اتفاق أطراف العلاقة القانونية على استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في قانون القاضي

Agreement of the parties to the legal relationship to exclude the application Rule of conflict in the judge's law

الدكتور/ إبراهيم ديدي

جامعة الوادي، الجزائر

didi-brahim@univ-eloued.dz

تاريخ الاستلام:2019/02/24 تاريخ القبول للنشر:2019/04/24

❖❖❖❖❖❖❖

ملخص:

تعتبر قاعدة تنازع القوانين من القواعد مزدوجة الجانب أي أن القانون الواجب التطبيق قد يكون قانون القاضي المطروح أمامه النزاع وقد يكون قانون أجنبي.

وقاعدة تنازع القوانين هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي الخاص. وعلى الرغم من النتائج الإيجابية التي يحققها إعمال قاعدة التنازع فقد واجهت العديد من الانتقادات ومنها عدم عدالة الحلول وافتقادها لتوفير الآمان القانوني.

وللتغلب على عيوب قاعدة التنازع أجاز المشرع لأطراف العلاقة القانونية الاتفاق على استبعادها واختيار قانون آخر وهو ما يعرف بنظام الاتفاق الإجرائي الذي مضمونه استبعاد تطبيق قاعدة التنازع من قبل أطراف الرابطة القانونية ومطالبة القاضي المطروح أمامه النزاع بتطبيق قانون آخر وقع عليه اختيارهم.

الكلمات المفتاحية : اتفاق الأطراف، قاعدة التنازع، سلطان الإرادة، قانون القاضي.

Abstract

The conflict of laws rule of is considered a double-sided rule, which means that the applicable law may be the law of the judge before the dispute and may be a foreign law.

The conflict of laws rule determines the applicable law in the private international relations field.

Despite the positive results achieved by implementing the rule of conflict , it has faced many criticisms, including unfair solutions and lack of legal security.

In order to overcome the disadvantages of the rule of conflict, the legislator allowed the parties to the legal relationship to agree on excluding it, and to choose another law. This is known as the procedural agreement system, which includes the

exclusion of the application of the conflict rule by the parties of the legal association and to request the judge before the dispute to apply another law.

Keywords: *agreement of the parties, rule of conflict, power of will, judge's law.*

مقدّمة:

قاعدة التنازع هي قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفى أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها، أي أن قاعدة التنازع هي القاعدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لعلاقة قانونية أو مركز قانوني تشتمل على عنصر أجنبي[1].

المجمع عليه فقهاء وقضاء أن قاعدة تنازع القوانين تعتبر من القواعد المزدوجة الجانب[2] **Le Caractère de la règle de Conflit** أي أن القانون الواجب التطبيق الذي ينتج عن إعمال قاعدة التنازع قد يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع، وقد يكون قانون أجنبي.

ومن نتائج تطبيق قاعدة التنازع إن القانون الأجنبي ينبغي أن يوضع في نفس المركز الذي يوجد فيه القانون الوطني من حيث إمكانية التطبيق. ذلك أن قاعدة التنازع تتسم بكونها قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون ما على النزاع والذي قد يكون قانون القاضي ذاته المعروض عليه النزاع كما قد يكون قانونا أجنبيا[3].

غير أن الطابع التجريدي الحيادي لقاعدة التنازع (قاعدة الإسناد) كان محل انتقاد حول نقطة رئيسية وهي أنه إذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية، إلا أنها لا تكفل عنصر الأمان القانوني **Sécurité Juridique** الذي ينشده أطراف الرابطة القانونية.

ولتلافي العيوب والانتقادات الموجهة إلى قاعدة التنازع التقليدية أوجد الفقه العديد من الوسائل للتغلب على ما يؤدي إليه تطبيق المنهج التقليدي لعدم عدالة الحلول و افتقادها لتوفير الأمان القانوني.

كما أن قاعدة التنازع وظيفتها الأساسية تتمثل في تحديد – موضوعيا– القانون الواجب التطبيق الأمر الذي من شأنه أن يؤدي تطبيق القانون المشار إلى نتائج لم يتوقعها أطراف الرابطة القانونية. فالمشرع يفسح المجال لتحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة أطراف العلاقة القانونية إعمالا لقانون الإرادة وفقا للمبدأ الشهير المعروف بمبدأ سلطان الإرادة[4] **le principe d'autonomie de la volonté**.

كما أنّ المشرع لا يكتفي بتحديد القانون الواجب التطبيق بصورة آلية دون اعتبار للنتائج التي تترتب على تطبيقه، بل يسعى لتحقيق نتيجة مادية معينة ولكن من خلال قاعدة التنازع ذاتها، ولذلك سميت القاعدة في هذه الحالة بقاعدة التنازع ذات الغاية المادية **règle de conflit à finalité matérielle**. ومن هنا اعتبرت قاعدة التنازع بالتخييرية[5] **règle de conflit alternative** تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة القانونية ويتم ذلك من خلال دراسة كل حالة أو علاقة على حدة بواسطة

القاضي المعروض أمامه النزاع لتحديد قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة القانونية، ثم اختيار قانون الدولة الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة القانونية[6].

وهكذا فإن ما يفرق بين منهج قاعدة التنازع التقليدية وبين المنهج الحالي أن هذا الأخير يعتبر مذهبا واقعيا يأخذ في الاعتبار – لتحديد مركز الثقل في العلاقة – كل العناصر المتصلة بالرابطة القانونية. على عكس ذلك المنهج التقليدي فإنه منهج مجرد يحدد مستبقا القانون الواجب التطبيق مفترضا أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالرابطة القانونية ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع، وهو النقد الأساسي الذي وجه إلى المنهج التقليدي في تنازع القوانين.

والجدير بالذكر هنا أن قاعدة التنازع في ظل هذا المنهج تعتبر قاعدة مرنة لأنها ليست محددة مسبقا حيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق بحث كل حالة على حدة.

وعلى الرغم من منطقية هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق وتطبيقه مقبولا في بعض المجالات كما هو الحال بالنسبة للعقود فإن هناك مناحي عديدة يتعذر فيها أن تقبل الدولة الأخذ به، لاعتبارات تتعلق بسيادة الدولة التي تستوجب إعمال منهج التنازع التقليدي الذي يقوم على ضوابط إسناد ثابتة ومحددة سلفا.

ومن جهة أخرى فإن منهج "القانون الأكثر صلة بالعلاقة" قد أنتقد على أساس أنه يتعارض مع فكرة التوقع المشروع لأطراف العلاقة القانونية، ذلك التوقع الذي يقتضي أن يكون الأطراف مسبقا معرفة بالقانون الذي سيطبق على علاقاتهم في حالة حدوث نزاع. على عكس ذلك فإن منهج التنازع التقليدي يوفر للأطراف إمكانية معرفة القانون الذي سيتم تطبيقه مسبقا، إذ أن ذلك يتوقف على معرفة ضابط لإسناد الثابت والذي يتحدد وفقا له القانون الواجب التطبيق.

إشكالية البحث

علاج العيوب التي تصاحب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب ؟ ومن ثم هل يمكن لأطراف الرابطة القانونية استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في قانون القاضي أيا كان القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة؟.

موضوع البحث وأهميته

بعد أن استعرضنا لمجمل الوسائل التي من شأنها علاج عيوب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب، فإننا نتساءل عن مدى فعاليتها وكفايتها في علاج العيب الأساسي المصاحب لقاعدة التنازع المزدوجة والذي يتمثل في عدم إمكانية توقع الحلول وهو الأمر الذي يترتب على كون قاعدة التنازع تكتفي بمجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق دون الاهتمام بمحتوى القانون المطبق.

إذا كانت الوسائل الذاتية لقاعدة التنازع تسهم بشكل كبير في تقليص النقد الذي وجه إلى قاعدة التنازع المزدوجة الجانب واعتبرت هذه الوسائل داخلية.

فإن التساؤل الذي يثور عن مدى إمكانية التغلب على عيوب قاعدة التنازع من الخارج أي بواسطة وسائل لا تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها.

وعليه فإن هذا البحث يتناول دور إدارة أطراف الرابطة القانونية في علاج العيوب التي تصاحب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب وهو ما يطلق عليه "نظام الاتفاق الإجرائي" ومن ثم فإن الاتفاق الإجرائي

مضمونه استبعاد تطبيق قاعدة التنازع ذاتها من قبل الأطراف ذوي المصلحة والمطالبة بتطبيق قانون آخر يكون تم اختيارهم عليه.

