

جامعة جيجل
كلية الحقوق
قسم العلوم القانونية والإدارية



القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، تخصص: قانون السوق

إشراف الدكتور:

بلمامي عمر

إعداد الطالب:

عبد الوافي عز الدين

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	مؤسسة العمل	الصفة
د/ سمار نصر الدين	أستاذ محاضر	جامعة جيجل	رئيسا
د/ بلمامي عمر	أستاذ محاضر	جامعة سطيف	مشرفا ومقررا
د/ بن شويخ رشيد	أستاذ محاضر	جامعة البليدة	عضوا مناقشا
د/ حداد العيد	أستاذ محاضر	جامعة البليدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2007 - 2008م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ »

(هود: 88)

كلمة شكر

الحمد الكثير والشكر الجزيل للمولى عز وجل على

توفيقه إياي للبلوغ بهذا العمل إلى ما هو عليه.

كما أشكر والدي الكريمين على دعمهما لي ماديا ومعنويا.

و اشكر أيضا الأستاذ المشرف الدكتور بلمامي عمر، على ما قدمه

من توجيهات ، وما أولاه من اهتمام بهذه المذكرة طيلة فترة إعدادها.

وأتوجه بالشكر الخالص للأستاذ الفاضل قريمس عبد الحق، الذي

لم يبخل علي يوما بنصائحه.

إهداء

إلى أرواح أجدادي الطاهرة

إلى والدي الكريمين اللذان ربباني صغيرا

إلى إخوتي وأخواتي الذين تقاسموا معي حلو الأيام ومرها

إلى أساتذتي الكرام

إلى زملائي في مختلف أطوار الدراسة

إلى أصدقائي أينما وجدوا

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة هذا العمل.

عزالدين

مقدمة

يقصد بالالتزامات التعاقدية في هذا المجال، التصرفات الإرادية ذات الطابع المالي المحض، فالعقد عموماً هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين.

وإذا كان العقد يلعب في القانون الداخلي دوراً أساسياً في تبادل وتداول الثروات والخدمات، فإن ذلك الدور يتعاظم في القانون الدولي الخاص، فالعقود هي أداة تسيير التجارة الخارجية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود.

تتنوع العقود الدولية بتنوع موضوعاتها، فهناك العقود الدولية العادية، كعقد البيع الدولي وعقد التأمين الدولي... ومع ظهور قوانين الاستثمار والتنمية في الدول ظهرت عقود لها وزنها الاقتصادي والقانوني، كعقود التجهيز وعقود التوريد وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المفتاح في اليد، وكذا العقود البترولية.

وتتمثل أهمية دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في أن معرفة هذا القانون من شأنها أن تمكن أطراف العقد وكذا القاضي المطروح عليه النزاع من معرفة هذا القانون، خاصة وأن العقد يرتب التزامات في نمة أطرافه هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمكين القاضي أو المحكم من تطبيق ذلك القانون على العقد، وبالتالي إيجاد الحل المناسب لما يثيره الأطراف من نزاعات بشأن علاقتهم التعاقدية.

إن التعديل الذي أورده المشرع الجزائري على موضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نص المادة 18 من القانون المدني كان السبب في اختياري لهذا الموضوع، فبالرغم من وجود دراسات سابقة ترتبط بموضوع العقد الدولي، مثل القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، قانون العقد الدولي، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، إلا أن هذه الدراسات إما أنها ركزت الكلام على العقد الدولي بصفة عامة، وإما أنها تكلمت عن دور الإرادة في اختيار قانون العقد التجاري الدولي فقط، فضلاً عن أنها لم تتطرق إلى التعديل المذكور أعلاه نظراً لكونها سابقة له.

وتهدف دراسة موضوع " القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية" من الناحية النظرية، إلى إبراز ما جاء به المشرع الجزائري من تغيير في ضوابط الإسناد المعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وذلك من حيث الترتيب الذي وردت به في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أما من الناحية العملية فتهدف إلى محاولة إثراء الموضوع.

ولما كان الأمر يتعلق بالعقد الدولي، فإنه من المهم تحديد مفهوم هذا الأخير وإن كان الفقه يكاد يجمع على صعوبة تقديم تعريف جامع مانع لما يصطلح عليه بالعقود الدولية نظرا لتنوعها، بحيث أن للأفراد مطلق الحرية في إنشاء العديد منها تماشيا ومتطلبات التعامل التجاري الدولي.

وتعد مسألة تحديد هذا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه والقضاء حولها، فالمشكلة ليست في العقد ذاته باعتباره اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص، بل في دولية هذا العقد.

ولا شك أن تكييف العقد بأنه دولي من عدمه لا يتوقف على إرادة أطرافه وإنما يستمد القاضي من العلاقة العقدية في حد ذاتها، لأن منح الأفراد تحديد دولية العقد يؤدي إلى احتمال وجود تحايل عن القانون الداخلي بالتهرب من الأحكام الآمرة لهذا الأخير عن طريق إدعائهم بوجود هذا الشرط، أي دولية العقد، وبالتالي خلق وضعية تنازع غير موجودة أصلا.

ويثير العقد الدولي مشكلة تنازع القوانين، عكس العقود الداخلية التي تخرج من نطاق هذا التنازع والتي تخضع بداهة للقانون الداخلي وذلك نظرا لخلوها من العنصر الأجنبي.

ولقد حسم المشرع مشكلة تنازع القوانين عن طريق ما يسمى بـ "قواعد التنازع" أو "قواعد الإسناد" والتي يمكن تعريفها بأنها قواعد قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها.

منطلق دراستنا لهذا الموضوع كان من إشكالية مفادها: ما هي الضوابط التي يمكن بواسطتها تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

لنطرح بعد ذلك جملة من التساؤلات مفادها:

- هل لإرادة الأطراف مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يبرمونها؟، أم أنه يمكن الحديث عن قيود تحد من هذه الإرادة وتمنع من تطبيق القانون المختار؟

- هل يطبق القانون المختار على كافة جوانب العقد؟

- ما مدى تدخل كل من القاضي أو المحكم (في حالة عرض النزاع على التحكيم التجاري الدولي)؟ وما هي حدود سلطة كل منهما في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟

- مامدى فعالية الضوابط الاحتياطية الأخرى البديلة عن قانون الإرادة .؟

للإجابة على هذه الإشكالية وكذا مختلف التساؤلات المطروحة انتهجت المنهجين التحليلي والوصفي لمناسبتهما لطبيعة الموضوع التي تقتضي الوصف والتحليل، مقسما بذلك الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإدارة.

الفصل الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة .

الفصل الأول

خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

تتفق غالبية التشريعات وبالأخص الحديثة منها على الاعتراف أساساً بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية، فهي تعتبر قانون الإرادة أو القانون الذي يختاره أطراف العقد الدولي هو القانون الواجب التطبيق من حيث الأصل على الالتزامات التعاقدية، وإن كان يوجد اختلاف فيما بينها حول نطاق هذا الاختيار، إذ يتسع ويضيق مداه بحسب اختلاف الأنظمة التشريعية لكل دولة.

وانطلاقاً من كون العقود والاتفاقات⁽¹⁾ من أنسب الوسائل لتحقيق العدل في المعاملات المالية للأفراد، إذ من الطبيعي أن يرتضى الشخص التعاقد كلما كان في ذلك مصلحة له، فالرضا دليل وان كان غير بات على العدل، وفي حدود المصلحة العامة ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم، وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي.

غير أن المشرع رأى أنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات والاتفاقات ذات العنصر الأجنبي، فكما أن للمتعاقدين حرية بناء وإنشاء عقودهم، فلهم أيضاً، بخصوص العقود الدولية حرية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية. فإذا كانت تلك التصرفات والعقود تتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، فهذا لا يعني أنها توجد في فراغ قانوني، بل لا بد أن تخضع في تكوينها وشروطها وآثارها لقانون أو نظام قانوني معين وتحديد ذلك القانون هو عمل المتعاقدين، فلهم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم وهذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية.⁽²⁾

هذا، ويرى أنصار قانون الإرادة أن حرية أطراف العلاقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا تقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة، وإنما أساسها قاعدة الإسناد، فهي التي تخول للأفراد حق اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، وهذا معناه أن مصدر

1- إن تعبير "اتفاقات" ليس قاصراً على القانون الدولي، والعلاقات الدولية فحسب، ثم أن اختصاص نوع معين من القضاء بالفصل في منازعة بعينها إنما يعتمد أساساً على طبيعة هذه المنازعة سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأطراف، وليس على مجرد التسمية التي تعطى للصك القانوني المثبت لها، هذا فضلاً عن أن إطلاق لفظ امتياز البترول قد لا يقصد به المعنى الفني للفظ، فمثلاً نجد أن تعبير "عقد الامتياز" دارج الاستعمال في ألمانيا وسويسرا رغم أن القانون في هاتين الدولتين يعتبر الامتياز عملاً من جانب واحد هو الحكومة التي تعطى الامتياز، ولكن هذه التسمية لا تؤثر في شيء على التكيف القانوني للامتياز. راجع: محمد طلعت الغنيمي "شروط التحكيم في اتفاقات البترول"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة العددان الأول والثاني، 1962، ص51، هامش01.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة2000-2001، ص157،156.

إعطاء الاختصاص للقانون المختار هو قاعدة الإسناد، أما الإرادة فينحصر دورها في تركيز العقد، أي اختيار مقره، ومتى تعين مقر العقد وجب الخضوع لأحكام قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان إعمالاً لقاعدة الإسناد.(1)

ويعرف قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص بأنه "الحرية المتروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يخضعون له العقد إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلدان مختلفة"(2)، ولتحديد مجال الإرادة من حيث العقود يمكن القول أن دورها يقتصر فقط على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية .

لذلك فإن عقود الأحوال الشخصية مثل عقد الزواج وعقد التوريث تخرج من نطاق تطبيق قانون الإرادة ، فعقد الزواج المختلط بين زوجين مختلفي الجنسية بوصفه من أهم العقود التي ترتبط بمسائل الأحوال الشخصية، تلك المسائل التي حرص المشرعون عادة على تنظيمها على نحو أمر، الأمر الذي يبرر إسنادها للقانون الشخصي للزوجين دون الاعتداد بإرادتهما في هذا الشأن.(3)

ولا يسمح بتطبيق قانون الإرادة في العقود التي تمس المصالح الاجتماعية، فلا مجال لقانون الإرادة في عقود العمل نظراً لكونها من العقود الخطيرة التي ترتبط بالأهداف العليا للمجتمع، الأمر الذي أدى بالمشرعين في مختلف دول العالم إلى تنظيمه بقواعد أمره تحقيقاً للسياسة الاجتماعية المستهدفة من وراءه، مما يتعين معه عدم صلاحية قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية بالنسبة للمسائل المتعلقة بعلاقات العمل .(4)

كما يخرج من نطاق قانون الإرادة أيضاً عقود الدولة التي تبرمها بوصفها سلطة عامة بغرض تحقيق إحدى وظائفها الأساسية، مثل عقود شراء الأسلحة وعقود استغلال الثروات الطبيعية ، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص، أي التي

1- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص148.

2- بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار تليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أفريل 2007 ، ص 02.

3- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 149.

4- احمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين، طبعة 1989، مؤسسة الشباب ، ص 94 .
- باسم عواد محمود العموش، القانون واجب التطبيق وفقاً لمعيار الموطن، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية- القاهرة، 2006، ص247.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
تتعاقد فيها ليس بوصفها سلطة عامة فهي لا تدرج تحت ما يسمى بعقود الدولة وتخضع مثل
هذه العقود للمبادئ العامة في تنازع القوانين إسوة بغيرها من العقود الأخرى.

أما بالنسبة للعقود التي ترد على عقار فإنها أيضا مستثناة من قاعدة خضوع العقد لقانون
الإرادة، حيث تذهب غالبية التشريعات لإخضاعها لقانون موقعها.⁽¹⁾

والى جانب العقود المذكورة سابقا باعتبارها خارجة من نطاق قاعدة خضوع العقد
الدولي لقانون الإرادة، يوجد نوع آخر وهو العقد المبرم بين كل من المنظمة الدولية وشخص
القانون الداخلي، إذ ظهرت بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليه اتجاهات فقهية مختلفة
يمكن إجمالها فيما يلي:

يرى الاتجاه الأول أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم
بين المنظمة الدولية وأحد أشخاص القانون الداخلي، في حين يرى الاتجاه الثاني ضرورة
تطبيق المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة، أما الاتجاه الثالث فيميل إلى تطبيق
قانون المنظمة الدولية.⁽²⁾

وبعد تحديدنا للعقود التي تدخل والتي لا تدخل في نطاق تطبيق قانون الإرادة نكون قد
أوضحنا مجال تطبيقه من حيث العقود.

سنتناول في هذا الفصل كل معالم فكرة خضوع الالتزامات تعاقدية لقانون الإرادة
في (المبحث الأول)، ثم مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات
التعاقدية في (المبحث الثاني)، وأخيرا موانع تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية
في (المبحث الثالث) كما يلي:

1- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، طبعة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية،
ص15، 14.
2- مصطفى أحمد فؤاد، القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة
المعارف، الإسكندرية، ص 37 وما بعدها.

المبحث الأول

معالم فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

يرجع الكتاب ظهور فكرة خضوع العقد الدولي للقانون المختار إلى الحضارات القديمة مثل مصر القديمة، فبعد احتلال الإغريق لمصر القديمة، ثار تنازع بين القوانين الفرعونية والإغريقية، وكان الأطراف أن اختاروا تحرير العقد باللغة الفرعونية يعني تطبيق القانون الفرعوني، أما إن تم تحريره باللغة الإغريقية يعني تطبيق القانون الإغريقي.(1)

وانطلاقاً من كون العقد الدولي لا يترتب آثاره إلا بمقتضى القانون الذي يمنح الإرادة الفردية حرية في إبرام العقد ابتداءً، فقد استقر فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة، هو الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وعند هذا الحد يتوقف دور إرادة الأطراف، ويخضع العقد بعد ذلك خضوعاً كاملاً لذلك القانون المختار ولا يتدخل الأطراف للحد من هذا الخضوع.(2)

ويرجع الأساس في تطبيق قانون إرادة المتعاقدين بالمعنى السابق ذكره إلى احترام إرادتهما أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة.(3)

كما أن سبب انتعاش مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد وقوة المذهب الفردي الذي ساد منذ القرن الثامن عشر ولاسيما في أوروبا فإن فكرة القانون المختار والمتفق عليه اعتبرت وسيلة فعالة يلجأ إليها في الالتزامات التعاقدية الدولية أو ذات الأبعاد العالمية وليست وطنية خالصة، فقانون الإرادة يطبق بغض النظر عن القانون الشخصي للأطراف أو الإقليمي لموضوع التعاقد.(4)

وبعد أن أصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة شائعة الاستعمال عمل بها قضاءً دول كثيرة ونصت عليها تشريعات متعددة، لقيت نقداً شديداً من طرف بعض الفقهاء

1- بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 02.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 157.

3- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 147.

4- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 161.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الفكر - بيروت، 1934، ص 108.

