبنان ، 2003 .
[59]- هشام قاسم ، المدخل إلى علم القانون ، ط1 ، جامعة حلب ، سوريا ، 2003 .
[60]- همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون ، ج1 ، دار المعارف الجامعية ، مصر ، 2000 .

2- المراجع المتخصصة

- الرسائل و المذكرات

[61]- بخروفة حمزة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من ق.م.ج ، دراسة مقارنة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سطيف 02 ، الجزائر ، 2014/2013 .
[62]- بوفلجة عبد الرحمن ، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2008 .
[63]- جارد محمد ، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2010 .
[64]- دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2007/ 2008 .
[65]- دسوقي محمد إبراهيم ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية و إبرام العقود ، الإدارة العامة للبحوث ، معهد الإدارة العامة السعودية ، 1995 .
[66]- رحاوي أمينة ، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2012/2011 .
[67]- عامر أحمد مختار ، تنظيم سلطة الضبط الإداري ، رسالة ماجستير جامعة بغداد ، 1975مذكور لدى فيصل نسيغة ، رياض دنش ،مقال بعنوان : النظام العام ،مجلة المنتدى القانوني، العدد 5 .

[68]- عائشة مساهل ، القيود الواردة على حرية الإرادة في تعاقدها ، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق ، قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، 2013/2012 .

[69]- عقون ناصر ، أزرار سعيدة ، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار ، مذكرة ماستر لنيل شهادة في الحقوق ، فرع القانون الاقتصادي و قانون الأعمال ،جامعة بجاية ، الجزائر ، 2013 .

[70]- عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، 2017 .

[71]- فتح الله عوض بن خيال ، التحكيم في عقود الدولة ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية القاهرة ، مصر ، 2002 .

[72]- فريدة زاوي ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1992 .

[73]- محمد بلاق ، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر ، 2012 .

[74]- محمد صديق محمد عبد الله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2010 .

[75]- مراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، الجزائر ، 2012 .

[76]- مندي آسيا يسمينة ،النظام العام و العقود ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق فرع لعقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، 2009 .

[77]- منصور محمد ، وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1961 .

[78]- يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2009 .

– الكتب و المؤلفات:

[79]– أبو العلا علي أبو العلا النمر ، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تبرز أهم المشكلات العملية و القانونية التي تواجه المستشار القانوني عند ابرام عقود التجارة الدولية ، ط1، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2003 .

[80]– أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية ، القانون الواجب التطبيق و أزمته) ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر ، د.س.ن .

[81]– أسامة الحموي ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون ، ط1 ، مطبعة الزرعي دمشق ، سوريا ، 1997 .

[82]– أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 ، ط10 ، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 .

[83]– الدقدوقي حلمي ، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري ، دار المطبوعات

الجامعية ، مصر ، 1989 .

[84]– العتيبي عبد الله بن سهل بن ماضي ، النظام العام للدولة المسلمة ، دار كنوز إشبيليا ، السعودية ، 2009 .

[85]– بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 .

[86]– بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا ، ألمانيا ، مصر ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 .

[87]– جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 .

[88]– حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 .

[89]– حمدي محمد اسماعبل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2007 .

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

[91]- دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي ، المعوقات و الضمانات القانونية ، ط1 ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، 2006 .

[92]- زروقي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، ط1 ، مطبعة الفسيلة ، الجزائر ، 2008 .

[93]- سراج حسن أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول - دراسة معمقة تتضمن عرضا مفصلا لموقف الفقه و القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و أحكام محاكم التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول ، و ذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و الإجراءات و موضوع النزاع – دار النهضة العربية ، مصر ، 2004 .

[94] -شريط الأمين ، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985.

[95]- صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 .

[96]- صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية و تنازع القوانين ، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، د.س.ن ، ص247 .

[97]- صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، عقود نقل التكنلوجيا ، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2005 .

[98]- طه أحمد قاسم علي ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 .

[99]- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن ، دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 .

[100]- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، 2004 .

[101]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 .

[102]- عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام في النظرية و التطبيق دراسة مقارنة بين القواعد الوضعية و الفقه الإسلامي ، ط1 ، المكتب الإسلامي بيروت ، لبنان ، 2005 .

[103]- عوض الله شيبة الحمد السيد ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 .