الفرضيات

- هل لأطراف العلاقة القانونية الحرية في اختيار قانون غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي؟
- هل علاج العيوب المصاحبة لقاعدة التنازع المزدوجة الجانب يقتضي تدخل أطراف الرابطة القانونية من خلال اختيارهم لقانون غير القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع وإخضاع علاقتهم القانونية لأحكامه؟

المنهج المعتمد

كون هذا المقال يبحث في إمكانية تفعيل إرادة أطراف العلاقة القانونية في استبعاد قاعدة التنازع في قانون القاضي واختيار قانون آخر ليحكم العلاقة القانونية بينهم فإن المنهج المناسب هو المنهج التحليلي.

تقسيم الدراسة:

لأطراف الرابطة القانونية الحق في استبعاد تطبيق قاعدة التنازع واختيار قانون غير القانون الذي أشارت إليه ليحكم علاقتهم القانونية ، لذا فإن هذه الدراسة لا تنصب حول تشريع معين وإنما تناولنا هذا الموضوع بصفة عامة مع الإشارة إلى الدور الذي قام به القضاء الفرنسي من خلال الأحكام والقرارات التي أصدرتها والتي كانت بمثابة البادرة التي تلتها الاجتهادات الفقهية وتبنتها التشريعات الوطنية المختلفة.

واستنادا إلى ما تقدم فإننا نقسم هذا البحث إلى ما يلي:

مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: وعالجنا فيه مسألة مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي ، ففي مطلبه الأول تناولنا لمدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع في قانونه، وأما في المطلب الثاني تعرضنا إلى أن اتفاق الأطراف يعد وسيلة لاستبعاد قاعدة التنازع.

المبحث الثاني: وعالجنا فيه الآثار المترتبة على إعمال الاتفاق الإجرائي وذلك ضمن مطلبين، الأول منهما استعرضنا فيه أن استبعاد قاعدة التنازع يكون لصالح تطبيق قانون القاضي، أما في المطلب الثاني عالجنا أن استبعاد قاعدة التنازع يكون لصالح تطبيق قانون أجنبي.

ثم خاتمة: خلصنا فيها إلى نتائج البحث وأخيرا ذكرنا بعض المقترحات.

المبحث الأول

مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي

إذا كانت غالبية الأنظمة القانونية تلزم القاضي أثناء نظره في منازعة تشتمل على عنصر أجنبي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه باستثناء المشرع الفرنسي الذي شذ عن ذلك ويقف وحيدا في عدم إلزامه للقاضي بتطبيق قاعدة التنازع إذا أشارت بتطبيق قانون أجنبي[7].

المطلب الأول: مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع.

نستعرض في هذا المطلب لدراسة مبدأ جواز استبعاد أطراف الرابطة القانونية للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي المطروح أمامه النزاع، كما نبين أن نظام الاتفاق الإجرائي يعد وسيلة خارجية لتقويم العيوب التي تلحق بقاعدة تنازع القوانين.

الفرع الأول: حق أطراف العلاقة القانونية في استبعاد قاعدة التنازع.

يتبنى المشرع الفرنسي قاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع في القانون الوطني عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، وبررت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف في بداية الأمر باللجوء إلى فكرة النظام العام.

- **ففي المرحلة الأولى** وانطلاقا من حكم محكمة النقض الفرنسية سنة **1959** في قضية (بيسبال) الذي تواتر عليه قضائها بعد ذلك. وفي هذا الحكم لم تعتبر المحكمة القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع، وإنما أقامت قضاءها على الصفة المكملة لقواعد الإسناد الفرنسية على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي[8] ففي هذه الحالة لا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته بل يتعين أن يتمسك الأطراف بذلك وإلا فإن القاضي يطبق القانون الفرنسي صاحب الاختصاص المساعد **la compétence subsidiaire** طالما لا يوجد قانون آخر قابل للتطبيق[9].

غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكما بتاريخ **09** مارس **1983** قضت فيه بالربط بين مسألة إلزامية قاعدة التنازع وبين المصدر الذي تتعلق به هذه القاعدة، ووفقا لهذا الحكم تكتسب قاعدة التنازع الطابع الإلزامي بالنسبة للقاضي إذا كان مصدرها معاهدة دولية أو إذا كانت قاعدة التنازع ذات طابع آمر.

ويستخلص من ذلك أن قاعدة التنازع تكون ملزمة للقاضي عندما يتعلق الأمر بقاعدة آمرة وفيها لا يملك الأطراف التصرف في الحقوق وبالتالي لا يمكنهم التنازل عن تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع كما لا يمكنهم في هذه الحالة اختيار قانون آخر.

وفي مرحلة ثانية بعد حكم بيسبال عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق الذي كان يأخذ بالطابع الاختياري لقاعدة التنازع الوطنية.

ففي حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية عامي **1986 – 1987** قضت بوضع قاعدة عامة مؤداها التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. تعلق الحكم الأول الصادر بتاريخ **25**

نوفمبر **1986** بدعوى بنوة طبيعية وفقا لنص المادة **16/311** من القانون المدني الفرنسي والتي تضع قاعدة تنازع تخييرية ذات غاية مادية تهدف إلى كفالة التوصل إلى صحة البنوة[10].

أما الحكم الثاني الصادر بتاريخ **25** مايو **1987** ويتعلق بقضية تطليق وفقا لنص المادة **310** من القانون المدني الفرنسي، وعابت فيه المحكمة العليا على قضاة الموضوع عدم تطبيق القانون الإسباني من تلقاء ذاتهم باعتباره القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي وهو قانون كل من الزوجين أيضا[11].

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ **11** أكتوبر **1988** وهو يتعلق بدعوى الأبوة الطبيعية التي أقامتها سيدة جزائرية ضد زوجها الجزائري وفي هذه الدعوى طبقت محكمة الاستئناف القانون الفرنسي وتجاهلت تطبيق القانون الجزائري، وهو القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع الفرنسية (المادة **14/311**) ونقضت المحكمة حكم الاستئناف استنادا إلى وجود التزام على المحكمة بتطبيق قاعدة التنازع دون حاجة لأن يطلب الأطراف ذلك[12].

أما المرحلة الثالثة فقد عادت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد الطابع الاختياري لتطبيق قاعدة التنازع التي قررتها في حكم بيسبال. فقد أصدرت المحكمة بتاريخ **4** ديسمبر **1990** حكما قلبت فيه رأسا على عقب ما سبق أن قررته في الحكمين الصادرين عنها سنة **1988**، وهما الحكمان اللذان ذاع صيتهما لدى الفقه الفرنسي الذي اعتبرتهما بمثابة ثورة محمودة من قبل المحكمة العليا[13].

ويستفاد من هذا الحكم أن المحكمة العليا الفرنسية قد أقرت من ناحية العودة إلى النظام القديم من حيث عدم التزام قاضي الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع آليا عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي[14]، كما ظهرت مرة أخرى فكرة الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها كمعيار لتطبيق قاعدة التنازع.

ويستفاد كذلك من بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية وجود اتجاه يفرض على القاضي تطبيق القانون الأجنبي طالما أن القاضي قد قدر أنه هو القانون الواجب التطبيق على أنه سرعان ما تذهب المحكمة العليا الفرنسية إلى خلاف هذا، حيث تعود إلى تأكيد عدم وجود التزام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ومن قبيل ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في **26** مايو **1999** والذي لم تنف فيه على قاضي الموضوع تطبيقه للقانون الفرنسي في الحالة التي لم يتمسك فيها الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي المختص[15].

الفرع الثاني: أساس استبعاد قاعدة التنازع

كان للقضاء الفرنسي السبق في تبني التفرقة بين طائفة الحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها **les droits disponsibles** وطائفة الحقوق غير القابلة للتصرف فيها **les droits non disponsibles**. ففي النوع الأول من الحقوق يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته دون اشتراط تمسك الخصوم بتطبيقه، أما بالنسبة للطائفة الثانية فلا يطبق مبدأ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي إلا في الحالة التي يعلن فيها ذوي الشأن تمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي[16].