خلاصته أنه من غير المعقول ترك حل تنازع القوانين للأفراد بتحويلهم سلطة تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، لأن العقد مستمد قوة إلزامه من القانون، في حين أن الأخذ بقانون الإرادة يجعل تطبيق القانون وسلطته مستمدا من العقد، فالعقد على -حد تعبيرهم- يصبح في مركز أقوى من القانون، لذلك يرى هؤلاء النقاد ضرورة تقييد هذه الحرية.⁽¹⁾

ونظرا لكون بعض المجتمعات القديمة لا تعرف طريقا للتعاون فيما بين أفرادها فضلا عن كون الحضارة فيها تقوم على أساس ديني محض مفاده أن من لا ينتمي إلى هذا الدين لا يمكنه القيام بأي تصرف قانوني، فهو ممنوع من الزواج واكتساب الملكية وكذا من اللجوء إلى المحاكم...إلخ، ولكن تغيير بعض الظروف الحاصلة في تلك المجتمعات، وأبرزها تزايد المعاملات التجارية بمختلف أنواعها أدى هذا بدوره إلى زيادة ظاهرة الاحتكاك بين أفرادها الأمر الذي أدى إلى ظهور مسألة خضوع بعض التصرفات ذات العنصر الأجنبي لقانون قد لا تنتمي إليه هذه الجماعة، مما يفيد بوجوب الاعتراف بأنظمة قانونيه قد تكون مختصة لحكم الروابط العقدية الدولية.⁽²⁾

ومن بين القوانين التي تم الاعتراف بها كقوانين واجبة التطبيق على التزامات التعاقدية الدولية نجد قانون الإرادة.

وهكذا كان فقهاء القانون الدولي الخاص هم أول من استخدموا اصطلاح "سلطان الإرادة" أو "الاستقلال الذاتي للإرادة"، وذلك بعد أن كانوا يعبرون عن هذه الفكرة في البداية بتسميات واصطلاحات مغايرة مثل اصطلاح "سلطان الأطراف" أو "سلطان المتعاقدين".⁽³⁾

ومن أجل تحديد معالم فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة نقوم بإبراز التطور الذي شهدته الفكرة في (المطلب الأول)، كما نشير إلى الأسس التي تقوم عليها فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في (المطلب الثاني).

1- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص148، 147.

2- عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2005، ص11.

3- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 1993، منشأة المعارف - الإسكندرية، ص22.

المطلب الأول

تطور فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

لم تتبلور فكرة خضوع العقد الدولي من حيث الموضوع لقانون الإرادة إلا مع نهاية القرن التاسع عشر حيث مرت هذه الفكرة بتطورات عديدة على مدار عدة قرون منذ فقه المدرسة الإيطالية القديمة حتى أصبحت على صورتها الحالية⁽¹⁾.

إن نظرية تنازع القوانين تعد من بين النظريات القديمة في القانون الدولي الخاص، ففكرة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أو القانون المختار هي فكرة قديمة عرفت تطورات عديدة ساهم فيها فقهاء ينضون تحت لواء مدارس فقهية مختلفة أدلو بنظرياتهم في هذا الشأن⁽²⁾.

فبالإضافة إلى الدور الذي لعبه الفقه في إبراز فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، نجد أن التشريعات قننت هذا المبدأ في نصوصها ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل هناك بعض الاتفاقيات الدولية التي قامت بتكريسه ضمن بنودها أيضا.

ومن أجل الوقف على التطور الذي مرت به فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، نتطرق إلى موقف الفقه من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في (الفرع الأول) ثم موقف التطبيق الدولي من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

لقد ظل مبدأ الارتباط المطلق بين اختصاص محكمة بعينها وتطبيق قانونها سائدا طوال العصور القديمة وحتى القرن الثاني عشر، وسيادة هذا المبدأ في تلك الفترة يعد من الأمور

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 24.

2- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 03.

المفهومة حيث أنه يشترط لإمكانية قيام النتائج بين القوانين وبالتالي احتمال أن يقوم القاضي المختص بتطبيق قانون غير قانون المحكمة أن تتوافر مجموعة من العوامل أهمها:

أن يكون هناك نوع من التبادل بين الجماعات المختلفة، إضافة إلى توافر نوعا من التسامح تجاه قوانين الجماعات الأخرى، الأمر الذي لم يكن متاحا آنذاك، لكن سرعان ما تغير الوضع بتغير الظروف وظهر مبدأ آخر مفاده عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وبالتالي ظهور تنازع القوانين⁽¹⁾ الذي تعددت المدارس الفقهية واختلفت آراؤها بشأنه ويمكن تقسيمها إلى مدارس فقهية قديمة (أولا) ومدارس فقهية حديثة (ثانيا).

أولا - موقف المدارس الفقهية القديمة من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون

الإرادة:

لقد كان للمدارس الفقهية دورا واضحا في تغيير النظرة التي سبقت ظهور هذه المدارس والتي كانت متجهة إلى وجود تلازم بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وكانت أولى هذه المدارس المدرسة الإيطالية القديمة التي يرجع لها ولغيرها من المدارس الفقهية الأخرى، الفضل الكبير في تجاوز تلك النظرة السالف بيانها واعتبار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة مهمة يمكن للقاضي إثارتها وهو ما يفيد إمكانية قيام تنازع القوانين.

وإلى جانب المدرسة الإيطالية القديمة ظهرت المدرسة الفرنسية القديمة وكذا المدرسة الهولندية.

1 - المدرسة الإيطالية القديمة:⁽¹⁾

مع نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر، وعلى اثر استقلال العديد من المدن الإيطالية في شمال إيطاليا واتساع العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن التي تمتعت كل منها بقوانين خاصة بها نشأ فقه مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة.⁽²⁾

1- حفيظة حداد السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص13، 12.

1- يقصد بالمدرسة الإيطالية القديمة جماعة من الفقهاء الإيطاليين الذين عالجوا مشكلة تنازع القوانين في إيطاليا، ويعيق الشراح هذه المدرسة بوصف القديمة تميزا لها عن مدرسة مانثيني التي يطلقون عليها المدرسة الإيطالية الحديثة أو مدرسة شخصية القوانين. راجع: عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص13، هامش 03.

لم يكن قانون الإرادة هو القانون المطبق على العقود في فقه الأحوال الايطالي القديم في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، فقد جرى هذا الفقه على إخضاعها لقانون بلد إبرامها، كما أنه لم ينحصر تطبيق هذا القانون على موضع العقد فقط، بل جعله يشمل أيضا شكله، وقد تم تبرير اختصاص قانون بلد الإبرام على أساس أنه القانون الذي يعرفه الأطراف⁽³⁾.

لكن في القرن الخامس عشر، فسر الفقيه الايطالي كيرتوس "CURTOUS" قاعدة خضوع العقد لمكان إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف، قد اتجهت ضمنا لاختيار هذا القانون⁽⁴⁾.

ويمتاز فقه هذه المدرسة التي يطلق عليها اسم مدرسة بولونيا نسبة إلى مدينة بولون التي كانت مهذا ومركزا للبحث العلمي وملتقى طلبة العلم بأنه:

- فقه واقعي، يطبق الحل الملائم لطبيعة كل مسألة دون وضع مبادئ عامة مجردة تكون منطلقا للتطبيق على كل الأحوال.

- أنه فقه تحليلي، وفقه جزيئات لأنه يعالج مختلف فروض التنازع من غير الربط بينها.

- أنه فقه عالمي، حلوله مبنية على هدى العقل وقواعد العدالة والقانون الطبيعي وهي صالحة لحل التنازع بين أحوال المدن والتنازع بين مختلف الأقاليم (الدول)⁽⁵⁾.

ومن أهم ما توصل إليها فقهاء هذه المدرسة ما يلي:

- التفريق بين الإجراء والأساس⁽¹⁾ ويشكل التمييز بين القواعد الإجرائية وقواعد الأساس أو القواعد الموضوعية أول تمييز ظهر في تنازع القوانين، فقاضي الموضوع لا يطبق سوى قانونه في مجال الإجراءات، بينما يجوز لقاضي الأساس أن يخضع لقانون أجنبي، وقد كرس هذه القاعدة بارتول زعيم المدرسة الايطالية.

2- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص13.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، ص 304، 303.

4- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص331.

5- رزوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، سنة 2000، ص 53.

1- تجدر الإشارة، أنه لأول مرة يتم التمييز فيها بين كل من قواعد الإجراءات التي يجب إخضاعها لقانون القاضي وقواعد الموضوع خاضعة لقانون محل إبرام العقد. راجع:

LOUSSOUARN yvon & BOUREL pierre, droit international privé 5ème édition, Dalloz, paris, 1996, P 488.

- الأعمال القانونية: بعد أن ميز أفراد المدرسة الإيطالية بين القواعد الإجرائية وقواعد الأساس، نادوا بخضوع الأعمال القانونية لقانون مكان العقد، مستخلصين بذلك القاعدة الشهيرة القائلة بأن شكل الأعمال القانونية يخضع لقانون مكان تحريرها والتي أسبغوا عليها مجالا أكثر اتساعا من مجالها الحالي، إذ كانت تسري على الأساس والشكل معا.⁽²⁾

ومهما يكن فإن جهود هذه المدرسة شكلت النواة الأولى لقواعد التنازع وبذلك مهدت الطريق للنظريات الأخرى مع الإشارة إلى أنها لم تكن شاملة لكافة مسائل التنازع، فمثلا لم تنطرق إلى مسألة التكييف التي يتوقف عليها تحديد طوائف النظم وتعيين قواعد الإسناد.

2 - المدرسة الفرنسية القديمة:

نتيجة للظروف السياسية والاقتصادية التي مرت بها فرنسا في القرون الوسطى حيث توغلت فيها الإقطاعية بشكل كبير إلى حد أن أصبحت الأرض هي محور النظام السياسي والقانوني وكذا الاقتصادي، فقال الفقهاء أن حالة الشخص تابعة للأرض وكان لكل إقطاعية قواعد عرفية خاصة بها وهي قواعد عينية بمعنى إقليمية، ثم قام النظام الملكي في أعقاب انهيار النظام الإقطاعي وكان لا بد له من أفكار قانونية لتأسيسه ولا بد له من فقهاء مناصرين له يدعون إلى الوحدة وتقوية سلطة الملك، ولكن فقهاء آخرين ظلوا معارضين للوضع الجديد بالدعوة إلى نظام عينية الأحوال حفاظا على الأعراف الخاصة بكل مقاطعة.⁽³⁾

امتازت المدرسة الفرنسية في القرن السادس عشر بظهور عالمين كان أحدهما وراء اكتشاف مسألة التكييف، بينما أبرز الآخر بتقنيته الإقليمية التفريق بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية.

أما "ديمولان" "DUMOULIN" فقد أشار لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإدارة وكان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجين.

حيث تقدم إليه زوجان طالبان منه الفتوى في مدى إمكان تجنب القواعد العرفية السائدة في المكان الذي تقع فيه أموال كل منها وتطبيق النظام المالي السائد في باريس، والتي اتخذها موطنها لهما عند الزواج، وأفتى "ديمولان" بإمكان تطبيق العرف السائد في باريس بوصفها

2- إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، ص65.

3- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص55، 54.

مكان إبرام العقد وموطنها المشترك عند الزواج ، ذلك أن النظام المالي للزوجين هو عقد ضمنى يجوز إخضاعه لقانون إرادة الزوجين، وهو في هذه الحالة العرف السائد في باريس، باعتبار أن إرادتهما قد انصرفت ضمناً إلى تطبيق القانون السائد في موطن الزوجية الأولى وهو بلد الإبرام في نفس الوقت.(1)

يشكل الحل الذي أصبح في الواقع القانون الوضعي لفرنسا، مثلاً نموذجياً وأحد أوائل الحلول في ميدان التكييف القانوني فهو يصنف النظام المالي للزوجين ضمن فئة العقود، ومن ثم يتوصل عن طريق هذا التصنيف إلى تعيين القانون الواجب التطبيق الذي يتمثل في قانون إرادة الأطراف.(2)

ومما لا شك فيه أن "ديمولان" لم يتوصل تماماً إلى استخلاص مفهوم استقلالية الإرادة الذي يعود الفضل فيه إلى بارتان، لكنه اكتشف طريقة التكييف، مما يسمح للقانون الدولي الخاص بتحقيق تقدم كبير وشكل هذا انجاز ديمولان الأكبر، وإن كانت أعماله قد امتدت إلى مجالات أخرى فقد ساهم مثلاً في استنباط الفرق الأساسي بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية، لكن يقينية دارجنترية "Dargentre"، هي التي بينت ذلك بصورة منهجية.(3)

لقد كان دارجنترية قاضياً بموطنه بمقاطعة بريطانيا التي كانت مستقلة ثم ضمت إلى المملكة الفرنسية في عصر فرنسوا الأول، ونظراً إلى أن دارجنترية كان من المتعصبين لاستقلال موطنه، فقد أقام مذهبه على مبدأ إقليمية القوانين، والتعصب لعرف مقاطعته، فنادى بوجوب تطبيقه وحده في إقليم هاته المقاطعة، غير أن مبدأ إقليمية القوانين قد أخذ معنى أوسع في رأي دارجنترية عما كان يأخذه في العهد الإقطاعي، فمبدأ إقليمية القوانين في هذا العهد كان يعني استبعاد تطبيق كل عرف أو قانون أجنبي داخل الإقليم، كما ابرز دارجنترية تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية، ووضعها في قالب منطقي، ولكنه كان يعتبر الأحوال العينية هي الأصل بينما الأحوال الشخصية هي الاستثناء ولذلك قام بالتضييق كثيراً من نطاق الأحوال الأخيرة لحساب الأحوال الأولى بحيث قصر الأحوال الشخصية على الحالة والأهلية

1- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص332،331.
2- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، ص28.
3- إسعاد موحد ، مرجع سابق، ص68.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة العامة دون الأهليات الخاصة مثل عدم أهلية الإيصاء بين الزوجين فقد ادخله في الأحوال العينية.