[104]- محسوب محمد ، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني ، دراسة تحليلية مع الفكر القانوني الحديث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 .

[105]- محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن .

[106]- محمد علي عبده ، دور الشكل في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2007 .

[107]- محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، مصر ، 1992 .

[108]- محمود فياض ، المعاصر في قوانين التجارة الدولية ، ط1 ، الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2012 .

[109]- محمودي مسعود ، أساليب و إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006.

[110]- مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة للنشر ، مصر ، 2005 .

[111]- مصطفى منى محمود ، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1990 .
[112]- ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009 .
[113]- هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم اللدولي ، ط1 ، منشورات الحلبية الحقوقية ، لبنان ، 2008 .
[114]- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 .

- المجلات و المقالات

[115]- ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة ، مقال منشور في 2017/02/06.
[116]- خالد محمد الجمعة ، إنهاء الدولة المضيفة للإستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مجلة الحقوق الكويتية، س 23 ، ع3 ، 1999 .
[117]- سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الأنترنيت ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، مج8 ، ع13 ، 2005 .
[118]- عادل بسيوني ، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الاسلامية ، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة ، 1976.
[119]- عبد الرسول كريم أبو صبيع ، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد ، مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد 19 ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، العراق، 2010 .
[120]- عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين، ع9 ، الأردن ، 2002 .
[121]- فتيحة قريقر ، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، مج10 ، ع1 ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر ، 2017 .
[122]- فوزي قدور نعيمي ، مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، مج3 ، ع10،العراق ، د.س.ن .

[123]-فوزي قدور نعيمي ، مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، مج3 ، ع10 ، د.س.ن .

[124]- فوزي قدور نعيمي ، مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، مج3 ، ع10 ، د.س.ن .

[125]- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية " عقود الدولة le contrat d'etat " ، مجلة إدارة ، ع1 ، رقم 07 ، 1997 .

[126]- ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة ، مقال منشور في 2017/02/06 .

المحاضرات و الدروس

[127]- أحمد دغيش ، محاضرات الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، جامعة بشار ، د.س.ن .

[128]- أمينة رايس ، دروس في النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري ، المركز الجامعي العربي بن مهيدي أم البواقي ، الجزائر ، 2007/2006 .

[129]- بن أحمد الحاج ، دروس في عقود الدولة ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، الجزائر .

[130]- بن عصمان جمال ،مطبوعة في مقياس القانون الدولي الخاص ، السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية تلمسان ، الجزائر ، 2015/2014 .

ب- المراجع باللغة الأجنبية

[131]- Albert A. Ehrenzweig , private internationa law , vol 3 , oceana publications , 1997.

[132]- Berlin Dominique , Contrat d'etat , recueil Dalloz , 2 èm année , 15 Avril 1998 .

[133]- Georges BURDEAU, Manuel de droit public, Les libertés publiques, Les droits sociaux, LGDJ, 1948.

[134]- Henré capitan : ,introduction à l'étude de droit civil, libraire de la court d'appel , 1ere ed ,1925.

[135]- Hugues Kenfack , Droit du commerce international ,2 ém Ed , Dalloz Paris , 2006.

[136]- Jacque Ghestin : Traite de droit civil , Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

[137]- Malaurie Philipe: l'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. Tome 1er .

[138]- Martin Wolff , private international law , 2 Ed , university press , Oxford , 1950

[139]- Maurice hauriou : précis de droit administratif et de droit public, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933 .

[140]- P. dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26,1981.

الفهـرس

الرقم	العنوان	الصفحة
01	آيـة	–
02	الشكـر و التقديـر	–
03	الإهــداء	–
04	قائمة المختصرات	–
05	مقدمــة	01
06	الفصل الأول: مفهوم سلطان الإرادة و أهميته في إبرام العقود الدولية	07
07	المبحث الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	08
08	المطلب الأول: النشأة و التطور	08
09	المطلب الثاني: تعريف مبدأ سلطان الإرادة	12
10	الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة	12
11	الفرع الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة	13
12	أولا: الالتزامات الإرادية هي الأصل	13
13	ثانيا :مبدأ الرضائية (حرية الشخص في التعاقد و عدم التعاقد)	15
14	المبحث الثاني: دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد الدولي	19
15	المطلب الأول : مرحلة المفاوضات العقدية	19
16	الفرع الأول : تعريف المفاوضات و خصائصها	19
17	أولا : تعريف المفاوضات العقدية	19
18	ثانيا: الأهمية القانونية للتفاوض	21
19	ثالثا :خصائص مرحلة المفاوضات	22
20	الفرع الثاني : دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية	24
21	المطلب الثاني : مرحلة إبرام العقد الدولي	25
22	الفرع الأول : الرضا	25
23	أولا : وجود الإرادة و تطابق إرادتين	26
24	ثانيا: الأهلية و عيوب الرضا	32
25	الفرع الثاني : دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق	35
26	المبحث الثالث : دور مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد الدولي	38