وتستند هذه التفرقة إلى القول بأنه طالما أن الأطراف لهم حرية التصرف في الحقوق فإن ذلك يمكنهم من التنازل صراحة عن تطبيق القانون الأجنبي، وعندئذ يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتطبيق القانون الوطني، القانون الأجنبي، وعندئذ يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتطبيق القانون الوطني، كما تنص على ذلك المادة **3/12** من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية[17].

وحقيقة الأمر إن هذا التبرير غير مقنع ذلك أن مسألة قابلية الحقوق للتصرف فيها من عدمها كما درج على ذلك مسلك القضاء الفرنسي فإنها تعد مسألة متعلقة بالأطراف وليس لها علاقة بمسألة التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي[18]. بالإضافة إلى ذلك أن جانب من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه **(بيار مايير)** يرى بأنه يتعين أن تخضع مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها إلى القانون الذي يحكم الموضوع وليس قانون القاضي لأن الأمر يتعلق بجوهر الحقوق وليس بتحديد الطائفة القانونية[19].

والجدير بالذكر أن التفرقة التي يأخذ بها القضاء الفرنسي ويسنده في ذلك جانب من الفقه بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وتلك التي تكون غير قابلة للتصرف تتعارض مع قواعد الاختصاص القضائي الأوروبية في مجال الالتزامات التعاقدية ذلك أن المادة الخامسة من معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ **27** سبتمبر **1968** تنص على أن "يمكن إقامة الدعوى على المدعى عليه – الذي له موطن في إحدى الدول الأوروبية الطرف في المعاهدة – أمام محاكم الدولة التي يكون الالتزام – محل الدعوى – قد نفذ أو كان واجب التنفيذ بها"[20].

ووفقا لقضاء محكمة العدل الأوروبية وكذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية فإن تحديد مكان تنفيذ الالتزام المتنازع عليه يتم بالرجوع إلى القانون الذي يحكم هذا الالتزام وفقا لقواعد تنازع القوانين في الدولة التي تقام بها الدعوى[21].

والواقع من الأمر أنه لا يمكن التسليم المطلق بأن مصلحة الأطراف تكمن في عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه إذ أن تحقيق هذه المصلحة على نحو مؤكد يستوجب أن يكون لدى الأطراف العلم اليقيني بإمكانية الاختيار بين تطبيق أحد القانونين، إما القانون الأجنبي أو قانون القاضي المعروض عليه النزاع[22].

والجدير بالذكر أن فكرة حرية التصرف في الحقوق ليست فكرة مطلقة، حيث توجد حالات يتم فيها الخروج عليها ولا يكون لاتفاق الأطراف أي أثر في التمسك بتطبيق القانون الأجنبي ومن هذه الحالات:

- إذا تعلق الأمر بقاعدة التنازع الوارد النص عليها في معاهدة دولية، فإذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فلا يجوز للقاضي عدم تطبيق القانون الأجنبي بحجة أن الأطراف لم يطلبوا تطبيق هذا القانون ويستند ذلك إلى أن نصوص المعاهدة تعد أسمى من القانون الداخلي ومن ثم وجب تنفيذ الأحكام الواردة بها[23].

وبعد إبرام معاهدة روما بين الدول الأوروبية فإن القاضي يلتزم من تلقاء نفسه بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد معاهدة روما في مجال العقود الدولية[24].

- حالة إبرام الأطراف التصرف في بلد أجنبي، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه[25].

- يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته إذا كان تطبيق هذا القانون ناتجا عن قاعدة تنازع أحادية الجانب[26]، فإذا أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي وكان هذا القانون الأخير ينص على قاعدة أحادية الجانب في خصوص المسألة المتنازع بشأنها وجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي تلقائيا استنادا إلى أن القاعدة أحادية الجانب ترمي إلى تحقيق هدف معين لا سبيل إلى إدراكه إذا قام القاضي بتطبيق قانونه الوطني[27].

المطلب الثاني: اتفاق الأطراف وسيلة لاستبعاد قاعدة التنازع.

يسمى اتفاق الأطراف الرامي إلى استبعاد تطبيق قاعدة التنازع على العلاقة القانونية بالاتفاق الإجرائي بهدف التمييز بينه وبين الإنفاق الذي يحكم النزاع من الجانب الموضوعي وفقا لقواعد تنازع القوانين وهو ما يطلق عليه اصطلاحا الاتفاق الموضوعي[28].

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.

من الحقوق التي يتمتع بها أطراف الرابطة القانونية وطبقا لمبدأ قانون الإرادة الحق في اختيار القانون الذي يخضع له العقد[29]. فهل يتعين على الأطراف اختيار هذا القانون تزامنا مع وقت إبرام العقد، أم أن في إمكانهم تحديده في وقت لاحق على إبرام العقد؟.

الأمر الذي يهم أطراف الرابطة القانونية عند إبرام العقد هو الاتفاق على المسائل الدقيقة المتعلقة بحقوق والتزامات كل منهم، وبالتالي إرجاء مسألة تحديد القانون إلى وقت لاحق على إبرام العقد[30].

وفي مقابل ذلك، هناك حالات يتم فيها اتفاق الأطراف لحظة إبرام العقد على تطبيق قانون دولة ما، ويرجع ذلك لأسباب عدة منها تغيير مكان تنفيذ العقد أو تغيير المقر الرئيسي للمشروع المزمع إقامته[31].

يستخلص مما تقدم أن هناك حالتين لاختيار القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. الحالة الأولى: وهي ألا يحدد الأطراف هذا القانون عند إبرام العقد ويقومون باختياره في وقت لاحق والحالة الثانية هي أن يرغب الأطراف في تغيير القانون الذي سبق لهم تحديده.

أثارت مسألة إمكانية التحديد اللاحق على إبرام العقد للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لدى فقهاء القانون الدولي الخاص جدلا كبيرا، وظهر على إثر ذلك اتجاهين أساسيين :

- **الاتجاه الأول:** ينكر على الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق على إبرام العقد، ووفقا لهذا الاتجاه إذا لم يقم الأطراف باختيار القانون عند إبرام العقد فلا يستطيعون تحديده بعد ذلك ويترتب على ذلك أن القاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يتولى عملية تحديد هذا القانون، ويترتب على ذلك أيضا أن اختيار الأطراف للقانون عند إبرام العقد يعتبر تحديدا نهائيا لا يملكون تعديل هذا الاختيار في وقت لاحق حتى وإن تبين لهم عدم ملاءمته في حكم الرابطة القانونية[32].

- **الاتجاه الثاني:** هو إطلاق حرية الأطراف في تحديد وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبالتالي أصبح بإمكانهم إبرام العقد دون التعرض لمسألة القانون الذي سيخضع له ثم يقومون في مرحلة لاحقة بتحديده أو يقومون بتعديل الاختيار السابق لهم في حالة تحديده من قبل[33].

ومع أن أنصار هذا الاتجاه يقرون بإمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بعد إبرام العقد فإنهم اختلفوا في شكل الاتفاق الذي بموجبه سوف يتحدد القانون المختار من الأطراف ونتيجة لذلك ظهر رأيين في هذا الشأن:

- **الرأي الأول:** يشترط ضرورة وجود اتفاق صريح من قبل الأطراف على القانون الواجب التطبيق وتبنى هذا الاتجاه المشرع الفرنسي. ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية عابت المحكمة على قاضي الموضوع استبعاده لشرط الضمان المنصوص عليه في العقد دون البحث عن ذلك وفقا للقانون الواجب التطبيق على عقد البيع مع أنه لا يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف على استبعاد تطبيقه[34].

- **أما الرأي الثاني:** الذي تم تبنيه من قبل بقية المشرعين فإنه لا يفرق بين حالة وجود اختيار صريح أو اختيار ضمني، فكلهما ملزم للقاضي سواء تم اختيار القانون وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق.

كما تجدر الإشارة إلى أن معاهدة روما لسنة **1980** سمحت لإرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ولو حصل ذلك في وقت لاحق على إبرام العقد[35].

وفي نفس السياق أقر مجمع القانون الدولي حق الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق اللاحق على إبرام العقد وبذلك يكون المجمع قد انتصر إلى إعمال مبدأ سلطان الإرادة على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي[36].