كما لاحظ أن هناك أحوالا لا يمكن اعتبارها لا شخصية بحتة ولا عينية بحتة، فقام بوضعها في طائفة ثالثة أطلق عليها اسم الأحوال المختلطة.(1)

ونتيجة لمفاضلة دارجنترية بين القوانين الإقليمية والقوانين الشخصية أعلن متأثرا في ذلك بظروف بيئته الإقطاعية ومتطلعا إلى استقلال مقاطعة " برتاني" التي يعيش فيها عن سلطات الملك، أعلن أن الأصل هو عينية القوانين أي إقليميتها والاستثناء هو شخصية القوانين وإمكان امتدادها خارج الإقليم، وهدفه من وراء ذلك مسايرة ظروف البيئة الإقطاعية وسعيه إلى تطبيق قوانينها تطبيقا إقليميا.(2)

3 - المدرسة الهولندية:

كانت وضعية هولندا في القرن السابع عشر تشبه تقريبا وضعية ايطاليا في القرون الوسطى، مدن عديدة ومزدهرة، ذات حضارة مشتركة تدفعها إلى تطور العلاقات فيما بينها، وإبداء المزيد من العداء نحو اسبانيا، تماما كما كانت المدن الايطالية متمردة ضد الإمبراطورية الرومانية ، والواقع أن الهولنديين نهلوا من مذهب دارجنترية واستوحوا منه عداءهم للسلطة المركزية لذلك اعتبر الهولنديون استنادا للأسباب المذكورة سابقا والتي كانت تقوم على العداء تجاه السلطة المركزية ، إن تطبيق القانون الإقليمي هو المبدأ وأن تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول ولو على سبيل الاستثناء إلا أنهم توصلوا إلى فكرة مؤداها أنه إذا رفضت سلطات مختلف البلدان المستعملة تطبيق القرارات والقوانين على سبيل التبادل، فإنها ستزيد من سوء حالة رعاياها وستدفع كلا منها إلى عرقلة أو إلغاء أعمال وقرارات السلطة الأخرى، التي بدورها ستنتقض أو تزيل أعمال وقرارات السلطة الأولى تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل ولذلك فقد بدا من الضروري قبول نظرية تطبيق الأنظمة والقوانين الأجنبية لدوافع

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص29.
2- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص17،16.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
الضرورة العملية والملائمة، أو لتوطيد العلاقات الطيبة بين الدول وهذا ما يعبر عنه بمفهوم
المعاملة الدولية.(1)

ولعل الفقه الهولندي أتى بفكرة المعاملة لتفادي النتائج الحظيرة التي قد تترتب على
مصالح الأفراد في حالة الأخذ بمبدأ الإقليمية المطلق لذلك رأى ضرورة التخفيف من هذه
الخطورة.(2)

وقد خيل للبعض خلال فترة طويلة أن المقصود بالمعاملة في هذا الصدد، معاملة
القاضي وأن كان هذا هو الصحيح فالقاعدة تصبح إلزامية بالنسبة للقاضي لمجرد إصدارها
مهما كانت البواعث التي دفعت إلى وضعها، والواقع أن المؤلفين الهولنديين أثاروا بمناسبة
بحث موضوع المعاملة فكرة المصالح العامة للمجتمع والاعتبارات الإنسانية، دون التطرق
إلى موضوع الإرادة الحسنة للقاضي.(3)

وما يمكن أن نخلص إليه هو أن المشرع حينما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي لا يخضع
لأي التزام من القانون الدولي العام أو لضرورة قانونية تفرض عليه فسخ المجال له، وإنما
يفعل ذلك مراعاة لضرورات الواقعية والملائمة وتوطيد العلاقات الدولية والمعاملة بالمثل بين
الدول، وبالتالي تكون المعاملة هي معاملة من المشرع عند وضعه القاعدة القانونية وليس في
مرحلة تطبيقها من قبل القاضي.(1)

ثانيا - موقف الفقه الحديث من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة:

لقد كان للفقهاء في العصر الحديث موقفا بارزا وذلك منذ أوائل القرن التاسع عشر حيث
ظهرت اتجاهات فقهية تشير باستقلال الإرادة في مجال العقود، فلقد قام الفقيه فوليكس
"Foelix" بإخضاع العقد للقانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف منذ القديم، أي لقانون
بلد الإبرام، على أنه إذا كان سيجري تنفيذ العقد في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي
سيجري بشأن المسائل التي تثور بعد إبرام العقد.

1 - مذهب فوليكس:

1 - إسعاد موحد ، مرجع سابق، ص70.
2 - NIBOYET J-P, Cours de droit international privé Français, 2ème édition, librairie du - 2
recueilsirey, paris, 1949 , p386.

3- إسعاد موحد ، المرجع السابق، ص71.
1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص58.

لقد استند الفقيه Foelix إلى فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين كتبرير لتطبيق قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ، على افتراض منه أنها الإرادة التي لا تخالف الأعراف والعادات المستقرة في هذا المجال، فالإدارة - بحسب رأيه - حتى ولو كانت صريحة فإنها لا تملك الخروج على القانون الواجب التطبيق أصلاً.

2 - مذهب سافيني:

غير بعيد عن الفقيه Foelix نجد الفقيه سافيني "SAVIGNY"⁽²⁾ الذي يرى بضرورة تركيز العقد في مكان تنفيذه، بهدف إخضاعه لقانون هذا المكان وهو ما يسمى بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة آثارها، الأمر الذي يستوجب إخضاعها للقانون السائد في ذلك المكان، استناد إلى فكرة الخضوع الاختياري.⁽³⁾

وبذلك يكون سافيني قد اعتمد معياراً جديداً ومغاييراً للمعايير التي اعتمدها سابقوه، ففي حله لتنازع القوانين لم ينطلق من مبدأ معين أو فكرة معينة وإنما اعتمد على تحليل الرابطة القانونية وتحديد مقرها ثم البحث عن قانون الملائم لحكمها وهو قانون مقر هذه العلاقة القانونية الذي توصل إليه على ضوء عاملين: الأول هو قاعدة الاختصاص القضائي العادي، أي معرفة القانون المختص بمعرفة المحكمة المختصة، فمتى ثبت الاختصاص القضائي لمحكمة معينة كان قانونها هو المختص بحكم العلاقة القانونية، والثاني هو مبدأ الخضوع الإداري، أي رغبة ذوي الشأن، بمعنى أنه يعتبر مقراً للشخص أو للعلاقة القانونية المكان الذي أراده الشخص مقراً له أو للعلاقة القانونية وحتى في الحالة التي يتعذر فيها التعرف على مقر العلاقة القانونية عن طريق الخضوع الإداري، فإن تحديد هذا المقر يكون حسب ما تقتضيه طبيعة الأشياء موضوع العلاقة القانونية.⁽¹⁾

غير أن سافيني أقر باستثناء حالتين من الخضوع لقاعدة تركيز العقد التي أتى بها، يخص الاستثناء الأول القواعد المشتتة على أمر واجب الإتيان بشكل مطلق ومقرر للمصلحة العامة، أي مبدأ متعلق بالأمن المدني.

2- يقال أن الفقيه الألماني سافيني في القرن التاسع عشر هو أول من استعمل مصطلح قانون الإرادة، وإن كان كتاب آخرون يقولون بأن الفيلسوف كانت هو أول من استعمل هذا المصطلح. راجع: بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 03، هامش 02.

3- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 29، 30.

1- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 60.

إذ من الواجب - في نظره - احترام هذه القواعد والعمل على تنفيذها من قبل الدول التابعة لها، أما ثاني استثناء فيتعلق بالنظم القانونية الخاصة بحكومة أجنبية والتي لا يقرها قانون المحكمة، فيجمع أن يمنع كل أثر لها (كتصريح بتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية المخالفة للنظام العام،⁽²⁾ واستناد إلى فكرة تركيز العلاقة القانونية في مقرها وأعمالا لهذه الفكرة أخضع سافيني الالتزامات التعاقدية لقانون محل تنفيذها،⁽³⁾ إذ يفترض أن المتعاقدين قد أرادا أن يكون مقر عقدهما هو محل تنفيذه.⁽⁴⁾

والملاحظ على فقه سافيني ومن سبقوه مثل ديمولان أنهم استخدموا فكرة سلطان الإدارة كمجرد تبرير لاحق لاسناد سابق يتسم بالطابع الامر الذي لا يسمح لإرادة المتعاقدين-في الواقع- بتغييره، فالعقد في نهاية المطاف يخضع لدى ديمولان لقانون بلد الإبرام أسوة بما كان عليه الحال في المدرسة الايطالية القديمة، بينما أسند سافيني العقد لقانون دولة التنفيذ، وهو بدوره إسناد يكاد يكون إجباريا بصرف النظر عن تبريره ورده إلى الإرادة الضمنية للأطراف وهو تبرير يتجرد من نتائجه العلمية.⁽¹⁾

الأمر الذي جعل الفقيه سافيني عرضة لانتقادات مؤداها انه أسبغ قيمة عامة جدا على فكرة الخضوع الإداري التي يفسح لها مجالا واسعا في مذهبه، وهكذا فإنه يطبق هذه الفكرة، ليس بالنسبة للالتزامات فحسب، وإنما كذلك بالنسبة لمكان وجود الشيء، ومن الواضح أن مكان وجود الشيء خاص بالنسبة للعقارات لا يمت بأية صلة إلى إرادة الأطراف، زد على ذلك أن سافيني يعزي إلى الأفراد إرادة قد لا تساورهم أصلا، بل لعلمهم يكتون منطقيا إرادة معاكسة تجعلهم يخضعون للعلاقات القانونية لقانون آخر، وهو ما كان سافيني يقره بالنسبة للالتزامات التعاقدية فحسب، الأمر الذي يخل بوحدة الأسس التي يرتكز عليها مذهبه، والتي تبين فيما بعد عدم صحتها، والواقع أن فكرته القائلة بوجود قرينه على الخضوع الإداري انبثقت من النظرية الإدارية التي كانت سائدة في مجال القانون إبان ذلك العصر، لكنها تراجعت منذ ذلك الوقت.⁽²⁾

2- المرجع نفسه ، ص61.

3- بحث سافيني أيضا في شأن الالتزام التعاقدية، أمر آخر وهو القضاء المختص، بحيث جعل الاختصاص القضائي لمحكمة مقر الالتزام ومقره في محل التنفيذ. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص31، هامش 02.

4 - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص33.

1 - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص332.

2- إسعاد موحد ، مرجع سابق، ص74.

3 - مذهب مانشيني "MANCHINI":

الأصل عند مانشيني هو مبدأ شخصية القوانين واستثناء هو مبدأ إقليمية القوانين، فالقوانين - في نظره - توضع للأشخاص وليس للإقليم ومن بين الاستثناءات التي ادخلها على هذا الأصل وجوب ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية.⁽³⁾

وهكذا كان لسلطان إرادة المتعاقدين مجالاً للتطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية بالرغم من عدم إعطائه الدور الحقيقي في تطبيق هذا القانون، وبقي الحال على ما هو عليه إلى أن جاء الفقيه البلجيكي لوران "LAURENT" في نهاية القرن التاسع عشر الذي رتب على أعمال مبدأ سلطان الإرادة نتائج منطقية فأجاز للمتعاقدين أن يختاروا القانون الواجب التطبيق على العقد ولو لم يكن القانون المختار هو قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذ العقد، الأمر الذي حول مبدأ سلطان الإرادة من مجرد تبرير لاحق إلى حل إلزامي مسبق لتنازع القوانين في مجال الالتزامات التعاقدية، إلى اعتباره الحل ذاته.⁽¹⁾

وإرادة المتعاقدين في هذا الصدد قد تكون صريحة أو ضمنية يتم الكشف عنها من خلال ظروف التعاقد وملابساته، وإذا تعذر الكشف عن إرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار القانون الذي يطبق على التزاماتهم التعاقدية، وكان من المعتذر أيضاً التوصل إلى استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية في هذا الصدد، يفسح المجال للقاضي لتحديد الإرادة المفترضة التي يصفها "لوران" بأنها إرادة المتعاقدين في متصور المشرع أو القاضي.⁽²⁾

لكن ما إن بلغت قاعدة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة المكانة المذكورة سابقاً حتى بدأت بعض سهام النقد توجه إليها، فقد قيل أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل من الأفراد وكأنهم نظراء للمشرع بإعطائهم صلاحية الحكم على القوانين ورفض منها ما لا تروقهم، فضلاً عن أن صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق الممنوحة للأطراف لا بد أن يكون مصدرها قانون، هذا الأخير لا يمكن أن يكون القانون نفسه الذي اختارته إرادة هؤلاء الأطراف للتطبيق على التزاماتهم التعاقدية وإلا وجدنا أنفسنا ندور في فراغ على اعتبار أن

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص34.

1- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص332.

2- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص31، 32.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
اختيار القانون الواجب التطبيق بالشكل المذكور سابقا، يجعل الاختيار غير مستمد من إرادة
الأطراف المتعاقدة.(3)

الفرع الثاني

موقف التطبيق الدولي من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة

إن الدور المهم الذي لعبه الفقه في إبراز فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، والذي يظهر جليا من خلال ما أشادت به المدارس والمذاهب الفقهية، القديم منها والحديث من مواقف، وما قدمته من تبريرات للنتائج التي توصلت إليها بشأن تنازع القوانين، إلا أن ما توصل إليه الفقه في هذا المجال يحتاج إلى ترجمة فعلية، ولن يتأتى ذلك إلا بتكريس الفكرة على مستوى القوانين الوطنية(أولا) هذا من جهة، بالإضافة إلى تكريس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية(ثانيا) هذا من جهة أخرى.

أولا - تكريس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في القوانين الوطنية:

لقد أدى استقرار فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة أو ما يعرف بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، أدى ذلك إلى تقنين المبدأ في مختلف قوانين دول العالم.

فبالنسبة للقوانين الغربية، فقد منيت حركة التقنين بنجاح كبير وذلك منذ بداية القرن التاسع عشر، ففي فرنسا ظل القضاء يطبق قانون دولة محل إبرام العقد الدولي، على أساس أنه قانون الإرادة الضمنية للأطراف وذلك حتى بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/15 والذي يعد بمثابة دستور قانون الإرادة ومقتنه، وجاء به: "إن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف" ، كما تؤكد قانون الإرادة بانضمام فرنسا إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية، وتوقيعها لاتفاقية روما المبرمة فيما بين دول السوق الأوروبية حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.(1)

3- أعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص306.
1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص160.

وهكذا استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذا المنوال ردحا من الزمن، ولكنها أخذت تميل منذ منتصف القرن التاسع عشر إلى الأخذ بتركيز العقد تركيزا موضوعيا⁽²⁾ بالإضافة إلى فرنسا فقد أخذت بالفكرة دول أخرى التي أصدرت تفهيمات لنتازع القوانين ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، القانون الدولي الخاص الهولندي لعام 1965 في مادته 25 والتي نصت على ذلك بقولها: "تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الالتزامات التعاقدية لقانون الذي يختارانه...".

والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة 24 و التي جاء فيها: "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة...". وكذا القانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لعام 1986، الذي نص على أن: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف...".

أما بالنسبة للدول العربية فقد أخذت هي الأخرى في تشريعاتها بفكرة خضوع العقد لقانون الإرادة، فقد وجد هذا النص صداه في العديد من قوانينها وهو ما جرى العمل على ذكره في القانون المدني السوري(المادة 01/20) والقانون المدني العراقي (المادة 01/25) والقانون المدني الليبي(المادة 01/19) والقانون المدني الكويتي لسنة 1961(المادة 59)،⁽¹⁾ والقانون المدني المصري في المادة 19 منه والتي نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك ، إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي يتم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

لقد صيغت هذه المادة صياغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد، و لا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه.⁽²⁾

ويقابل المواد المذكورة سابقا المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1990 ، ص79.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص161 وما بعدها.

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص88.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو
الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، "... (3).

والملاحظ أن عبارة الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها من المادة 18 وغيرها من
المواد الأخرى أثارت جدلا فقهيًا حول ما إذا كان المقصود بالالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق
بالعقد أم يقتصر الأمر فقط على آثار العقد دون تكوينه، وكانت نتيجة ذلك أن انقسم الفقه
المصري إلى رأيين أحدهما يعتبر أن الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها تشمل فقط آثار
العقد، مما يستفاد منه أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد الدولي، الأمر
الذي يمكن معه القول إن العقد يمكن أن يخضع لأكثر من قانون، بينما يخالف هذا الرأي جانب
آخر من الفقه بقوله أن لفظ الالتزامات التعاقدية يشمل كل ما يتعلق بالرابطة العقدية من حيث
تكوينها وآثارها مما يستفاد منه أيضا عدم رغبة المشرع في تجزئة العقد. (1) وبالرجوع إلى
ما جاءت به المذكرة الإيضاحية (2) للقانون المدني المصري تؤيد الرأي الأخير الذي يرى
بوحدة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وهو ما يمكن استخلاصه أيضا بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أراد من اصطلاح
الالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد من تكوين وآثار، ودليل ذلك أنه استثنى في الفقرة
الثانية من المادة 18 من الخضوع لقانون الإرادة العقود المتعلقة بالعقار، بمعنى أن العقود غير
المتعلقة بالعقار غير مستثناة.