27	المطلب الأول : المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد الدولي	38
28	الفرع الأول : مبدأ الإلزامية	39
29	أولا : ماهية القوة الملزمة للعقد	39
30	ثانيا : نطاق القوة الملزمة للعقد	40
31	الفرع الثاني :مبدأ نسبية الأثر الإلزامي للعقد	41
32	أولا: انصراف أثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص	42
33	ثانيا :انصراف أثار العقد إلى الغير	43
34	المطلب الثاني : تدخل الإرادة في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الدولي أو نقضه	46
35	الفرع الأول : في حالة التعديل لاختلال التوازن الاقتصادي	47
36	أولا : شروط التعديل الإتفاقي	48
37	ثانيا : مبرر التعديل الإتفاقي	49
38	الفرع الثاني : في حالة نقض العقد	50
39	أولا : الإنهاء بسبب حدوث القوة القاهرة	53
40	ثانيا : الإنهاء الاختياري	53
41	ثالثا : الإنهاء بالإرادة المنفردة لعقود التجارة الدولية	53
42	الفصل الثاني : أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية	55
43	المبحث الأول : النظام العام	56
44	المطلب الأول : تعريف النظام العام	56
45	الفرع الأول : تأصيل فكرة النظام العام	56
46	الفرع الثاني : تعريف النظام العام لدى الفقه الغربي	59
47	الفرع الثالث : تعريف النظام العام لدى الفقهاء العرب	61
48	الفرع الرابع : تعريف النظام العام الدولي	63
49	المطلب الثاني : أثر النظام العام على مبدأ سلطان الإرادة	65
50	الفرع الأول : تقييد المشرع الجزائري لسلطان الإرادة	65
51	الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد من عدمه	67
52	الفرع الثالث: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية	70
53	المبحث الثاني : الغش نحو القانون	72

54	المطلب الأول : تعريف الغش نحو القانون	72
55	الفرع الأول : التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون	72
56	الفرع الثاني: المقصود بالغش نحو القانون	74
57	الفرع الثالث: شروط الدفع بالغش نحو القـانون	75
58	أولا: الشرط المادي للغش نحو القـانون	75
59	ثانيا: الشرط المعنوي للغـش نحو القـانون	77
60	المطلب الثاني : أثر الغش نحو القانون على مبدأ سلطان الإرادة	78
61	الفرع الأول: الأثر السلبي (استبعاد القـانون الذي أسند له الاختصاص)	79
62	أولا: عـدم نفاذ النتيجة فقط	79
63	ثانيا : عـدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة	81
64	الفرع الثاني : الأثر الإيجابي : تطبيق القـانون المختص أصـلا و الذي قصـد الأطراف التهرب منه	83
65	المبحث الثالث : تدخل الدولة في عقودها الاقتصادية	85
66	المطلب الأول : تعريف عقود الدولة الاقتصادية	85
67	الفرع الأول : تأصيل مفهـوم عقـود الدولـة	86
68	الفرع الثاني : التعريف الفقهي لعقود الدولة	87
69	أولا : التعـريف الضـيق لعقـود الدولـة	88
70	ثانيا : التعـريف الموسع لعقـود الدولـة	89
71	المطلب الثاني : أثر تواجد الدولة كطرف على مبدأ سلطان الإرادة	92
72	الفرع الأول : أثر تواجد الدولـة في تعديل بنـود العقد أو إنهائه	92
73	الفرع الثاني: أثر تواجد الدولـة في حالة وقوع النزاع	96
74	أولا : مدى قبول الدولة للتحكيم في نزاعاتها	96
75	ثانيا: تدخل الدولة بخصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع	98
76	خاتمـة	100
77	قائمة المصادر و المراجع	–
78	الفهرس	–