أما في مجال التحكيم الدولي، ففي العديد من المنازعات التي فصل فيها مركز تسوية منازعات الاستثمار الذي تم إنشاؤه بموجب معاهدة واشنطن لسنة **1965**. نماذج من الأمثلة ومن ذلك أن محكمة المركز فصلت في النزاع وفقا لنظام التحكيم بقواعد العدالة **ex aequo et bono** استنادا للاتفاق المبرم بين الأطراف الذي جرى أثناء نظر إحدى جلسات النزاع[37].

وتجدر الإشارة إلى أنه في الحالة التي يظهر فيها الأطراف التعبير على إرادتهم في اختيار قانون ما بعد إبرام العقد فإن هذا القانون يسري على العقد بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد[38]، ويتفق هذا الحل مع مبدأ وحدة النظام القانوني للعقد، إضافة إلى كونه نتيجة منطقية لقبول الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي برز أثناء تنفيذ العقد[39].

ونخلص مما تقدم أنه إذا كان الأطراف يملكون حرية تحديد القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد، إلا أن هذه الحرية يخضع إعمالها لقيدين أساسيين:

- **القيد الأول:** وهو يتمثل في ألا يؤثر الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على سلامة العقد من حيث الشكل.

- **القيد الثاني:** وهو عدم المساس بحقوق الغير حسني النية، فالغير الذي يستفيد مثلا من اشتراط لمصلحته وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف وقت إبرام العقد لا يجوز المساس بحقه إذا قام الأطراف بتعديل القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق[40].

الفرع الثاني: التمايز بين الاتفاق الإجرائي و الاتفاق الموضوعي.

أهم ما يميز الاتفاق الإجرائي عن الاتفاق الموضوعي في نطاق العقود الدولية طويلة المدة إن الاتفاق الإجرائي الذي يتم بين الأطراف يسمح بإيجاد حل وقتي لمشكلة أو نزاع ما، مع عدم الإخلال بالسير الطبيعي للعملية التعاقدية برمتها، فمثلا على إثر حدوث نزاع بين الأطراف يمكنهم أثناء سير إجراءات النزاع الاتفاق على تطبيق قانون ما. ويقتصر إعمال هذا القانون على هذا الجزء فقط دون شموله لكافة عناصر العقد، فيصير بذلك اتفاقا إجرائيا. أما إذا رغب الأطراف واتجهت إرادتهم إلى عدم قصر تطبيق هذا القانون على الجزء أو العنصر الذي شكل النزاع، وإنما شموله على كل ما يتعلق بالعملية التعاقدية في المستقبل فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة باتفاق موضوعي وليس باتفاق إجرائي. كما أن هناك اختلاف بين الاتفاقين فيما يتعلق بموضوع وقيمة الاتفاق الحاصل بين الأطراف وعلى ذلك فإنه إذا تعلق الأمر باتفاق موضوعي فإن القانون الواجب التطبيق يسري وفقا لقواعد التنازع على كل عناصر العقد، كما أن هذا الاتفاق الموضوعي يسري بالنسبة للمستقبل، أما بالنسبة للاتفاق الإجرائي فإنه لا يسري إلا على النزاع المرتبط به وهو بهذا يتفوق على الاتفاق الموضوعي المحدد من قبل الأطراف غير أنه لا يسري بالنسبة للمستقبل[41].

هناك اختلاف أيضا بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي يتمثل نطاقه وفي مقدار الحرية المتاحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ففي الاتفاق الموضوعي يحق للأطراف اختيار تطبيق قانون وطني صادر عن دولة ما كما في إمكانهم اختيار قواعد قانونية غير وطنية كما هو الحال بالنسبة لعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون[42]. أما إذا تعلق الأمر باتفاق إجرائي فإنه ليس من حق الأطراف اختيار قواعد قانونية غير وطنية ويتعين عليهم عندئذ أن يكون اختيارهم قد انصب على قواعد قانونية وطنية ضمن نظام قانوني لدولة ما.

يختلف الاتفاق الإجرائي على الاتفاق الموضوعي من حيث الشكل، فالاتفاق الموضوعي **L'accord de fond** يترك فيه قدر من الحرية للإرادة الضمنية للأطراف كما هو الحال بالنسبة لموقف الأطراف أثناء سير إجراءات النزاع، أما إذا أراد الأطراف أن يعطوا لاتفاقهم صفة الاتفاق الإجرائي فإنه يتعين أن يكون الاتفاق الحاصل بينهم صريحا **un accord exprès** كما تقضي بذلك المادة **(12)** من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية[43].

من الملاحظ أن معظم الأنظمة القانونية تشترط في الاتفاق الإجرائي أن يكون صريحا وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاق الموضوعي الحاصل بعد إبرام العقد. إذا قام الأطراف بتغيير القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا التغيير اللاحق **le choix postérieur** يخضع لنفس القواعد المتعلقة بالاختيار المبدئي الأصلي الذي تم عند إبرام العقد **le choix initial** ومن ثم يمكن القول بأن الشكل المتطلب في اتفاق الأطراف الإجرائي أو الموضوعي يرتبط ارتباطا وثيقا بمدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع في قانونه من تلقاء نفسه[44].

من جهة أخرى يمكن القول بأن الاتفاق الإجرائي يؤدي وظيفة أخرى (غير استبعاد قاعدة التنازع) وهي نفس الوظيفة التي تقوم بها الشروط الاستثنائية **Les clauses d'exception** فالشروط

الاستثنائية تهدف إلى استبعاد القاضي الناظر في النزاع للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع إذا تبين له أن هناك قانون آخر أكثر صلة بالرابطة القانونية، وفي هذه الحالة يكون القاضي هو الذي استبعد قاعدة التنازع وليس الأطراف. في حين أن الاتفاق الإجرائي يخول للأطراف وليس للقاضي استبعاد قاعدة التنازع، وبعد ذلك يقوم القاضي بوضع اتفاق الأطراف موضع التنفيذ[45].

والخلاصة التي يمكن استنتاجها أن الاتفاق الإجرائي يهدف إلى نفس ما يهدف إليه مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص. فهذا المبدأ يهدف إلى توسيع نطاق حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويهدف الاتفاق الإجرائي إلى تحقيق نفس الغاية وهو ما يتفق مع الاتجاه الحديث في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة التي تترك قدرا من الحرية لإرادة الأطراف في بعض قواعد تنازع القوانين.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على إعمال الاتفاق الإجرائي

إذا كان من حق أطراف الرابطة القانونية الاتفاق على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع إذا قاموا باختيار تطبيق القانون الوطني للقاضي، على أن التساؤل يدور حول مدى حق الأطراف في استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية لصالح تطبيق قانون أجنبي غير قانون القاضي.

المطلب الأول: استبعاد قاعدة التنازع لصالح تطبيق قانون القاضي

يرى البعض من الفقه أن الاتفاق الإجرائي يهدف إلى استبعاد قاعدة التنازع وقصره على تطبيق قانون القاضي فما هي الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها هذا الاتجاه؟ وما هي الانتقادات التي وجهت إليه؟

الفرع الأول: حجج الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار قانون القاضي

يذهب جانب كبير من الفقه إلى أنه بواسطة الاتفاق الإجرائي المبرم بين الأطراف وبموجبه يتم استبعاد القانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنازع المعتادة، فإن هذا الاستبعاد نتيجته تكون لصالح تطبيق قانون القاضي فقط ومن ثم فإنه من غير الجائز أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي.

فحسب وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي أن الأمر لا يتعلق باستبعاد قانون ما سواء كان القانون الوطني أو قانون أجنبي وإنما الأمر يتعلق باستبعاد قاعدة التنازع ذاتها. ففي الحالات التي يملك فيها الأطراف التصرف في الحقوق يمكن لهم استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، حيث تعد قاعدة التنازع في هذه الحالة اختيارية ليس فقط في نتيجتها (استبعاد تطبيق القانون الذي أشارت إليه) ولكن اختيارية في تطبيقها ذاتها. وبذلك أن الأطراف أمامهم أحد الأمرين:

إما أن يختاروا تطبيق قاعدة التنازع، وإما عدم اختيارها ويقوموا بإبرام الاتفاق الإجرائي. ففي اختيار الأطراف أن تحكم الرابطة القانونية بواسطة قاعدة التنازع، في هذه الحالة يتم الاحتكام إلى القانون الذي تشير إليه سواء أكان هو القانون الوطني أو قانون أجنبي.