هذا، وقد برر غالبية الفقه في فرنسا وحدة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية
بأنه يحقق التجانس والانسجام بين الأحكام المطبقة على مختلف أجزاء العقد. (3)

أما بالنسبة للتشريعات المتعلقة بالتحكيم في مجال العقود التجارية فقد جعلت هي الأخرى
من مبدأ سلطان الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية،
سواء فيما يتعلق باتفاق التحكيم أو بالإجراءات المتبعة لحل النزاع، ونظرا لكون مصدر

3- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 44، لسنة 2005.

1- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 308.

2- لقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يلي: "إن الحكم الوارد في المادة 19 من القانون المدني
المصري، يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون
الذي يتلاءم وكل منها". راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 288.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 309، 308.

التحكيم هو الإرادة ابتداء، فقد أعطى مشرعو الدول وكذا واضعو الاتفاقيات الدولية هذه الإرادة دورا مهما وحاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق بالإضافة إلى أن الفقه في غالبية يجري نحو هذا الاتجاه.(4)

واللجوء إلى التحكيم من قبل الأفراد من شأنه أن يحقق استمرار المصلحة بين أطرافه، وتفسير ذلك أن القاضي في المحاكم يتقيد بالقانون، وإن كان تطبيق القانون مرغوب فيه لأنه يحقق العدالة، إلا أنه في مجال التجارة الدولية قد يضطر الخصوم إلى تفضيل التخلي عن تطبيق هذه القوانين وإتباع القواعد المرنة التي تراعي مصالحهم بعيدا عن الاعتبارات

القانونية المحضة ، فالتحكيم هو قضاء مصلحة متصلة لأنه يضع حدا للخلاف بين أطراف النزاع، يجيء إليه الخصمان والعلاقات قائمة وينصرفان منه ولا تزال العلاقات قائمة وقد وضع حدا للخلاف بينهما،⁽¹⁾ وهكذا أخذت مختلف التشريعات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بفكرة خضوع العقود التجارية الدولية لقانون الإرادة، فلقد أخذ المشرع المصري بذلك بحيث أعطى الأولوية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 01/39 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك".

يتضح من نص المادة السابقة الذكر أن المحكم يصدر حكمه وفقا لقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف بمطلق الحرية.⁽²⁾

أما المشرع الجزائري وعلى أثر التعديل الذي أدخله على قانون الإجراءات بموجب المرسوم 09/93، الذي لم يكن تعديلا عشوائيا وإنما كان نتيجة تغيير اقتصادي واجتماعي وسياسي كانت بوادره من قبل تعزز لمصادقة الجزائر على بعض الاتفاقيات المهمة كاتفاقية

4- أحمد السمدان، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشر، العدد الأول، الكويت، 1993، ص174، 175.

1- بولخضر نورة، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في مجال المحروقات من خلال اتفاق التحكيم، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية، جامعة عمار تلجي- الأغواط، أيام: 10/09/08، ص05.

2 - منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص79.

نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، ولقد جاء نص المادة 458 مكرر 04 من المرسوم السالف ذكره موضحا ذلك بقوله: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون أو الأعراف التي تراها ملائمة".

يظهر بأن المشرع أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على النزاع.⁽³⁾

وبالإضافة إلى ما سبق اعتبر المشرع الجزائري أن حكم التحكيم يكون باطلا إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وبذلك يكون المشرع قد أولى إرادة الأطراف عناية خاصة تقرر البطلان على مخالفتها، والظاهر أن هذه الحالة تفترض أصلا أن إرادة طرفي التحكيم قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين، وفي حال توافر قانون الإرادة فإن هيئة التحكيم تلتزم به وإلا كان حكمها عرضة للبطلان، ولكن ليس ثمة ما يمنع في رجوع هيئة التحكيم من قواعد الإسناد وفق قانون الإرادة إذا ما اتجهت هذه الإرادة لذلك، وإذا لم يكن ثمة قانون اختارته إرادة الأطراف، فإن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقا للقواعد الموضوعية في القانون الأكثر صلة بالنزاع.⁽¹⁾

ثانيا - تكريس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية:

هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

فوجد اتفاقية روما لسنة 1980⁽²⁾ المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، والتي أصبحت جزءا لا يتجزأ من نظام قانوني تأخذ به الدول الأوروبية، لأنها تعبر على مرحلة جديدة من توحيد القواعد العامة التي تحكم الإلتزامات التعاقدية، فقد

3 - كولا محمد، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2000-2001، ص221.

1- بوراس عبد القادر، مدى حجية الدفع المتعلقة بالنظام العام وأثرها على تنفيذ قرارات التحكيم في الجزائر، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية في: 14 و 15 جوان 2006، ص06.

2 - وترجع أهمية هذه الاتفاقية في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلى أهمية الموضوع الذي تنظمه، فهي تجسد أمل الفقه في وجود نظرية عامة للعقد الدولي، وهي بذلك تتفوق على كافة الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بتنظيم أنواع معينة من العقود، هذا بالإضافة إلى أنها تقنن أقوى تطور شهده منهج الإسناد المستخدم في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي وإن كانت تمثل العقد الأوروبي إلا أن طابعها العالمي يكفل لها أهمية ومكانة تتجاوز بها الحدود الأوروبية. راجع: طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، طبعة 2000 منشأة المعارف - الإسكندرية، ص19.

أخذت هذه الاتفاقية ما وصل إليه القضاء والفقهاء من خلال حلوله المقدمة في مجال العقود، وأكثر دليل على ذلك هو أخذها بسُلطان الإرادة كضابط أصلي يرجع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ويتجلى ذلك من خلال نص المادة الثالثة الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية والتي جاء فيها: "العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستنتجاً بشكل مؤكد من نصوص العقد أو من ظروف الحال".⁽¹⁾

كما كرست اتفاقية لاهاي⁽²⁾ لسنة 1955 والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية وذلك في نص المادة 1/2 منها والتي تنص على تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف.

وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية نيويورك المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1988 مؤكدة بذلك استعدادها لقبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

كما تعد هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات التي بموجبها تعتمد كل دولة من الدول المصادقة عليها اعتماداً وتنفيذاً للقرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى عبر الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها.

تنص المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على أنه: "لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم أحد الأطراف إثباتاً على أن اتفاق الأطراف للجوء إلى التحكيم غير صالح بموجب القانون الذي اتفق عليه الأطراف أو لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم...". ويرى الفقيه حسن البغدادي: "إن التحكيم في هذه الاتفاقية يجب أن يكون صحيحاً وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو القانون الذي صدر فيه القرار، إذا لم يكن في الواسع استخلاص أية دلالة تتبأ باختيارهم لقانون آخر".⁽³⁾

1- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003، ص 165، 166.

2- تخص هذه الاتفاقية بيع الأشياء المادية المنقولة كما يدل على ذلك منطوق عنوانها، ولا يدخل ضمن نطاقها المبيعات المتعلقة بالأسهم والسفن والطائرات وكذا عمليات البيع التي تكون نتيجة حجز قضائي، وقد جاءت هذه الاتفاقية بقواعد لتحل محل القواعد المعمول بها في ظل تنازع القوانين الكلاسيكي بالنسبة للدول التي صادقت عليها. راجع: محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 69.

3- منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص 88.

المطلب الثاني

أسس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

إذا كان فقه القانون الدولي الخاص مستقر على فكرة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، فإنه من الطبيعي أن يفرز هذا صراع فكري بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي حول الدور الذي تقوم به الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية، خاصة وأن هذه الروابط - بخلاف الروابط الداخلية- تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد مما تثار معه بشأنها مشكلة تنازع القوانين.⁽¹⁾

فمنذ تأييد فقه القانون الدولي الخاص لنظرية ديمولان، فقد استقرت هذه النظرية وراجت فقهاء، و بات من الأمور المسلم بها الاعتراف لإرادة أطراف العقد بحرية اختيار القانون الذي يحكمه.

والسؤال المطروح ما هو الدور الحقيقي لإرادة الأطراف؟ هل هو اصطفاء أو تحديد قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على العقد الدولي؟، وإن كان الأمر كذلك فهل ينصاع القاضي لذلك الاصطفاء، أو التحديد و ما له من سلطة إلا تطبيق القانون المختار من طرف المتعاقدين أم أن له تدخل و توجيه ما تم من اختيار؟ أو حتى تجاهل ذلك، وقيامه بنفسه بمهمة تحديد القانون الواجب التطبيق، مثلما يقوم بذلك في حالة غياب الإرادة مطلقاً؟.⁽²⁾

لقد قيلت بشأن أساس اختيار الأفراد للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نظريتان إحداهما تطلق العنان لإرادة الأطراف، فلا تضع قيوداً على هذا الاختيار بينما النظرية الأخرى، تقيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

يطلق على النظرية الأولى اسم النظرية الشخصية و نتناولها في (الفرع الأول) كما يطلق على النظرية الثانية اسم النظرية الموضوعية وهي محل دراسة في (الفرع الثاني).

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 67.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 169.

الفرع الأول

النظرية الشخصية كأساس لفكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

أساس هذه النظرية، هو الفلسفة الفردية ونظرية العقد الاجتماعي للكاتب الفرنسي جان جاك روسو⁽¹⁾ و مبدأ الحرية الاقتصادية، هذه الخلفية الفلسفية و الاقتصادية السائدتان بعد انهيار النظام الإقطاعي في أوروبا إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر أثرت على الفكر القانوني وتوجيهه، مؤدى النظرية أن الفرد أسبق في الوجود من القانون، و أن هذا الأخير يجب أن يكون في خدمة الفرد ورعاية مصالحه و أن حرية الفرد، مصادرة لا يجوز المساس بها أو تقييدها اجتماعيا أو اقتصاديا و إن تنازله عن بعض حقوقه، طبقا لنظرية العقد الاجتماعي، كان مقابل حمايته و انخراطه في المجتمع. لقد حمل لواء هذه النظرية الفقيهان فون بار "VON-BAR" و موزر "MOZAR" في ألمانيا، ولويس لوكا "LOUIS LUCAS" وكالب "CALEB" في فرنسا، كما تبناها رابل "RABEL" في الولايات المتحدة الأمريكية، و أخذ بها الفقه الانجليزي.⁽²⁾

أولا - مضمون النظرية الشخصية:

يرى أنصار هذه النظرية أن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، مما يفيد تقديس مبدأ سلطان الإرادة، فللمتعاقدين مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، و ما على القاضي أو المحكم سوى تطبيق أحكام هذا القانون المختار مما يجسد احترام هذه الإرادة، ففي الحالة التي لم يفصح فيها أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يتعين على القاضي أو المحكم أن يبحث عن الإرادة الضمنية التي تمكنه من تحديد هذا القانون، بمعنى أن أصحاب هذه النظرية يرون أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية،⁽³⁾ بحيث يجوز تعديله (القانون) أو الأخذ ببعض

1- يرى جان جاك روسو (Jean Jacque Rousseau) في هذا المجال، أن الفرد هو أساس القانون وغايته، وليس هناك سوى الإرادة العامة (lavolonté générale) التي تلزم الأفراد، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع نفسه و القيود التي ترد على حرية إرادة الفرد إنما مرجعها هذه الحرية نفسها. راجع: خليفاتي نور الدين، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 1987، ص 17.

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 94، 93.

3- و كنتيجة لذلك يستحيل إبطال العقد وفقا لأحكام هذا القانون بما انه فقد قوته الملزمة و طبيعة الأمرة. راجع: بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 04، هامش 02.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
أحكامه دون الأخرى، حتى و إن كانت قواعده أمرة، فالقانون المختار يفقد معناه باعتباره
صادر عن المشرع، ولا يتأثر بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء لاحق.⁽¹⁾

فأساس هذه النظرية هو أنه ما دام العقد الدولي يرتبط بأكثر من قانون دولة واحدة فهو
إذن يفلت من الخضوع لأي نظام قانوني محدد، و من ثم يكون للمتعاقدين مطلق الحرية في
تنظيمه وفقا للقواعد التي يرونها عملا بمبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط العقدية.

ذلك انه لا يكون للتصرف صفة العقد إلا إذا أراده المتعاقدان، و كما أراده، و تظهر
الإرادة بمثابة مصدر للالتزام و ليس القانون هو مصدر الالتزام، فالعقد هو شريعة المتعاقدين
و هو القانون الذي يحكم العلاقة بينهما، و إرادة الأطراف هي أساس الالتزام في العقود، و
دور القانون ينحصر في منع التعارض بين هذه الحقوق التي يتمتع بها المتعاقدان و حماية هذه
الحرية، وبالتالي دوره يتمثل في مجرد تأكيد الاحترام المتطلب لحرية أطراف العقد، دون أن
تكون من وظيفته رعاية المصالح العامة للجماعة في مواجهة أنانية الأفراد.⁽²⁾

ثانيا - النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الشخصية:

يترتب على الأخذ بالنظرية النتائج التالية:

- يكون للأفراد مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات
التعاقدية سواء كان هذا الاختيار موضوعي، بحيث توجد صلة بين المتعاقدين و القانون
المختار، مثل اختيار قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك، أو توجد صلة بين
العقد و القانون المختار، مثل اختيار قانون مكان إبرام العقد أو قانون محل تنفيذ العقد، أم كان
الاختيار غير موضوعي، ففي كلتا الحالتين يجب الاعتداد به ما دام يمثل إرادة المتعاقدين و
تعبيرا لها.⁽³⁾

وبمعنى آخر هناك تجميد للقانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها وقت
التعاقد، و هو ما يعبر عنه - جانب من الفقه - بشرط الثبات الزمني للقانون المختار، بحيث
يفضل هؤلاء الفقهاء قصر الإعتداد بهذا الشرط بالنسبة للقواعد المكملة في هذا القانون

1- منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص 41،40.

2- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 417،416.

3- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 96.