أما إذا اختار الأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة الاتفاق الإجرائي فإن هذا يعني أنهم بهذا الاستبعاد أرادوا أن تعامل الرابطة القانونية باعتبارها رابطة داخلية بغض النظر عن العنصر الأجنبي الذي اشتملت عليه تلك الرابطة، ويترتب على ذلك أنه إذا قام الأطراف باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع فإن هناك قانون واحد فقط هو القابل للتطبيق وهو قانون القاضي[46].

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه إلى قصر أثر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط **accord d'exclusio juris** ويصير بالتالي اتفاقا قاصرا على إعمال قانون القاضي على الرابطة القانونية وتنتفي إمكانية اعتباره اتفاقا لاختيار القانون الواجب التطبيق **accord d'électio juris**.

كبار الفقهاء في فرنسا الذين أيدوا هذا الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار قانون القاضي فقط مستندا في ذلك أن السماح للأطراف باختيار تطبيق قانون أجنبي فإن ذلك من شأنه أن يتعارض مع ما هو مستقر عليه في فرنسا من عدم وجود التزام على عاتق القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته[47]. ويضيف الفقيه الفرنسي – **مايير**– فنحن من ناحية نريد تخفيف العبء على القاضي بعدم إلزامه بتطبيق القانون الأجنبي عندما تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، ولكن من ناحية أخرى نلزمه بتطبيق القانون الأجنبي الذي اتفق الأطراف على تطبيقه بواسطة الاتفاق الإجرائي، لذلك يرى أن الاتفاق الإجرائي ينبغي أن يقتصر على السماح للأطراف باختيار تطبيق القانون الوطني فحسب حتى لا يؤدي هذا إلى الإخلال بقاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته[48].

كما أن قانون القاضي وفقا للاتجاه السابق فإنه يتمتع باختصاص إسناد مساعد **un rattachement subsidiaire** ويطبق في الحالات التي لا يطبق فيها القانون الأجنبي كأن يتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي أو يتعذر إقامة الدليل على محتوى نصوص القانون الأجنبي بالإضافة إلى الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على تطبيق قانون القاضي.

الفرع الثاني: تقدير حجج الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار قانون القاضي

على الرغم من وجاهة الحجج التي قدمها أنصار الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار قانون القاضي، فإن هذه الحجج لاقت انتقادا كبيرا من جانب الفقه الذي لا يؤيد قصر الاتفاق الإجرائي على اختيار قانون القاضي وبالتالي الرد على حجج الرأي الأول بما يلي:

- إذا كان الاتفاق الإجرائي يهدف إلى استبعاد قاعدة التنازع ذاتها ولا يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة فإن ما يترتب على ذلك منطقيا أن استبعاد قاعدة التنازع يؤدي – وجوبا – إلى استبعاد تطبيق القانون المشار إليه بواسطتها، ومن ثم ليس هناك انفصال بين قاعدة التنازع والقانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه. وعليه فإن البعض الآخر من الفقه يرى أن التنازل من قبل الأطراف بواسطة إبرام الاتفاق الإجرائي لا يكون على قاعدة التنازع وإنما عن القانون الذي تشير إليه القاعدة.

- أن القول بتطبيق قانون القاضي لأنه يتمتع باختصاص إسناد مساعد أمر من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في التطبيق، وإذا كان هذا الاتجاه يسوي بين حالة الاتفاق الإجرائي وحالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام وحالة عدم التمكن من إقامة

التدليل على محتوى القانون الأجنبي. والتسوية بين هذه الحالات الثلاثة المذكورة ليست صحيحة لأنه في الحالتين الأخيرتين تم تطبيق قاعدة التنازع وأشارت إلى تطبيق قانون أجنبي وبالتالي تم احترام قاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي ولا يستبعد القانون الأجنبي إلا في حالة تعارضه مع النظام العام أو العجز عن إقامة الدليل على محتواه أو الحالة التي يتم فيها التأكيد من تماثل النتائج بين القانون المختص وفقا لقاعدة التنازع والقانون الذي طبقه القاضي بالفعل[49].

وبهذه المثابة فإنه لا يمكن المساواة بين حالات الاستبعاد للقانون الأجنبي في هاتين الحالتين وحالة استبعاد القانون الأجنبي بواسطة الإنفاق الإجرائي التي تقوم فيها الأطراف باستبعاد تطبيق قانون القاضي لصالح تطبيق قانون أجنبي فإن استبعاد إعمال هذا الأخير– لمجرد القول بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي– من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي[50].

- من جهة أخرى يستند الفقه إلى حجة مؤداها أن من شأن السماح للأطراف في الإنفاق الإجرائي باختيار قانون أجنبي تعارض هذا مع ما استقر عليه القضاء الفرنسي من عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه. غير أن هذه الحجة غير حاسمة إذا لاحظنا أن هذا المبدأ ذاته قد تعرض للنقد من جانب الفقه الفرنسي ذاته وكان محل خلاف فقهي حول القيمة القانونية التي أضفاها المشرع الفرنسي على هذا المبدأ[51] وبالإضافة إلى أن هذا المبدأ (مبدأ عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه) أمر خاص بفرنسا وحدها لأن غالبية النظم القانونية الأخرى تأخذ بمبدأ إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته[52] دون أن يطلب الأطراف تطبيق القانون الأجنبي[53].

وتجدر الإشارة أن غاية الإنفاق الإجرائي هو تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع المعتادة، ومن ثم فإن قصر الإنفاق الإجرائي على إمكانية اختيار قانون القاضي، فإن ذلك من شأنه إفراغ الإنفاق الإجرائي من قيمته ومن ثم يكفي لتطبيق قانون القاضي ألا يتمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع وبالتالي لسنا في حاجة إلى وجود اتفاق إجرائي في صالح تطبيق قانون القاضي.

ولكي ينتج الاتفاق الإجرائي أثره القانوني والاعتراف بقيمته فإن ذلك يقتضي السماح للأطراف باستبعاد تطبيق القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع سواء أكان الاستبعاد قد انصب على قانون القاضي لصالح تطبيق قانون أجنبي أو كان استبعاد لقانون أجنبي في صالح تطبيق قانون القاضي.

المطلب الثاني: استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون أجنبي

يفسر البعض من الفقه بأن تطبيق القانون الفرنسي في قضية **(روهو)** من قبل محكمة النقض الفرنسية وهو الحكم

الذي اعترف بنظام الاتفاق الإجرائي بأن القانون الفرنسي لم يطبق بوصفه قانون القاضي وإنما بوصفه كذلك القانون الوطني لطرفي النزاع وقانون دولة تسجيل المركبة المستخدمة في الحادث[54].

إذا كان المسلم به أن من حق الأطراف في الاتفاق الإجرائي اختيار تطبيق قانون أجنبي فإن التساؤل يثار حول نطاق السلطة والحرية الممنوحة للأطراف في هذا الشأن ، فهل يملك الأطراف اختيار تطبيق أي قانون أجنبي ولو لم تكن هناك أية صلة بين القانون المختار والرابطة القانونية محل النزاع؟

بالرجوع إلى معاهدة روما لسنة **1980** التي تعتبر القانون المشترك لدول الإتحاد الأوروبي ولها الأسبقية في التطبيق من طرف القضاء في هذه الدول التي تطلبت ضرورة وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المطبق[55]. واشتراط معاهدة روما لسنة **1980** لضرورة توافر علاقة وثيقة مع موضوع النزاع يعتبر أمرا في غاية الأهمية ، لأن من شأن ذلك تقييد سلطة القاضي التي قد يسيء استعمالها إذا تمتع بسلطة مطلقة والملاحظ على النص السابق لمعاهدة روما أنه يتعلق بالحالة التي يقوم فيها القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق بذاته في غيبة قانون الإرادة ولم تنص المعاهدة على قيد مماثل عندما يتولى الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يعني أن من حق الأطراف اختيار تطبيق أي قانون ولو لم يكن يتضمن أي صلة مع الرابطة القانونية[56].

ولذلك فإن أغلب الفقه يرى بأن للأطراف كامل الحرية في تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية. وحتى بالنسبة للرأي الذي يشترط وجود علاقة بين العقد والقانون المختار فإن هناك معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة إذ يمكن الاكتفاء على سبيل المثال بإحالة الأطراف على نصوص عقد نموذجي تم إعداده طبقا لنصوص قانون معين[57].

وفي مقابل ذلك هناك بعض القوانين التي تشترط ضرورة قيام الأطراف باختيار قانون على صلة وثيقة بالعلاقة التعاقدية ومن ذلك قانون التحكيم الإسباني الصادر في **05** ديسمبر **1988** إذ تنص المادة **(62)** منه على "يفصل المحكمون في النزاع طبقا للقانون المختار صراحة من الأطراف بشرط وجود علاقة ما بين هذا القانون والعقد المبرم بين الطرفين أو النزاع الناشئ عنه"[58].

وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الجزائري لم يشترط ضرورة وجود علاقة أو صلة بين القانون المختار من أطراف الرابطة القانونية والعقد محل النزاع ونصت المادة **(1050)** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[59].

وفي ذات السياق وأثناء المفاوضات التي سبقت إبرام معاهدة فيينا سنة **1985** المتعلقة بالبيع الدولي قدمت الولايات المتحدة الأمريكية اقتراحا محتواه أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما ليحكم النزاع واتضح من الظروف عدم وجود رابطة معقولة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية قام القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة.

والمسلم به أن الهدف من الاتفاق الإجرائي هو تقوية مبدأ سلطان الإرادة وتوسيع المجال الذي يمكن فيه لإرادة أطراف الرابطة القانونية تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يمكن استعارة الحلول السابقة المعمول بها في مجال القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وعليه يمكن القول بأن الأطراف في الاتفاق الإجرائي لا يلتزمون باختيار قانون معين تكون بينه وبين الرابطة القانونية صلة ما[60].

ويذهب جانب من الفقه إلى أن عدم اشتراط صلة بين القانون المحدد بواسطة الاتفاق الإجرائي والرابطة القانونية من شأن ذلك إمكانية اختيار الأطراف لقانون أجنبي منعدم الصلة بالرابطة القانونية مما يؤدي إلى تفويت الغرض من قاعدة التنازع التي تهدف إلى إسناد الرابطة القانونية إلى أنسب وأوثق القوانين بها من الناحية الموضوعية[61].

ولحسم مسألة ارتباط القانون المختار من قبل الأطراف بواسطة الاتفاق الإجرائي بالرابطة القانونية فإنه ينبغي التفرقة بين نوعين من قواعد التنازع المعتادة.

النوع الأول: إذا كانت قاعدة التنازع الأصلية تجيز للأطراف الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق فإنه بإمكان الأطراف استبعاد تطبيق هذه القاعدة وأن يختاروا في الاتفاق الإجرائي أي قانون ولو لم تكن له صلة بالعقد، وهذه الحالة تتوافر في مجال الالتزامات التعاقدية حيث يسود مبدأ سلطان الإرادة[62].

أما النوع الثاني: من قواعد التنازع التي لا تترك للأطراف إلا حرية محدودة في الاختيار بين قانونين مثلا، أو تحدد القانون الواجب التطبيق موضوعا دون ترك هامش لحرية الأطراف فإن الاتفاق الإجرائي يتعين أن يتمشى في هذه الحالة مع الهدف الأساسي من قاعدة التنازع وذلك بأن يكون القانون المختار من قبل الأطراف في الاتفاق الإجرائي على صلة بالرابطة القانونية.

و مما سبق نقر أن الاتفاق الإجرائي لا يهدف فقط إلى التنازل عن قاعدة التنازع المعتادة التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، وإنما يهدف إلى إحلال قانون آخر محل القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع ومن ثم من حق الأطراف اختيار القانون الذي يحل محل القانون المستبعد ولا يجوز قصر إعمال هذا الحق على قانون القاضي دون غيره من القوانين.

الخـاتمة:

تناولنا في هذا البحث أثر الاتفاق الإجرائي الذي يعني قيام أطراف العلاقة القانونية باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق القانون المختص والمطالبة بتطبيق قانون آخر أمام القاضي أو المحكم أثناء سير إجراءات النزاع.

لم تسلم قاعدة التنازع التقليدية من النقد كونها تكتفي بمجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق دون أن تلقي بالا إلى النتائج التي تترتب على تطبيق القانون المشار إليه من نتائج غير متوقعة وغير مرغوب فيها بالنسبة لأطراف الرابطة القانونية. ومن ثم استحدث الفقه الاتفاق الإجرائي الذي بواسطته يتم استبعاد قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون ما، والمطالبة بتطبيق قانون آخر يكون أكثر استجابة للتوقعات المشروعة للأطراف وأكثر تحقيقا لمصالحهم.

وعلى الرغم من النتائج والمزايا التي يرتبها إعمال الاتفاق الإجرائي إلا أنه ينبغي عدم المغالاة في قيمتها. فلكي يكون للاتفاق الإجرائي قيمته وفعاليته ينبغي أن يوضع مبدأ إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، بحيث لا تتم التفرقة بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الوطني والحالة العكسية التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها قانونا أجنبيا. ويترتب على ذلك أن تحتفظ قاعدة التنازع بقوتها الإلزامية تجاه القاضي الوطني ولو أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي.

في الأنظمة التي لا تلقي على عاتق القاضي الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته ليست هناك حاجة للاتفاق الإجرائي ، فطالما أن القاضي لا يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وبما أن الاتفاق الإجرائي يقتصر أثره على حالة اختيار الأطراف لتطبيق قانون القاضي ، فإن تحقيق هذه الغاية

يكون بعدم تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي ودون أن تكون هناك حاجة لإبرام الاتفاق الإجرائي. وفي هذه الحالة سيطبق القاضي الوطني قانونه تلقائيا.

ولكي يحتفظ الاتفاق الإجرائي بقيمته كاملة وهو حق الأطراف في استبعاد تطبيق قاعدة التنازع ومن ثم استبعاد تطبيق القانون الذي أشارت إليه وتطبيق قانون آخر يتعين التسليم بالاعتبارات التالية:

- ينبغي أولا وجود التزام على عاتق القاضي الوطني بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية أيا كان القانون الذي تشير إليه، ومن ثم يلتزم القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته ولا ينبغي أن يلقى عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي على عاتق الأطراف.

- ينبغي عدم تقييد حرية الأطراف في الاتفاق الإجرائي بقصره على حالة اختيار تطبيق قانون القاضي ومن حق أطراف الرابطة القانونية بعد استبعاد تطبيق القانون المختص أصلا وفقا لقاعدة التنازع اختيار تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحتهم سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي ذاته أم كان قانونا أجنبيا.

الهوامش:

(1) أنظر في مختلف التعريفات التي أوردها الأستاذ الدكتور: أحمد عبد الكريم سلامة : تأملات في ماهية قاعدة التنازع المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون لسنة 1995، ص 97 – 98 .

(2) قاعدة التنازع أو قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي يضعها المشرع ووظيفتها هي تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي. وقاعدة التنازع قد تكون أحادية الجانب عندما تشير إلى تطبيق قانون القاضي فقط، وقد تكون مزدوجة الجانب في الحالات التي تشير فيها إلى قانون القاضي من جهة وقانون أجنبي من جهة أخرى.

(3) مجمع القانون الدولي نص صراحة في قراره الصادر بتاريخ 25 أبريل 1992على وجوب عدم التفرقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في هذا الشأن فإن:

"les règles de droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et de la loi étrangère"

(4) من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (18) مـــن القانون المدني: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

(5) حدد المشرع الجزائري هذه القوانين على سبيل الحصر ضمن نص المادة (19) من القانون المدني "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

(6) يعبر الأستاذ لاجارد **LAGARDE** عن ذلك بقوله:

"Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec Lequel il présent les liens les plus étroits" V. PaulLagarde: le principe de proximité dans le droit international privé contemporain , RCADI , tome 196 , 1986 , p. 29 .

(7) **Dominique Bureau: L' accord procédural à l'épreuve, Revue critique de droit international privé, 1996, p.589.**

(8) د. هشام علي صادق- د. عكاشة محمد عبد العال: التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية الجزء الأول – تنازع القوانين – دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2011، ص 148–149.