و التي يحق للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها و من ثم إذا قام المشرع بتعديلها أو إلغائها بعد إبرام العقد تظل الرابطة العقدية مع ذلك محكمة بهذه القواعد لاندماجها في العقد وقت إبرامه، أما بالنسبة لغيرها من القواعد في القانون المختار، فإن أي تدخل تشريعي أمر بإلغائها أو تعديلها بعد إبرام العقد و أثناء امتداد تنفيذه يسري على الرابطة العقدية دون اعتداد بشرط الثبات الزمني لقانون العقد، وهو ما يفيد في النهاية بخضوع الرابطة العقدية للقواعد الأمرة في القانون المختار مع تحويل الأطراف حق التثبيت الزمني لقواعد هذا القانون المكمل دون الأمرة.(1)

ويرتب بعض المناصرين لهذه النظرية نتيجة هامة و هي قدرة المتعاقدين على تحرير العقد من الخضوع لقانون دولة معينة، بحيث يبقى العقد على هذا النحو طليقا لا يخضع إلا لما تضمنه من شروط تعاقدية اتفق عليها الطرفان أو للعادات و الأعراف الدولية السائدة بين المتعاملين، و هذه هي فكرة العقد الدولي الطليق، الذي لا يخضع لقانون دولة محددة.(2)

فالعقد - حسب أنصار هذه النظرية - يمكن أن يعين في فراغ تشريعي " VIDE LIGISLATIF" و بالتالي يتحرر من الارتباط بالقوانين الوطنية، و حجتهم في ذلك أن العقد نظام يكفي نفسه بنفسه من الناحية التنظيمية و الإلزامية، و أن الأخذ بهذه النظرية من شأنه القضاء بصفة نهائية على مشكل تنازع القوانين.(3)

- للمتعاقدين أيضا الحرية في تجزئة العقد بحيث يخضعون كل جزء منه لقانون معين يختارونه و لو لم تكن لهذا القانون صلة بالعقد، و يستتبع ذلك إمكانية قيامهم بإجراء تعديلات لاحقة على اختيارهم كلما دعت الظروف لذلك.(4)

- اندماج القانون المختار في العقد، و يقصد بذلك أن يصبح القانون الذي اختاره الأطراف لحكم علاقتهم التعاقدية بمثابة شرط أو بند تعاقد يبرر عليه ما يسري على بقية الشروط في هذا العقد، و بمعنى آخر إن تحويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد من شأنه أن يؤدي إلى تجريد ذلك القانون من سلطانه الأمر، و على هذا الأساس تعامل أحكامه و قد

1- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 351، هامش 01، ص 352، هامش 01.

2- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 417.

3- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 97.

4- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 225.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
اندمجت في العقد و أضحيت بهذه المثابة مجرد شروط عقدية تعامل معاملة الوقائع أمام القضاء
الوطني، سواء من حيث إثباتها أو من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا إلى تفسيرها فلا وجود
لقانون سابق على العقد يمكن إخضاع هذا الأخير لأحكامه، ذلك أن القانون الذي عينته إرادة
المتعاقدين ليست له قوة ملزمة إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة.(1)

ثالثا - الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية:

من أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية مايلي:

إن القول باندماج القانون المختار في العقد باعتباره شرط تعاقدى مدرج ضمن شروط
العقد، الذي يدفع إلى وجود حد فاصل بين شرط اختيار القانون المطبق على العقد الدولي
والقانون الذي أخذ منه هذا الشرط، و بالتالي انقطاع الصلة بينهما بصفة نهائية قول غير
صحيح، أو غير مقبول من الناحية الواقعية.(2)

ففي نظر بعض الفقهاء، العقد لا يكتسي قوته الملزمة من غير أن يستظل بنظام قانوني
معين، كما أن تحليل الرابطة العقدية يبين وجود عنصرين أحدهما داخلي مرتبط بإرادة أطراف
العقد، و هو تطابق إرادتهما، و ثاني عنصر خارجي مصدره القانون، فلا ينشأ العقد صحيحا
إلا بمراعاة الشروط التي يتطلبها القانون،(3) وهو ما أكدته المادة 59 من القانون المدني
الجزائري بقولها "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون
الإخلال بالنصوص القانونية".(4)

ورغم أن إخضاع العقد للقانون المختار من شأنه تحقيق الأمان القانوني لأطراف العقد،
فضلا عن أنه يصون توقعاتهم المشروعة، إلا أنه يتضمن مع ذلك مصادرة على المطلوب، إذ
كيف يستمد القانون المختار اختصاصه من إرادة المتعاقدين بمقتضى اتفاق الاختيار الذي
تخضع صحته لقانون الإرادة، فلا شك أن تطبيق القانون المختار على اتفاق الاختيار يقتضي
أن يكون هذا القانون مختصا، و هو ما لا يتأتى قبل التأكد من صحة الاتفاق على اختياره.(1)

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 81.

2- جبار محمد، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة
1988، ص 88.

3- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 97.

4- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، الجريدة الرسمية للجمهورية
الجزائرية، عدد 78 لسنة 1975.

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 395، 394.

كما أن الأخذ بفكرة سلطان الإرادة و جعلها كأساس لنظرية قانون الإرادة، من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، و هو ما يظهر في حالة تسبب القانون المختار بإرادة أطراف العقد إلى بطلانه، فكيف يعقل أن يختاروا قانونا يبطل عقدهم؟، ثم أن من شأن الأخذ بهذه النظرية على أساس مبدأ سلطان الإرادة، قد يؤدي إلى التحايل أو العش نحو القانون، و ذلك لأنه طبقا لهذه النظرية من حق أطراف الرابطة العقدية أن يختاروا قانونا ليس هو القانون المختص في الأصل، و هو ما يصفه البعض من الفقهاء بالاعتداء الصارخ و التحايل على القانون.(2)

الفرع الثاني

النظرية الموضوعية كأساس لفكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

ظهرت النظرية الموضوعية أو كما يسميها البعض بنظرية وحدانية التحديد أو نظرية التركيز، ظهرت في أفكار الأستاذ باتيفول "BATIFFOL"، (3) حيث يرى هذا الأخير أن مراعاة العلاقات الدولية توجب توزيع الاختصاص التشريعي فيما بين الدول توزيعا موضوعيا، لأن تحديد النطاق التشريعي لدولة معينة يؤثر في الاختصاص التشريعي لغيرها من الدول، و من ثم يجب الاعتراف لكل تشريع بحكم العلاقات التي تقع تحت سلطانه عن طريق تركيزها تركيزا مكانيا و لتحقيق هذه الفكرة يمكن اعتماد وسائل ثلاث:

- اعتماد ضابط إسناد واحد بالنسبة لكل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل إبرامها.

- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي معتمدا في ذلك على ظروف و ملابسات العقد لربط هذا الأخير بنظام قانوني معين.

- اعتماد منهج وسط، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية.(4)

أولا - مضمون النظرية الموضوعية:

يشير الفقيه باتيفول "BATIFFOL" موضحا فكرته بأنه يسلم بقانون الإرادة و ما لهذا الأخير من دور في تحرير العقد الدولي من قبضة القانون الداخلي، و لكنه يضيف جديدا لهذه

2- عوض الله شبيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، سنة 1997، ص 509.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 169.

4- محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 46،47.

الفكرة مضمونه أن الإرادة ليست هي التي تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق، إذ أن دورها ينحصر في تركيز العقد فقط بمعنى ربطه بقانون معين بالنظر إلى عناصر معينة، كمحل إبرام العقد أو محل تنفيذه.(1)

وبناء على ما تقدم، فإن العقد يحكمه قانون الدولة التي قام أطرافه بتركيزه على إقليمها، فالإرادة في هذه الحالة لم تتناول تحديد القانون الذي يحكم العقد و إنما فقط قامت بتحديد مقر العقد.(2)

فعدم خضوع العقد الدولي لنظام قانوني معين- برأي أنصار هذه النظرية- ليس معناه أنه خارج عن أي قانون، بل فقط هناك أكثر من نظام قانوني يخضع له رغم استحالة تطبيق هذه القوانين كلها نظرا لاختلافها، و لما كان العقد الدولي يرتبط بمحيط اجتماعي بالضرورة، فإن آثاره أو معظمها تتحقق في وسط اجتماعي معين، و ما على إرادة الأطراف إلا التقيد بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بهذا العقد، فيجب أن تكون هناك صلة بين القانون المختار و العقد، و بالتالي لا يستند الاختيار إلى مطلق إرادة الأطراف، بل يستند إلى نصوص القانون التي سمحت للأطراف بهذا الاختيار.(3)

ويتم أعمال قاعدة تركيز العقد و البحث على القانون الواجب التطبيق عليه إذا لم تكن الأطراف قد قررت صراحة أو ضمنا إخضاع عقدها الدولي لقانون معين، و يشترط في هذا الاختيار الضمني التأكيد كإدراج شرط يمكن من خلاله استخلاص القانون الذي انصرفت إرادة المتعاقدين إلى اعتماده، مثلا شرط إعطاء حق الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ لمحكمة جزائرية، فيستفاد أن إرادتهما انصرفت إلى تطبيق القانون الجزائري.(4)

ثانيا - النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الموضوعية:

ينتج على الأخذ بهذه النظرية ما يلي:

- يقوم المتعاقدان بتركيز عقدهما بإرادتهما، و لكن اختيارهما لقانون معين يؤخذ كميز للإرادة و إن كان دليلا مهما و لكنه ليس كافيا، فقاضي الموضوع يعين القانون الواجب

1- محمد خالد الترجمان، "تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع و الأربعون، 1993، ص 89،90.

2- عوض الله شبويه الحمد السيد، مرجع سابق، ص 510.

3- بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 05.

4- محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 47،48.

التطبيق على أساس كمي و كفي للعناصر المادية، فإذا تبين له أن مقر العقد هو بلد غير البلد المراد تطبيق قانونه، طبق قانون مقر التركيز و استبعد القانون المختار.(1)

ويترتب على ذلك أنه إذا تبين للقاضي أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين يبتعد عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقدية فقد أصبح من حقه- بل من واجبه - أن يصحح هذا الاختيار و يطبق القانون الأوثق صلة بالعلاقة و الذي تجاهله الأطراف.

- إن القاضي أو المحكم عن طريق تطبيقه لمنهج التركيز الموضوعي، يستطيع إيجاد حلول للمشاكل التي تعترض العقد الدولي، كحالة سكوت المتعاقدين تماما عن الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أو أن الاختيار كان صريحا و لكن من شأنه أن يبطل العقد أو يبطل أحد بنوده المهمة و المصرح بها.(2)

على أنه يتعين عدم الخلط، على الأقل من الناحية النظرية، بين فكرة عدم الاعتداد بقانون الإرادة فيما لو انعدمت الصلة بينه و بين العقد من جهة و بين مجال أعمال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى، إذ قد يحدث أن يلجأ المتعاقدون إلى إيجاد صلة مصطنعة بين العقد و القانون الذي تم اختيارهم له لحكم العلاقة التعاقدية، كما لو قاموا بإبرام العقد أو تنفيذه في الدولة التي يهدفون إلى تطبيق قانونها على العقد ابتداء لأغراض غير مشروعة، حيث يجوز في هذا الفرض أعمال نظرية الغش نحو القانون رغم الاعتراف بخصوصية أعمال النظرية في هذه الحالة.(3)

و هكذا لم تعد الإرادة الفردية حرة إلا في حدود القانون الذي تستمد منه سلطاتها، فالعقد لا يمكن أن يسند إلى فراغ و إرادة المتعاقدين لا تستطيع أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته، فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط و إنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل، وهو لا يرتب آثارا قانونية بوصفها هذا إلا باستناده إلى هذا النظام القانوني الذي يمنحه الوجود و يكفل له الحماية، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست قاعدة فلسفية و إنما هي قاعدة قانونية تستند إلى نظام قانوني معين يقررها و يضع لها الضوابط و الحدود.(1)

1- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 115.

2- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 417.

3- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 343،344.

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 95.

و يرى البعض أن التسليم بهذا النظر سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد و ذلك بمفاجأتهم بتطبيق قانون غير ذاك الذي وقع عليه اختيارهم، وهو ما ينال من الأمان القانوني المتطلب في المعاملات الدولية بوصفه من الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تخويل القاضي أو المحكم سلطة تصحيح اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم في كل مرة يكون غير معبر وهو - بحسب الأصل - مركز واحد يعني ذلك ببساطة أن المتعاقدين لا يتمتعون بأي حق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، لأنهم لا يملكون في الواقع إلا الخضوع للقانون الأوثق صلة بالعقد وهو ما يتنافى مع قاعدة الإسناد في مجال العقود الدولية التي خولتهم حرية الاختيار.(2)

ثالثا - الانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية:

إذا كانت النظرية الموضوعية قد تلافت الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية وذلك باعتمادها منهج تركيز العقد كأسلوب لتحديد القانون المختص، إلا أنها لم تسلم من جهتها من بعض الانتقادات التي وجهت لها ومضمونها ما يلي:

- انتقاد قدمه الفقيه لويس لوكا، مفاده أن هذه النظرية غير واقعية، فهي تنكر كل تدخل للإرادة وتنفي دورها في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بمعنى أنها تتجاهل دور إرادة أطراف العقد وتخالف توقعاتهما.(3)

- تولى هذه النظرية عناية كبيرة لدور القاضي وذلك على حساب إرادة أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الأخير رغم ما لهذه الإرادة من اعتراف في مجال الالتزامات التعاقدية.

- إن إعطاء هذه النظرية الحق للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية استنادا لمنهج التركيز الموضوعي للعقد بحيث لا يعتبر هذا القانون من اختيار الأطراف، من شأن ذلك أن يهدر حقوق هؤلاء الأطراف، في حين أن هناك إمكانية في

2-حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 417،418.

3- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص116.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية⁽¹⁾ والأعراف المستقرة
في المجال التجاري الدولي لكونها محايدة، وهذا بخلاف القانون الوطني الذي يحدده المحكم
وفقا لمنهج التركيز الموضوعي للعقد.

وخلاصة القول، أن للأطراف سلطة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات
التعاقدية يتم تحديد هذه السلطة من خلال منهج الإسناد الذي يضعه المشرع و يحدده بنصوص
قانونية، بحيث تعتبر الإرادة بمثابة ضابط إسناد أصلي في العقود الدولية بصفة عامة و في
عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، مع الأخذ بعين الاعتبار تقييد هذه الإرادة وذلك بفرض
وجود صلة إما بالعقد و إما بالمتعاقدين، و هو ما تؤيده مختلف التشريعات و من بينها القانون
الجزائري الذي نص على وجوب أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين
أو العقد، وذلك في نص المادة 18 / 1 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على
أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية
بالمتعاقدين أو بالعقد...".⁽²⁾

المبحث الثاني

مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

إذا كان المشرع قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يجب أن
يحكم عقدهم، فإنه من الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدين ذلك الحق بإعلان إرادتهم
الصريحة أن قانون هذه الدولة أو تلك، أو حتى القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال

1 - هي عبارة عن أحكام موضوعية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية، ، تأخذ في الاعتبار الصفة الدولية للرابطة كي
تخضع تلك العلاقات لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم الروابط الداخلية البحث. راجع: منسول عبد السلام، مرجع
سابق، ص49، هامش01.

2- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل و متمم.

معين هو الواجب التطبيق عند المنازعة، فإن تم ذلك كنا بصدد اختيار صريح أو إرادة صريحة وواضحة في اختيار قانون معين، أما إذا لم يفصح الأطراف عن إرادتهم في الاختيار وجب البحث عن إرادتهم الضمنية.⁽¹⁾

لذلك يتعين على قاعدة الإسناد في قانون القاضي، و التي تخول الأفراد حق اختيار قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية، أن توضح ما إذا كان يلزم في الاتفاق على اختيار القانون الأجنبي أن يكون صريحا أو أنه يكفي أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال وملابسات العقد،⁽²⁾ فضلا عن وجود أيضا ما يسمى بالإرادة المفترضة و كذا الإرادة المحتملة.⁽³⁾

وبعد التوصل إلى معرفة القانون المختار من قبل أطراف العقد و المعبر عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية، فإنه يكون من المهم تحديد مجال إعمال هذا القانون و ذلك من حيث أنواع العقود من جهة و من حيث مضمون العقد من جهة أخرى.