(9) د. أشرف وفاء محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة إتقان الأطراف " نظام الاتفاق الإجرائي" المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد الستون، 2004، ص 70 .

(10) د. أشرف وفاء محمد: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(11) ووفقا لحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25-مايو1987فإن محكمة النقض قضت بما يلي:

"Violé les articles 310 du code civil et 12 du nouveau code de procédure civile l'arrêt qui déclare irrecevable en tant que fondée Sur le code civil français la demande en divorcée de deux époux espagnols dont un seul est domiciliée en France .Le juge français Ne peut, en effet, s'abstenir de faire application de la loi espagnole qui se reconnait compétente même si cette loi n'était pas Invoquée par la demanderesse et ne l'était par le défendeur que pour faire écarter une demande Fondée sur le droit français " V. Cass. Civ . 25 mais 1987, clunet, 1987 p.927.

(12) الحكم الثاني الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18أكتوبر 1988وهو يخص تطبيق القانون السويسري الذي استبعده قضاة الاستئناف وطبقوا القانون الفرنسي على عقد هبة مبرمة من قبل الأب لمصلحة امرأة ضد مصلحة ابنته الوارثة الوحيدة، مع أن قاعدة التنازع الفرنسية تقضي بتطبيق قانون آخر موطن للمتوفي الذي كان مقيما في سويسرا أنظر في:

Grands arrêts de la jurisprudence français de droit international privé, 4e édition, Paris, Dalloz ,2001 p.585

(13) حكم 4 ديسمبر 1990وفيه قضت المحكمة العليا الفرنسية برفض المطالبة بتطبيق القانون الهولندي لأن الشركة المدعية لم تتمسك أمام قاضي الموضوع بتطبيق هذا القانون في حين أنه كان يمكنها التمسك بتطبيقه لأن الأمر يتعلق بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

(14) يقرر البعض من الفقه الفرنسي في هذا الشأن أن:

" le juge français aime mieux la loi français que la loi étrangère" Cyrille David: la loi étrangère devant le juge du fond, Dalloz, 1965, p. 15.

(15) وفي هذا الحكم قضت محكمة النقض الفرنسية بما يلي:

"Lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celle spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au font" V. cour de cassation 26 mai 1999 in: B. Ancel et Yves lequette: Grands arrêts de la jurisprudence français de droit international privé4e édition, Parise, Dalloz, 2001, p. 684 .

(16) وجه الفقه التقليدي عناية شديدة في مستهل هذا القرن بدراسة طبيعة القانون الأجنبي وصفته أمام القضاء الوطني فالبعض منهم اعتبره عنصرا من عناصر الواقع، بينما آمن البعض الآخر باحتفاظه بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني. أنظر في ذلك: د. هشام علي صادق - د. عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 140.

(17) تنص المادة 3/12من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أن :

"le juge ne peut changer le dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties. En vertu d'un accord exprès et pour les droit dont elles ont la libre disposition l'ont lié par les questions et points de droit auxquelles elles entendent limiter le de bat

(18) أنظر في هذا المعنى: **Batifole et Lagarde: Droit international privé, tome1, 8e édition, LGDJ .Paris, 1993. P.535.**

(19) يضيف الفقيه (بيار مايير) مع ذلك أن تطبيق قانون الموضوع على قابلية الحقوق للتصرف أمر غير عملي ويجعل مهمة القاضي عسيرة لأن عليه قبل أي شيء أن يرجع إلى القانون الأجنبي للتعرف على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

(20) تنص المادة الخامسة من معاهدة بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 على أن :

"Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant pouvait être attrait devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été doit être exécutée".

(21) من أمثلة ذلك حكم محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 6 أكتوبر 1976والمنشور في:

CJCE. 6 octobre 1976, Revue critique de droit international privé, 1979, p. 751.

وأيضا حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 فيفري و27جوان2000 أنظر:

CIV- 8 février et 27 juin 2000. Revue critique de droit international, privé. 2001. P. 148.

(22) من الناحية الواقعية أن علم الأطراف بمضمون القانون الأجنبي لا يتوافر في غالب الحالات، فهم لا يعلمون بوجوب تمسكهم بالقانون الأجنبي لإمكانية تطبيقه من قبل القاضي المعروض أمامه نزاعهم وعليه فإن المنطق القانون السليم ينبغي أن لا يعلق تطبيق قواعد التنازع على إرادة الطرف أو الأطراف، بل ينبغي أن يكون هذا التطبيق إلزاميا بالنسبة للقاضي المعروض أمامه النزاع حتى وإن تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي ويعد في هذه الحالة استثناء على القاعدة

(23) سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي من المبادئ المستقرة في التشريع المقارن، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 150من الدستور الجزائري "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

(24) كاستثناء على القاعدة التي تلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه أحكام معاهدة روما في مجال الالتزامات التعاقدية أجازت محكمة النقض الفرنسية بالسماح للأطراف بالخروج على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية وتجسد هذا الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 6ماي 1997 والذي قضت فيه بأن:

"Pour les droit dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente un tel accord peut résulter des Conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par un contrat. Ancel et yvest lequette : Grands arrêts de la jurisprudences français de droit international privé , op , cit , p. 752.

(25) تنص المادة 19من القانون المدني الجزائري على "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ...

(26) تكون قاعدة التنازع أحادية الجانب إذا أشارت إلى تطبيق قانون دولة القاضي دون الإشارة الصريحة إلى القانون الأجنبي ومثالها نص المادة 10 من القانون المدني قبل التعديل.

(27) إذا كانت الغالبية من الفقه تؤمن بالتزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع الأحادية الجانب باعتبار أن هذه القاعدة ترمي إلى تحقيق غاية معينة لا يمكن تحقيقها بدون تطبيقها، لمزيد التفصيل أنظر في:

Yvon Loussouarn et Pierre Bourel : Droit international privé. 4e- édition, Paris, Dalloz ,1993 .p .251.

(28) **Dominique Bureau: l'accord procédural à l'épreuve, Revue critique de droit international privé 1996, p.589.**

(29) حق الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد من الحقوق التي كرست في معظم النظم القانونية وهو ترجمة لإعمال مبدأ سلطان الإرادة الذي بموجبه يختار الأطراف بمحض إرادتهم قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهم.

(30) د. أشرف وفاء محمد: مرجع سابق، ص 121 .

(31) في تفصيل هذه النقطة أنظر:

Tomas zewski: la désignation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le régit, Revue critique de droit international privé . 1972 .p. 567.

(32) تبنت محكمة النقض الإيطالية هذا الاتجاه في حكمها الصادر في 28جوان 1966وقضت بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يكون مقبولا إذا تبين أن هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق على إبرام العقد. أنظر في ذلك:

- V. Mario Giuliano : la loi applicable au contrat, problèmes choisis, RCADI, tome 158, 1977, p. 220. Et– Giuliano–Lagarde : rapport concernant la convention de Rom 1980 sur la loi applicable aux obligation contractuelles Journal Officiel des communautés européennes, 1980, nº C 282. p. 17.

(33) د. أشرف وفاء محمد: مرجع سابق، ص 123.

(34) أنظر تفاصيل ذلك في: **Cass. civ. 4 octobre 1989, Revue critique de droit international privé, 1990. p. 316.**

(35) تنص المادة (2/3) من معاهدة روما على أنه "يمكن للأطراف الاتفاق في أي وقت على استبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر. ولا يؤثر أي تغيير للقانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد على سلامة العقد من حيث الشكل وفق المادة التاسعة كما لا يؤثر على حقوق الغير".

(36) تنص المادة (06) من قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة 1992على أن:

1 – يمكن للأطراف بعد إبرام العقد اختيار القانون الواجب التطبيق أو تغيير الاختيار السابق له.

2 – يمكن للأطراف كامل الحرية في أن يمنحوا لهذا الاختيار أثرا رجعيا بشرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للغير. للمزيد من التفصيل حول قرار المجمع لسنة 1992 أنظر:

Les travaux préparatoires , annuaire de L'institut , 1991vol 64, tom 1, p. 43 et la résolution vol 64, tome 2, 1992, p. 382.

(37) أنظر قرار مركز التحكيم الفاصل في النزاع بين دولة الكونغو وشركة يونفونتي و بوندونت المؤرخ في 8 غشت 1980في جلسة التحكيم وقرار اللجنة الخاصةAD HOCالتابعة لمركز تسوية منازعات للاستثمار الدوليةCIRDI مجلة التحكيم لسنة 1994، ص189.

(38) تستثنى من ذلك الحالة التي يؤدي فيها تطبيق القانون المختار بعد إبرام العقد إلى إبطاله ففي هذه الحالة يسري القانون المختار على جميع المسائل السابقة واللاحقة ما عدا حالة إبطال العقد فإنها تظل خاضعة للقانون الذي كان مفترضا أنه يحكم العقد لحظة إبرامه.

(39) أنظر في تفصيل ما يترتب على إعمال القانون المختار بعد إبرام العقد كل من:

-Lagarde : le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rom du 19 juin 1980 Revue critique, 1991 .p .304 . - Kassis: le nouveau droit européen des contrats internationaux , LGDJ , 1993 , p 396.

(40) د. أشرف وفاء محمد: مرجع سابق، ص 128.

(41) الجدير بالملاحظة أن تطبيق القواعد القانونية غير الوطنية يعد من الأمور المعتادة في مجال التحكيم الدولي، بل ويعتبر التحكيم الدولي هو الحقل والنطاق الطبيعي في تطبيقها الدولي.

(42) تنص المادة (12) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على :

"Toutefois، le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties، en vertu d'un accord exprès Et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent Limiter le débat. "

(43) إذا لم يكن القـاضي ملتزما بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه فإن الاتفاق بين الأطراف ليس ضروريا على تطبيق القانون الوطني، ويكفي في مثل هذه الحالة عدم مطالبة الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي. أما في الحالة التي يكون فيها القاضي ملتزما بتطبيق قاعدة التنازع تلقائيا كما هو الحال في أغلب النظم القانونية المعاصرة فإن فائدة الاتفاق الإجرائي لا ينعدم أثرها، ذلك أن القاضي يقع عليه التزام مضمونه تطبيق قانون محدد وهو القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانونه طالما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر ومـن ثم فإن الاتفاق الإجرائي يكفل تطبيق قانون غير القانون المحدد من قاعدة التنازع الوطنية سواء أكان هذا الأخير هو القانون الوطني أي قانون القاضي أو قانون أجنبي.

(44) أنظر في ذلك: **Bénédicte Fauvarque – cosson: libre disponibilité des droits et conflits de lois. LGDJ, Paris, 1996, p. 250**

حيث يقرر في هذا الشأن أن:

"On peut donc en quelque sorte considérer que les règles de conflit traditionnelles sont doublées par une règles de conflit subsidiaire général qui leur confère un caractère supplétif lorsque les droits litigieux sont disponibles".

(45) في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ27 أكتوبر1992 والذي قضت فيه بأن:

"Une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles – ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, lier le juge par les qualifications et point de droit auxquelles entendent limiter le débat", V. Bénédicte Fauvarque – cosson. Op. cit .p. 251.

(46) يقرر الاتجاه المنادي بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار تطبيق قانون القاضي ما يلي:

"La règle de conflit est facultative non plus dans son résultat (compétence de telle ou telle loi) mais dans son applicabilité même : Les parties ont le choix de faire Jouer ou de ne pas faire louer la règle de conflit, mais rien de plus, et la loi applicable s'en déduira.
Aussi si elles décident de recourir à la règle de conflit, la loi compétente sera celle que désigne cette dernière (les fori ou la loi Étrangère, peu importe) et aucune autre, car à ce niveau elles n'ont plus de faculté de choix.la situation et que cette dernière, donc, doit être traitée comme une situation purement interne. Ce que conduit à la compétence nécessaire et exclusive de lex fori" V. Jean – Marc Bischof : Rapport de synthèse sur le colloque concernant (les problèmes actuels posés par l'application de lois être ingères) Actes du colloque austro – franco – germano suisse de droit international privé comparé 22 et 23 mais 1986, travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris,1988 p. 134.

(47) طالما أنه لا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القوانين الأجنبية ولا يقع عليه التزام بذلك، فإن القانون الأجنبي لا ينظر إليه باعتباره قانون وإنما باعتباره واقعة ينبغي إقامة الدليل عليها من قبل من يتمسك بتطبيقه أنظر في تفصيل ذلك: د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 267.

(48) المستخلص من رأي الفقيه - مايير- أن القاضي المعروض أمامه النزاع فإذا كان غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانونه وهي قاعدة قانونية من وضع مشرعه الذي أعفاه من إلزامية الأخذ بها فمن باب أولى أن لا يأخذ بما ذهبت إليه إرادة الأطراف باختيارهم لقانون أجنبي ليحكم الرابطة القانونية بينهم.

(49) ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها بتاريخ 23 مارس 2000 حيث قضت:

"l'équivalence entre la loi appliquée et celle désigne par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente". Eric Agostini: Equivalence et conflit de lois, Recueil le Dalloz , n0 12 . 23 mars 2000, p 268.

(50) **Alexis Mourre: Chronique de droit international privé appliqué aux affaires - 1999. 2000. Revue de droit des affaires internationales, n0 3,2000, p. 364 .**

(51) **V . Daniel Ammar: l'office du juge et le droit international privé, Revue de jurisprudence commercial, juin 1999 p. 248.**

(52) هناك من النظم القانونية من ذهبت إلى تقرير مبدأ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، وفي نفس الوقت تمنح للأطراف حق استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لصالح تطبيق قانون القاضي. أنظر تفصيل ذلك في:

–Bénédicte Fauvarque – cosson : libre disponibilité des droits et conflits de lois op. cit, p. 285.

(53) يعترف الرأي الفقهي الذي ينادي بأن الاتفاق الإجرائي قاصر على قانون القاضي أن فرنسا تقف منعزلة عن القوانين الأخرى في نظرتها إلى عدم وجود إلزام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. أنظر في تفصيل ذلك:

Jean – Marc Bischof: Rapport de synthèse sur le Colloque concernant (les problèmes actuels posés par L'application des lois Etrangères Actes du colloque austro – franco – germano suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mais 1986. Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ , PARIS , 1988, 132.

(54) الملاحظ في حكم روهو أن محكمة النقض الفرنسية استخدمت تعبيرا عاما فيه إجازة للأطراف في طلب تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد بواسطة معاهدة دولية مما يوحي بأن المحكمة العليا الفرنسية تقبل اختيار الأطراف لقانون أجنبي.

(55) تنص المادة(1/4) من معاهدة روما على أن: **" le contrat est régie par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ".**

كما تضمنت الفقرة الثانية من نفس المادة العديد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير توافر هذه العلاقة المتطلبة بين العقد والقانون المختار من بينها الموطن المشترك، المقر الرئيسي للشركة، مقر الإدارة المركزية .. تنص المادة (1/4) من معاهدة روما على أن:

" le contrat est régie par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ".

كما تضمنت الفقرة الثانية من نفس المادة العديد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير توافر هذه العلاقة المتطلبة بين العقد والقانون المختار من بينها الموطن المشترك، المقر الرئيسي للشركة، مقر الإدارة المركزية ....

(56) **E. Gaillard: point de vue d'un utilisateur étranger, Revue de droit des affaires internationales, 1989, p799.**

(57) **H. Batifol: la approprie au contrat , mélanges Goldman, librairies techniques , Paris , 1982. P. 4.**

(58) أنظر في نصوص قانون التحكيم الإسباني رقم 36 لسنة 1988 الصادر في 05 ديسمبر 1988 والمنشور في مجلة التحكيم لسنة 1989 ص 352.

(59) أنظر في قانون التحكيم الدولي الذي جاء ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائية عدد 21 بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

(60) أنظر في مسألة صلة أو عدم صلة القانون المختار من الأطراف بالعقد محل النزاع:

Bénédicte Fauvarque – cosson : libre disponibilité des droits et conflits de lois- op. cit, p.288.

(61) د. أشرف وفاء محمد: مرجع سابق، ص 153.

(62) يتضح موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة (18) من القانون المدني والذي يشترط في القانون المختار من المتعاقدين أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وعليه فإن المشرع الجزائري جعل صلة القانون المختار بالمتعاقدين أولى من صلته بالعقد.