سنقوم بالتطرق إلى كيفية التعبير عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في (المطلب الأول)، ثم مجال القانون المختار في (المطلب الثاني)

المطلب الأول

كيفية التعبير عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

يكتسي تعبير المتعاقدين عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية طابعين، أولهما صريح وهو ما يسمى بالتعبير الصريح و نتناوله في (الفرع الأول) وثانيها غير صريح يتم التوصل إليه استنادا إلى ظروف التعاقد وملابساته ويسمى بالتعبير الضمني و نتطرق إليه في (الفرع الثاني).

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 189.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 99.

3- تختلف الإرادات المذكورة أعلاه فيما بينها على النحو الآتي بيانه:

-الإرادة الصريحة هي إرادة حقيقية ومعلن عنها صراحة في العقد، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد.

-أما الإرادة الضمنية، فهي إرادة حقيقية و لكنها غير معلن عنها صراحة في العقد و إنما يستخلصها القاضي عن طريق تفسير العقد من ظروف الحال.

-أما الإرادة المفترضة، فهي إرادة ليست حقيقية، و غير موجودة في العقد و لكن القاضي يفترضها بقرائن مستمدة من ظروف العقد، و يقيسها بمعيار موضوعي "الرجل المعقول".

-أما الإرادة الإحتمالية، فهي مجرد افتراض تصوري، و تختلف عن الإرادة المفترضة، من حيث كون هذه الأخيرة تؤخذ على أنها حقيقية، تقوم على قرائن، بينما الأولى تقوم على مجرد التخمين و الحدس. راجع: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 113، هامش 01.

الفرع الأول

الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

يكون الاختيار صريحا إذا نص الأطراف صراحة في العقد الدولي المبرم بينهم على إخضاعه لقانون دولة معينة، فالملاحظ أن بعض العقود الدولية كعقود البيع وعقود التأمين والقرض والعقود البنكية، تتضمن في نهايتها شرطا يسمى بشرط الاختصاص التشريعي " clause de la compétence législative "، بمقتضاه يحدد الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق كأن يتفقوا على إخضاع العقد للقانون المصري أو الفرنسي أو الإنجليزي وذلك في حالة المنازعة.(1)

ولقد صار من المألوف في مجال التجارة الدولية وكذا النقل الدولي، وجود عقود نموذجية،(2) يخضع كل عقد منها للقانون المنصوص عليه فيها بغض النظر عن وجود صلة أم لا بين العقد والقانون، ومثال ذلك العقود التي وضعها كل من اتحاد تجارة المطاط واتحاد تجارة غداء الماشية في لندن ، واتحاد القطن في ليفربول ، إذ نص في هذه العقود على إخضاعها للقانون الإنجليزي وكثيرا ما تجري المعاملات التجارية في مختلف هذه المواد بهذه العقود، بحيث تخضع لقانون الإنجليزي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، كذلك كثيرا ما يتم الاتفاق على إخضاع عقود النقل الجوي لقانون دولة الناقل.(1)

ويعتبر من الأهمية بمكان أن يضمن المتعاقدون عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، فإن هم عملوا على ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على حياة تحسبا للمستقبل وما يقترفه من أخطار محتملة، كل ذلك وعندهم كبير أمل في ألا تتحقق تلك الأخطار، فالمتعاقدون يرغبون بدهاءة في التنفيذ السلمي للالتزامات المتبادلة ولا مانع من ذلك أن يعدوا مقدما القواعد القانونية التي تساعد على حل ما عسى أن يثور مستقبلا من

1- عوض الله شيبه الحمد السيد، مرجع سابق، ص517،516.

2- العقود النموذجية، ضرورة عملية أملت لها ظروف التعامل التجاري، ذلك أن المهتمين بالاستيراد والتصدير وشؤون التجارة الدولية على العموم أوجدوا صيغ تعاقدية وكرسوا التعامل بواسطتها، كل في ميدان اهتمامه وحسب أصناف السلع التي يتداولها، وأصبحت هذه الصيغ محل إجماع، ومن بين أهم العقود النموذجية المتداولة نذكر على سبيل المثال: النموذج 730، المتعلق بالشروط العامة بالمبيعات عند الاستيراد والتصدير للأموال الاستهلاكية الدائمة والمواد الصناعية الميكانيكية المصنعة. راجع: محمودى مسعود، مرجع سابق، ص85،84.

1- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص241.

منازعات حول عقدهم، ويجب أن يعكس تحديد قانون العقد اهتمام يشغل بال المتعاقدين في العقد الدولي، وان يستجيبوا لخطاب قاعدة الإسناد الموجه إليهم ، بأن يختاروا صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم.(2)

فالاختيار الصريح يعتبر عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، فقيام المتعاقدين بمثل هذا الاختيار يكون من المستبعد أن تطرح صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد محل النزاع،(3) كما أن الاختيار الصريح بالشكل السابق بيانه، من شأنه أن يسهل على الأطراف تركيز العقد في دولة معينة، بحيث يكون هذا القانون المختار هو المختص بحكم العلاقة التعاقدية ولكن دائما مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينص عليه النظام العام الدولي.(4)

ونخلص مما سبق إلى أنه إذا تضمن العقد تحديدا لقانون ما ليحكمه بعبارات صريحة وجلية، وجب على القاضي أو المحكم أعمال هذا الاختيار وعدم طرحه جانبا، مادام العقد يتصف بالصفة الدولية، والقانون المختار له صلة بالرابطة العقدية،(5) لأن العبرة في الاختيار الصريح هو إعلان الإرادة "la déclaration de la volante" فضلا عن أن الأخذ بالقانون المختار صراحة من طرف المتعاقدين من شأنه أن يبعث الإرتياح في نفوس هؤلاء، لكون تطبيق القانون ناتج عن اختيارهم مما يمكن معه القول أنه يخدم مصالحهم بدون شك.(1)

وإذا كان للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح فهل يمكن القول أن لهم الحق في اختيار أي قانون حتى ولو لم تكن له صلة بالعقد؟.

للإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول أن هناك اتجاه فقهي يميل إلى عدم ضرورة وجود صلة(2) بين العقد والقانون المختار، فأطراف العقد عندهم يستطيعون ابتداء وانتهاء وبناء على

2- أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص190.

3- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص93.

4- Loussourn yvon & Bourel pierre, op. cit, p 479.

5- عوض الله شبيه الحمد السيد، مرجع سابق، ص517.

1- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة 1993، ديوان المطبوعات الجامعية، ص32.
2- ولقد بلغ حد الاهتمام بهذه الصلة عند شرعي بعض الدول إلى النص على قوانين معينة هي التي يجوز للمتعاقدن إعمال اختيارها فيما بينهم، كما هو الشأن في بولونيا حيث تقضي المادة 07 من قانون سنة 1926 الخاص بتنازع القوانين الدولي بأنه: "يجوز للمتعاقدن إخضاع التزاماتهم لقانون الجنسية، أو لقانون الموطن أو لقانون محل إبرام العقد أو لقانون محل تنفيذ العقد أو لقانون موقع الشيء" وظاهر تماما من هذا النص أن المشرع البولوني حدد قوانين معينة يجوز للمتعاقدن الاختيار من بينها، مراعيًا في تحديدها وجود صلة بينها وبين العقد على أن هذا المشرع قد عدل عن هذا التحديد الضيق، وذلك في القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1965، إذ اكتفى بالنص على شرط وجود الصلة بين العقد والقانون المختار.

مبدأ سلطان الإرادة في العقود بصفة عامة، وضع أي شرط في عقدهم وبالتالي فهم يستطيعون إدراج نصوص أي قانون يختارونه ضمن هذا العقد فتصبح جزءا منه، فإذا كان لهم ذلك يكون لهم من باب أولى مجرد الإشارة الصريحة إلى قانون معين لكي يتم تطبيقه دون حاجة إلى نقل نصوصه ضمن العقد.

بينما ذهب فقهاء آخرون إلى ضرورة وجود صلة حقيقية مباشرة بين العقد والقانون المختار لحكمه، لأن الصلة بين العقد والقانون المختار هي التي تبرر الاختيار.⁽³⁾

ويرى اتجاه ثالث التخفيف من غلو الرأي الثاني ويقرر أنه يجب من حيث المبدأ استلزام رابطة أو صلة بين العقد و البلد الذي اختير قانونه لحكمه، بحيث لا يجب أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد، ولكن يكفي أن توجد صلة فنية معينة، من ذلك أن يجري العقد في صورة عقد نمطي أو نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية، أو أن يختار أطراف العقد قانونا معيناً في مجال النقل أو التأمين البحري لحكم عقدهم ، لحسبان تقدم ذلك القانون في ذلك المجال بالمقارنة بغيره ، هذا و لو لم يكن لإبرام العقد أو لتنفيذه روابط واقعية بذلك المكان، (1) أما على مستوى الاتفاقيات الدولية فنجد أن اتفاقية روما المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تعتبر إرادة الأطراف حجر الزاوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ومن ثم كانت حرية الاختيار الصريح مطلقة تماما لا ترد عليها أية قيود تحد من عملها، وهذا الإطلاق فيما يبدو لا غنى عنه للمتكمين من الوصول إلى تطبيق قانون غريب عن العقد، يتضمن هذا القانون تنظيم موضوعي مميز لنوع معين من الروابط العقدية يتفق مع مصالح الأطراف، ويعد إطلاق حرية اختيار قانون أجنبي محايد للتطبيق على العقد في حد ذاته مبررا كافيا للتشدد عند الاعتراف بالإرادة غير الصريحة.⁽²⁾

وتتفق مع هذه الاتفاقية في الحكم اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في مدينة عمان المبرمة في 14 أبريل 1987، وقد وقع عليها وزراء العدل العرب من الأردن وتونس والجزائر، جيبوتي، سوريا، العراق، فلسطين، لبنان، ليبيا، المغرب، موريتانيا، اليمن، والتي

راجع: عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائيين الدوليين، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1986، ص441.

3- إبراهيم أحمد السمدان، مرجع سابق، ص178.

1- أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص193، 192.

2- طرح البحور علي حسن فرح، مرجع سابق، ص49.

نصت في مادتها 41 على أنه: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد". ففي هذا النص منحت الاتفاقية أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم مشيرة إلى الإرادة بنوعها الصريحة والضمنية، لكن حرية الأطراف وفقا لهذه الاتفاقية تمتد لاختيار أي قانون ولو لم تكن له صلة بالعقد وبقانون وطني معين.(3)

أما على مستوى التشريعات، فيمكن القول أن هناك بعض التشريعات التي أخذت بضرورة وجود مثل هذه الصلة بين القانون المختار والعقد ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، القانون المدني الإسباني الذي نص المادة 5/10 منه على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي خضع له الأطراف صراحة بشرط أن يكون لذلك القانون رابطة مع العقد المتعلق به".(4)

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني البولوني الذي نص في مادته 25 على أنه: " تخضع العلاقات القانونية بين الطرفين في الالتزامات التعاقدية للقانون الذي اختارانه بشرط أن توجد بينه وبين هذه العلاقة صلة".(1)

أما عن موقف المشرع الجزائري فيجب دراسته قبل التعديل ثم بعد التعديل، نصت المادة 18 مدني جزائري قبل تعديلها بموجب القانون رقم 05-10 على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".(2)

- يلاحظ مبدئيا، أن المشرع الجزائري لم يسر على منوال المشرع العربي في تعداده لضوابط الإسناد الاحتياطية وطريقة تحديد قانون الإرادة الواجب التطبيق، رغم أوجه التأثير الكثيرة صياغة ومعنا بالقانون المدني المصري في مواطن مختلفة من التقنيين المدني الجزائري، فاكتفى المشرع الجزائري بالنص على ضابطين للإسناد وهما القانون المختار من طرف المتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد وهكذا أهمل الإشارة إلى قانون الموطن المشترك

3- إبراهيم احمد السمدان، مرجع سابق، ص185.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص193.

1- احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص193.

2- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

مع ما للموطن من أهمية قانونية في الالتزامات التعاقدية، كما أن طريقة استنباط قانون الإرادة ضمنيا مبهمة، مما يوحي بأن القانون الجزائري لا يهتم بهذه الإرادة.(3)

يلاحظ أيضا أن نص المادة 18 أعلاه جاء مطلقا(4) غير مقيد بأي قيد مما يفيد بأن المشرع ترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم حتى ولو لم تكن له صلة بالعقد و هذا ما يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية.(5)

و تجدر الإشارة إلى أن شراح القانون المدني الجزائري اختلفوا حول ترتيب ضابطي الإسناد في المادة المذكورة أعلاه، جانب منهم يرى أن الأصل هو قانون محل الإبرام والاستثناء هو قانون الإرادة ، بينما يرى آخرون العكس ومن بينهم الأستاذ علي سليمان،(1) أما بعد التعديل الذي أورده المشرع الجزائري سنة 2005 على نص المادة 18 والتي أصبحت تنص على أنه:"يسرى على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد،وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...".(2)

يلاحظ أن المشرع الجزائري تعمد إسقاط الجملة التالية أو تبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه، الأمر الذي أدى بالبعض إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يعتد بالإرادة الضمنية.

لكن بالرغم من ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري أراد أن تطبق القواعد العامة التي تقضى بأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، فلو أراد ألا يعمل بالإرادة الضمنية لنص صراحة على ذلك.

3- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص89.
4- لقد تم تفسير ذلك بأن المشرع الجزائري أخذ بالمادة 126 من مبادئ القانون المدني السوفياتي لسنة 1961 والتي تنص على أن:"حقوق و التزامات الأطراف المتعلقة بالتجارة الخارجية تخضع لقانون المكان الذي تم فيه العقد ما لم ينص الإتفاق على غير ذلك". راجع : عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول: تنازع القوانين ، دار هومه ، ص323، هامش01.

5- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص110.

1- بلميهور عبد الناصر، مرجع سابق، ص06-07.

2- قانون رقم 10-05 يتضمن تعديل القانون المدني .

من خلال نص المادة السابقة يمكن القول أن المشرع الجزائري تأثر بالنظرية الموضوعية في تأسيس حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بحيث ألزم الأطراف أن يختار قانونا له صلة بهم (الأطراف) أو بالعقد المبرم، أكثر من ذلك اشترط أن تكون هذه الصلة حقيقية.

ومعنى أن تكون للقانون المختار صلة بأطراف العقد، أن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتهما، كما أنه تكون للقانون المختار صلة بالعقد بأن يكون قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذ العقد.

وفضلا عن ذلك، اشترط المشرع أيضا أن تكون هذه الصلة حقيقية، بمعنى أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة، أي يجب أن يكون الأوثق إلى المتعاقدين أو الأوثق إلى العقد، بمعنى يؤخذ بالقانون الأكبر صلة، وفي هذه الحالة لا يوجد إلا قانون واحد يتصف بهذا الوصف (أن يكون على صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد).⁽³⁾

وحتى في مجال التحكيم فقد أخذ المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 09-93 والتي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".⁽¹⁾

مما يفهم منه أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة دون الضمنية، وزيادة على شرط وجود صلة بين القانون المختار والعقد، يشترط أيضا في المتعاقدين أن يكونوا على علم بالقانون الذي يختارانه، فمن غير المتصور أن يتفق الطرفان على قانون لا يعرفا فحواه لأنه يضر قبل كل شيء بالمتعاقدين أنفسهم وهذا الشرط ما هو إلا نتيجة للشرط الأول، لأن أطراف العقد عندما يختارون صراحة القانون الذي له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين يبحثان فيما إذا كان هذا القانون يخدم مصالحهما ولكي يتمكنوا من ذلك يفترض فيهما العلم بمحتوى هذا الأخير،⁽²⁾ ويثور تساؤل حول ما إذا كان من المتعين أن يكون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق قد تم عند التعاقد، أم أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ذلك حتى بعد إبرام العقد أو حتى بعد نشوء

3- بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 08.

1- مرسوم تشريعي رقم 09-93، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 27 لسنة 1993.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص 52.

النزاع وهو ما يتضمن حقهم في تعديل الاختيار الذي تم وقت التعاقد، فلقد كان الفقه التقليدي في البداية يشترط ضرورة أن يكون اتفاق المتعاقدين في هذا الصدد قد تم عند إبرام العقد، أما الفقه الحديث فلم يعد يرى مانعا من اتفاق المتعاقدين على القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ولو كان الاتفاق المذكور يتضمن تعديلا لاتفاق سابق، بشرط رعاية حقوق الغير والتي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد منذ البداية،⁽³⁾ وللأفراد الحق في تغيير أو تعديل قانون الإرادة في أية مرحلة من مراحل التعاقد.

ولكن إذا أبرم العقد، فلا يكون في مقدورهم اختيار قانون جديد يحكم تعاقدهم إلا إذا كان هذا الاحتمال قائما قبل إبرام العقد، إذ ليس هناك ثمة مبرر لإعطاء الأطراف حقوقا تزيد على تلك التي تثبت لهم وقت التعاقد.⁽⁴⁾

وترجع أسباب السماح للمتعاقدين بالاختيار اللاحق لقانون العقد أو تغيير الاختيار في أي مرحلة من مراحل النزاع طالما كانت الدعوى مطروحة أمام محاكم الموضوع وليست في مرحلة تالية لذلك، إلى كون اتفاق المتعاقدين على هذا الاختيار اللاحق لقانون العقد أو تعديل اتفاقهم السابق، هي مسألة واقعية لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض بالإضافة إلى أن تخويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق أو تعديل هذا الاختيار أمام محكمة النقض يعني أن قضاه الموضوع قد تجاهلوا تطبيق قانون الإرادة، حين لجئوا إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، أو قاموا بتركيز العقد وإسناده على هذا النحو للقانون الأوثق صلة به، والحال أن المتعاقدين لم يقوموا-من حيث الأصل- باختيار قانون العقد، مما يعني أنه على قاضي الموضوع تجاهل هذا الاختيار و بالتالي نقض حكمه.⁽¹⁾

الفرع الثاني

الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

إذا كان الغالب هو إهمال أطراف العقد تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي،⁽²⁾ أي انعدام التحديد الصريح لقانون العقد، فإن هذا لا يعني انتهاء كل دور لهم، فإلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف، هناك إرادتهم الضمنية، أو على الأقل نيتهم الضمنية وهي إرادة

3- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص346.

4- احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص104.

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص107.

2- راجع : ص 36 من هذه المذكرة.

ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية، تبنى عن ميل واضح، وإن كان كامناً، إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني *choix implicite* لقانون العقد أو اعتقاد *croyance* حقيقي وكاف بشأنه.⁽³⁾

وبذلك ففكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة بل هي موجودة لكن غير معلن عنها، ولما كان الأمر كذلك فإنه يمكن القول أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية يتم استخلاصها من مجموع ظروف التعاقد وملابساته.

تثار بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق مشكلة تتعلق بمدى اعتبار السكوت تعبيراً عن اختيار قانون معين، حيث كشف مشروع اتفاقية روما الخاصة بالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية عن اتجاهين في هذا الشأن، يرى أنصار الإتجاه الأول أن الاعتداء بالسكوت في تحديد القانون المختص يجب أن يخضع للقانون الشخصي للطرف الساكت، أي أن هذا القانون الأخير هو الذي يحدد ما إذا كان يعتد بالسكوت في اختيار القانون من عدمه، أما الإتجاه الثاني فلا يعتد بالسكوت على وجه الإطلاق.⁽¹⁾

وبالنظر إلى الفقه الدولي وموقفه من مسألة الاعتداء بالإرادة الضمنية نجد أن هناك جانب من الفقه الفرنسي الحديث يرفض الاعتداء بمثل هذه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية،⁽²⁾ وأساس هذا الرأي أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على القانون الواجب التطبيق صراحة، فلم يعد مجدياً أن يكشف عما يسمى بإرادتهم الضمنية، لأن الغالب أن عدم اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق صراحة يعني أنهم قد اختلفوا حول تحديد هذا القانون أو توقعوا مثل هذا الخلاف من البداية، ومن ثم فإن تصدي القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية في هذه الحالات هو مجرد وهم وخيال، فكأن هذا الرأي يرى أن الكشف عن الإرادة الضمنية هو في حقيقته تحديداً لما يسمى بالإرادة المفترضة.⁽³⁾

وفي المقابل هناك جانب من الفقهاء أكثر أهمية يميل بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، وهو يؤدي بالقاضي في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد قانون

3- أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص194، 193.

1- احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص102.

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص348.

3- حفيفة حداد السيد، مرجع سابق، ص425.

العقد بصفة صريحة، إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد إن أمكنه ذلك، ومن ضمن هؤلاء الفقهاء الفقيه فوليكس "Folix" الذي أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية.

واعتبر دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي مجرد تفسير هذه الإرادة، بحيث جعل هذا التحديد منحصرا في قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ،⁽⁴⁾ وأن يكون الأطراف على علم به، وإن كان يعاب على هذا الرأي أنه أهدر دور الإرادة الصريحة، وجعلها كاستثناء عن الإرادة الضمنية.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نجد أنها تؤكد على إرادة الأطراف التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق هي تلك الإرادة التي يعلن عنها الأطراف صراحة، أو التي تكشف عنها الظروف المحيطة ضمنا، فالمادة 1/3 من هذه الاتفاقية تؤكد على أن الاختيار يجب أن يكون صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد.⁽²⁾

يميل القضاء الفرنسي بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، وهو ما يؤدي به عند سكوت المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد.⁽³⁾

فوجد محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 1910/12/05 تقرر إن: "القانون المختار بواسطة أطراف العقد ليس هو فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة، ولكن من الممكن استخلاصه من مختلف الظروف والملابسات للعقد".

وكررت نفس المحكمة ذات المعنى في حكم صدر بتاريخ 24 أبريل 1952 والذي جاء بضرورة بحث القاضي عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين وذلك عند غياب الاختيار الصريح، كما قضت محكمة غرفة التجارة بباريس في حكمها الصادر سنة 1978 بتطبيق القانون الانجليزي مستندة في ذلك إلى أن العقد محرر باللغة الانجليزية ومتضمن شروطا مألوفة في القانون الانجليزي.⁽⁴⁾

3- شريف هنية ، مرجع سابق ص 59.

1- شريف هنية، مرجع سابق، ص 59.

2- طرح البحور على حسن فرج، مرجع سابق، ص 49.

3- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 419.

4- عوض الله شبيه الحمد السيد، مرجع سابق، ص 517، 518.

وتؤكد كافة تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة تقصي الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فنجد ان القانون المدني المصري في مادته 1/19 يقرر أنه يسري على العقد القانون الذي يتفق عليه الأطراف، وعند تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي "يتبين من الظروف (أنه) هو الذي يراد تطبيقه"، كما ينص القانون الدولي الخاص النمساوي على أنه عند غياب التحديد الصريح "إذا بأن من الظروف ان الأطراف قد اعتبروا نظاما قانونيا معيناً واجب التطبيق، فيعد هذا تحديد ضمناً" ، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الدولي السويسري لعام 1987 (المادة 2/116) والتي نص على أنه: "اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف".⁽¹⁾

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، وبالنظر إلى نص المادة 18 بعد تعديلها لم ينص على الإرادة الضمنية، الأمر الذي جعل الفقه يختلف حول مسألة كون المشرع الجزائري يعتد بهذه الإرادة أم لا.

لكن وبالرجوع إلى نص المادة 60⁽²⁾ من التقيين المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "...ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

وبما أن المشرع الجزائري في نص المادة 18 أعلاه لم يشترط أن يكون التعبير على القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية صريحاً، فإنه يمكن القول انه يعتد بالإرادة الضمنية، ولما كان من المتفق عليه أن للقاضي كما للمحكم⁽³⁾ عندما تتناط به سلطة أو مهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، أن يبحث عن إرادة الأطراف الضمنية في حالة غياب إرادتهم الصريحة.⁽⁴⁾

1- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 244، 243.

2 - أمر رقم 75- 58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

3-بالنسبة للتحكيم، هناك حالات نادرة، أين يختار فيها الأطراف قانون العقد مما يعني في معظم الحالات تكون نية الأطراف غير واضحة في هذا الصدد، مما يستوجب على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية وفقاً للقرائن التالية:
-إذا تم الإشارة في العقد إلى تشريع معين.

-إذا تم النص على إجراء التحكيم في دولة معينة هذا يعني ضمناً خضوع العقد لقانون تلك الدولة.

-اللغة المستعملة، مكان إبرام العقد. راجع: LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, OP.CIT, P480.

4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 59.

ولما كانت الإرادة عبارة عن عامل نفسي باطني لا يمكن للغير أن يطلع عليه إلا إذا عبر عنه صاحبه، فإنه لا سبيل أمام القاضي أو المحكم سوى الإعتماد على ظروف و ملابسات التعاقد لمحاولة الكشف عن هذه الإرادة و ذلك بالاستناد إلى قرائن منها ما توصف بأنها قرائن ذاتية ومن أمثلتها تلك المستمدة من أطراف العلاقة العقدية مثل الجنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين، فلقد سبق للقضاء الفرنسي أن حكم بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين عند سكوت الإرادة عن بيان القانون الواجب التطبيق، وإن كانت بعض أحكامه الأخرى تميل إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين عند سكوتهم عن تحديد قانون العقد، كما تعد من القرائن الذاتية للرابطة العقدية تلك المستمدة من شرط الاختصاص القضائي بالنزاع الذي قد يثور في شأنها، وعلى هذا النحو يشير الفقه إلى أن حرص المتعاقدين على النص على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على إرادتهم الضمنية في تطبيق قانون تلك الدولة،⁽¹⁾ حيث تعتبر هذه القرينة الأخيرة ذات وزن وقيمة في استخلاص نية الأطراف، حيث صار مقبولا القول بأن من يختار القاضي يختار قانونه، كما أن تبني صيغة عقد نمطي معمول به طبقا لقانون دولة معينة يعتبر قرينة على اختيار قانون تلك الدولة.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تقسيم آخر للقرائن إلى قرائن خاصة يمكن أن تؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق مثل موقع العقار، وجود قاعدة تجارية *Fonds de commerce*... وقرائن أخرى عامة وهي مكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد، مع ترجيح مكان التنفيذ على مكان إبرام العقد.⁽³⁾

وكشف القاضي عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون معين بناء على الظروف السابقة البيان، يجب أن يكون كشفا شخصيا "Subjective"، واضحا يتحدد بإرادة أطراف العلاقة التعاقدية، أي يدل دلالة قوية على وجود نية حقيقية في اختيار القانون الواجب التطبيق، فلا تكفي القرينة المجردة للدلالة على الإرادة الضمنية، بل يجب أن يؤدي تفسير عبارات العقد وجميع القرائن الأخرى للتوصل إلى أن القانون المستخلص هو القانون الذي تم

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 421 و ما بعدها.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 195.

LOUSSOUARN Yvon, Bourel Pierre, OP . cit. P482

-3

اختياره ضمناً، كأن تتعاضد أكثر من قرينة في الإشارة إلى هذا القانون أو أن تكون عبارات العقد من الوضوح في الدلالة على النية إلى هذا القانون كقانون مختار.⁽⁴⁾

فإذا كانت الإرادة صريحة في اختيار قانون معين أو إذا استظهرت النية الضمنية للدلالة عليه ، فوفقاً لمبدأ سلطان الإرادة يكون من الواجب تطبيق القانون الذي أشار إليه الأفراد دون غيره وذلك في الأحوال التي يكون لإرادة الأطراف الدور الحاسم في اختيار هذا القانون.⁽¹⁾

ونضيف أن استخلاص النية الضمنية للأطراف، حول قانون العقد، هي مسألة واقع يتمتع بشأنها القاضي بسلطة تقديرية، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض، طالما جاء استنتاجه مبنياً على أسباب سائغة، وتلك السلطة التقديرية، تتسع حينما يقع عبء تحديد قانون العقد على عاتق القاضي أساساً.⁽²⁾

وأخيراً يمكن القول أنه بعد توصل القاضي أو المحكم إلى استخلاص الإرادة الضمنية استناداً إلى إحدى القرائن السالفة الذكر، يكون بذلك قد توصل إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مما يفيد أن الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لها أهمية بالإضافة إلى الإرادة الصريحة وإن كانت تأتي في مرتبة ثانية بعد هذه الأخيرة، وذلك أمر منطقي.

المطلب الثاني

مجال القانون المختار للتطبيق على الالتزامات التعاقدية

إذا تم معرفة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، سواء بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو إلى إرادتهم الضمنية، أو كان ذلك بإعمال قواعد الإسناد الاحتياطية الأخرى، فإن التساؤل يثور حول المسائل العقدية التي يحكمها هذا القانون المختار؟ وفي هذا الصدد يمكن القول أن القانون المختار للتطبيق على الالتزامات التعاقدية يحكم غالبية المسائل العقدية وذلك بإجماع فقه القانون الدولي الخاص، وإن كان هذا الفقه قد اختلف بشأن بعض هذه المسائل وذلك عما إذا كان هذا القانون يحكمها أم يحكمها قانون آخر،⁽³⁾ وما يمكن

4- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص177.

1- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص177.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص196.

3- عوض الله شبيه الحمد السيد، مرجع سابق، ص519.

قوله هو أن القانون المختار لا يطبق على كل المسائل المتعلقة بالعقد، فأهلية المتعاقدين وإن كانت شرطا لصحة التعاقد إلا أنها تستقل بفكرة خاصة تخرجها من نطاق تطبيق هذا القانون وتخضع بذلك للقانون الشخصي للمتعاقدين وذلك باعتبارها من المسائل اللصيقة بالشخص وبالتالي يتم إسنادها لقانون الجنسية.⁽¹⁾

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/10 بقوله: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...."، كما تخرج من مجال تطبيق القانون المختار أيضا مسألة شكل العقد أو ما يصطلح عليه بشكل التصرفات، فالمشرع الجزائري أخضعها لقانون خاص نص عليه في المادة 19 من القانون المدني بقوله: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية".⁽²⁾

وثمة قضية خاصة تتمثل في معرفة ما إذا كان يجب اعتبار العقد كلا لا يتجزأ خاضعا لقانون واحد أم أنه من الممكن تجزئته وإخضاع أجزائه كشكل العقد وآثاره، وعقوبة مخالفته، وكل من الالتزامات الواردة فيه إلى القانون الخاص بها.⁽³⁾

يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ أن مضمون الفكرة المسندة في المادة 19 مدني مصري ينحصر في آثار العقد، أما ما يتعلق بتكوين العقد فهو يخرج وفقا لهذا الرأي عن مضمون هذه الفكرة، وأساس هذا الاتجاه إن نص المادة 19 قد واجه الالتزامات التعاقدية وهي آثار العقد دون أن يتعرض لتكوين العقد ذاته.

وينتهي هذا الرأي بذلك إلى أن المشرع، وقد سكت عن بيان القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد، فلا مناص من انه ترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه وتجزئة عناصر العقد على هذا النحو، وإخضاع كل جزء منها لقانون معين، هو اتجاه يستجيب إلى مذهب يسود لدى

1- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 437.

2- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

3- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 369.

4- مذهب سافيني يعتبر العقد بمثابة "كتل من الالتزامات" التي تخضع لعدد مقابل من القوانين المختلفة وفقا لسمات كل منها. راجع: إسعاد موحد، مرجع سابق، ص 369.

بعض الشراح مقتضاه تجزئة العقد بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق بالنظر إلى كل عنصر من عناصره وآثاره.

وعلى ذلك، فليس هناك ما يمنع المتعاقدان من أن يخضعا كل عنصر من عناصر العقد لقانون معين، ما دامت هناك صلة بين هذا العنصر والقانون الواجب التطبيق عليه، فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فإن تعددت المحال الواجب التنفيذ فيها كان لهما أن يخضعا لتنفيذ كل الالتزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه فيه ، ويقوم هذا الرأي على أساس أن كل عنصر من عناصر العقد قد يرتبط من الوجهة الفعلية بقانون معين، ومن ثم يكون من الخير أن نطبق في شأن كل عنصر القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره.(1)

ويشير البعض في هذا الصدد إلى أن تجزئة قانون العقد على هذا النحو، هو اتجاه يرتبط بفكرة النظرية الشخصية، والتي تتيح للمتعاقدين اختيار قانون على غير صلة بالرابطة العقدية، كما يسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط التعاقدية وهو ما يؤدي إلى الاعتراف بحقهم أيضا في اختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد،(2) إلا أنه في إطار النظرية الموضوعية يحتفظ المتعاقدون أيضا بهذا الحق فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إخضاع العقد لأكثر من قانون واحد طالما توافرت الصلة بين القانون والعقد، ويشترط ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام العقد من ناحية وإفلاته من سلطان القانون من ناحية أخرى.

فإذا كان من شأن حرية المتعاقدين في تجزئة العقد أن تؤدي إلى الإخلال بمبدأ وحدة القانون المطبق على العلاقة العقدية، فإن هذه التجزئة لا تعني مع ذلك هدم الانسجام المتطلب في الرابطة المذكورة، لأن ما يقيد الإرادة هو ألا تؤدي قدرتها على تجزئة العقد إلى هدم الانسجام المتطلب بين أحكامه، ولذا يشترط الفقه لسلامة تجزئة العقد والاختيار الإرادي لأكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة، أن تتسم هذه التجزئة بالمعقولية حتى لا تطيح بالانسجام المتطلب في الرابطة العقدية، وبالتالي فتجزئة العقد لا يمكن أن تتصور إلا في المسائل التي يمكن فصلها عن غيرها دون إخلال بانسجام العقد،(1) لذلك قد يصبح هذا التعدد في القوانين ممكنا ومعقولا عندما يكون له أساسا موضوعي، كأن تكون العلاقة العقدية موضوع النزاع

1- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص364،363.

2- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص487.

1- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص275،274.

هي ذاتها علاقة مركبة تقبل التجزئة دون أن يؤثر ذلك على تجانس العقد والمثال الأكثر ملائمة لهذه الفكرة هو العقد الذي يكون موضوعه في آن واحد بيع آلات معقدة مع الوعد بالمساعدة الفنية والتقنية فيخضع إلى قانون آخر.

كما يمكن توفر إمكانية اختيار أكثر من قانون في حالة ما إذا تم التسليم في دول مختلفة مع توفر شرط القبول بالتجزئة والمتمثلة فيما يلي:

- أن لا يكون الهدف من التجزئة تجنب الأحكام الموجودة في القانون المختص من أجل منع التهرب من القواعد الأمرة.

- أن تكون عناصر تلك العلاقة بطبيعتها تتطلب التجزئة،⁽²⁾ ويرى جانب آخر من الفقه بأنه يجب أن لا تترك للإرادة حرية إخضاع العلاقة العقدية الواحدة لأكثر من قانون كإخضاع كل من تكوين العقد وآثاره وزواله إلى قوانين مختلفة ولو توافرت الصلة بين كل من تلك العناصر والقوانين المختارة وذلك راجع لوحدة شروط العقد، فالعقد هو عملية قانونية واحدة لا يقبل تجزئتها فهو يتناول عمل قانوني متجانس فيما بين عناصره كما أنه يحقق الانسجام⁽³⁾ في النظرة إلى الإرادة، ويجنب من مخاطر اعتبار أن العقد هو مجرد عمل إرادي تعود للإرادة انتفاء أي قانون يحقق مصالحها الذاتية، ويمكن للأطراف على إثره التهرب من الأحكام الأمرة في القانون المختار.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم ينص في المادة 18 من القانون المدني على مثل هذه الحالة وإن كان يستفاد من تعبيره في هذه المادة بعبارة الإلتزامات التعاقدية، أنه يقصد بذلك العقد بكل عناصره من تكوين وآثار، ويعد ذلك تقديرا من المشرع للصعوبات التي تثار بالنسبة للمسائل التفصيلية وحتى يترك باب الاجتهاد مفتوحا.⁽⁴⁾

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص68.

3- حرية المتعاقدين في تجزئة العقد وإن لم يقيد مبدأ وحدة العقد لأنه مبدأ لا يفترض إلا عند سكوت الإرادة تماما عن إبداء رغبتها في التجزئة إلا أنها تنقيد في جميع الأحوال بضرورة الحفاظ على انسجام الرابطة العقدية وأساس عدم الاحتجاج بمبدأ وحدة العقد في مواجهة المتعاقدين، إن هذه الوحدة غير متحققة في الواقع في صدد المسائل القابلة بطبيعتها للانفصال بإسناد مستقل فإذا كان المشرع يملك تجزئة الرابطة العقدية وإسنادها لأكثر من قانون واحد فما الذي يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد باختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة القابلة للانفصال بفكرة مسندة مستقلة، وبالتالي فإن مبدأ وحدة العقد لا يعد في ذاته قيودا على إرادة المتعاقدين في التجزئة، وإنما هو قيد على سلطة القاضي في هذا الشأن. راجع: محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص275، هامش02.

1- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص440.

وبعد التطرق للمسائل السابقة بشأن القانون المختار للتطبيق على الإلتزامات التعاقدية وموقف الفقه منها نود أن نبين في هذا المطلب مجال القانون المختار(قانون الإرادة) من حيث تكوين العقد في (الفرع الأول) ثم مجال القانون المختار من حيث أثار العقد في (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول

تطبيق القانون المختار على العقد من حيث تكوينه

يعرف العقد⁽²⁾ بأنه توافق إراديتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وهذا أخذا بالرأي الذي لا يرى فارقا بين العقد والاتفاق ، والذي يبدو أنه الأسلم خاصة وأن ما قدمه أنصار التفرقة بين العقد والاتفاق لا يبرر ذلك، حيث يذهب هؤلاء إلى أن الاتفاق أشمل من العقد - فالعقد عندهم - هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما الاتفاق فهو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ويرون بأن لهذه التفرقة أهميتها من حيث الأهلية، ذلك أن الأهلية المشترطة في الاتفاق غير تلك المشترطة في العقد، وفي الواقع فإن الأهلية المطلوبة تتوقف على طبيعة التصرف ومدى خطورته، وذلك بغض النظر عما إن كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له أو معدلاً له.⁽³⁾

والعقد الدولي هو في الأساس عقد يتم بالتراضي، أي بمجرد التقاء إرادتين وتطابقهما حول محل معين من أجل تحقيق هدف معين وهو السبب، لذلك فإن بحث المسائل التي تتعلق بتكوين العقد يقتضي التطرق لكل من التراضي والمحل والسبب.

أولا - التراضي:

2- يعرف المشرع الجزائري في نص المادة 54 من القانون المدني العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

3- خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص32، هامش01.

يعتبر التراضي ركنا أساسيا في العقد بصفة عامة إذ لا وجود لعقد بدون اتفاق ذوي الشأن حوله، فالعقد أيا كان يعتمد في وجوده على إرادتين متقابلتين بحيث يصدر الإيجاب أولا ثم يقبله أو يتعبه قبول مطابق له فينعقد العقد الدولي.(1)

لا خلاف بين الفقه في وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة على أساس أن هذه المسألة تدخل في مضمون فكرة الأهلية، وتخضع بالتالي للقانون الشخصي للمتعاقد.

أما وقد استبعدنا مسألة وجود الإرادة، فيرى البعض أن قانون الإرادة يسري على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة، وهل يشترط أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره، كما يدخل في مضمون الفكرة المسندة كل ما يتعلق بعيوب الإرادة(2) وإن كان البعض من الفقهاء دافع عن تطبيق القانون الشخصي لأن هذا الأخير يهدف إلى حماية الشخص وبتالي شروط رضائه، غير أن شروط الرضا على العكس من ذلك لا تستهدف الشخص بحد ذاته ، وإنما تسعى للحصول على عقود صحيحة.(3)

وثمة صعوبة تنشأ بصدد الغبن، فالاتجاه الحالي يميل إلى اعتبار الغبن بمثابة عدم توازن موضوعي بين الأداءات المترتبة على العقد، ويربط حينئذ إذا تعلق الأمر بعقود تنصب على الأموال بقانون مكان تواجدها.

ويعتمد القانون الجزائري الغبن بصفتين، بصفته يتعلق بمحل العقد أولا عندما تتجاوز نسبة الغبن بمناسبة بيع العقارات خمس ثمنها، وفي هذه الحالة لا يحق للبائع، وفقا للمادة 358 من القانون المدني الجزائري سوى إقامة دعوى المطالبة بالثمن الإضافي، باعتبار أن الأمر يتعلق بمجرد عدم توازن موضوعي في أداءات كل من الطرفين،(4) ومن جهة أخرى تنص المادة 90 من القانون المدني فيما يتعلق بكافة العقود، على وجود الغبن إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى

1- شريف هنية، مرجع سابق، ص76.

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص266.

3- إسعاد موحند، مرجع سابق، ص370.

4- المرجع نفسه، المكان نفسه.

جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...".⁽¹⁾

يرتكز الغبن في هذه الحالة إذن على عدم توازن الأداء بقدر ما يرتكز على وضعية الشخص بالذات، ولذلك فإن الدعوى ستكون دعوى بطلان العقد إلا إذا عرض المشتري دفع علاوة يعترف القاضي بأنها كافية لتعويض الغبن، مما يعني أن النظام القانوني للغبن في هذه الحالة أيضا يختلف عن النظام المطبق عادة على عيوب الرضا، فهو لا ينجم عن الغلط أو عن الإكراه بحيث يمكن تفادي دعوى البطلان.⁽²⁾

أما بالنسبة لمسألة السكوت، فلقد وقع خلاف بين الفقه حولها، فمنهم من رأى ضرورة إخضاع السكوت لقانون الإرادة باعتباره من ضمن عناصر التعبير عن الإرادة وبذلك يأخذ هذا الرأي بفكرة أن السكوت لا يعد تعبير عن الإرادة لأنه حالة سلبية، بينما التعبير عن الإرادة حالة ايجابية تحقيقا لقاعدة "لا ينسب لساكت قول" وبذلك من غير الممكن إخضاع السكوت للقانون الذي اختاره المتعاقدان لأن هذا القانون يطبق على حالات التعبير عن الإرادة بالطريقة الايجابية وليس السلبية،⁽³⁾ فيخضع السكوت للقانون الذي يرتب على السكوت النتيجة القانونية ويتحقق ذلك من خلال قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب إذا كان الشخص طبيعيا أو قانون مركز أعماله إذا كان شخصا معنويا، إذ أنه لا يمكن تصور إلزام من وجه إليه العرض بقانون لا يعرفه وليحكم العملية التعاقدية التي أبرمها وعادة ما يكون هذا القانون أجنبيا قد يضر بالطرف الذي وجه إليه الإيجاب (العرض)، كما أن تطبيق قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية.

وحتى لا يفاجأ من وجه إليه الإيجاب بحكم غريب في قانون لا يعرفه مما يؤدي إلى نتائج غير عادلة، فإنه يجب تطبيق قانون محل إقامته.

ولتوضيح ذلك يعرض أصحاب هذا الرأي مثلا لتاجر دانمركي يوجه إجابا إلى تاجر انجليزي ويضمنه شرطا يقضى بخضوع العقد المراد للقانون الدانمركي وهو يقضي بأن السكوت يعتبر قبولا إذا كان من صدر منه الإيجاب يتوقع أن من وجه إليه لا بد أن يعلن

2- قانون رقم 10-05، يتضمن تعديل القانون المدني.

3- إسعاد موحند، مرجع سابق، ص 371.

4- شريف هنية، مرجع سابق، ص 80.

إرادته بعدم القبول إذا شاء ذلك، فلا يرد الثاني على الأول فيعتبر سكوته قبولا للإيجاب وفقا للقانون الدانمركي، ويقترح هؤلاء الشراح أن السكوت لا يمكن أن يعد قبولا إلا في حالة ما يعتبر كذلك وفقا لقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب أو لقانون مركز أشغاله⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع لم يحدد فيها القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة السكوت، لكن بإعمال القواعد العامة للعقد ومن خلال نص المادة 2/68 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"⁽²⁾ لذلك يمكن القول أنه من المفروض على الموجب له إذا كان مقيما في الجزائر لحظة إرسال الإيجاب إليه، أن يخضع لحكم نص المادة السابقة، بحيث لا يكون سكوته منتجا لأثاره إلا إذا اتصل الإيجاب - الذي وجه إليه - بتعامل سابق بينه وبين المتعاقد أو المتعاقدين الآخرين، أو كان هذا الإيجاب لمصلحته تطبيقا لقانون محل إقامته، نظرا لكونه يعرف من خلال قانونه الحالات التي يرتب فيها السكوت آثارا قانونية إذا رافقته ظروف ملابسة، وبالتالي يرجع عدم تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان على حالات السكوت الذي يعتبر قبولا إلى أن السكوت هو حالة نفسية داخلية لا يعد قبولا، وإنما الظروف الخارجية عن العقد هي التي تجعل السكوت ينتج آثارا قانونية وبالتالي يعتبر قبولا.

أما بالنسبة لتحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين، فهي مسألة تخرج من مضمون الفكرة المسندة في العقود-حسب رأي جانب من الفقه- وتخضع لقانون القاضي، وذلك لأن الأمر يتعلق هنا بتكييف المسألة المعروضة تمهيدا لإسنادها لقانون معين، بمعنى أن معرفة ما إذا كان العقد قد تم انعقاده بين غائبين هي مسألة يتوقف على معرفتها تحديد ما إذا كنا بصدد علاقة تعاقدية و بالتالي ما إذا كان هناك مجالا لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من عدمه، وإن كان البعض الآخر من الفقه يرى أن الأمر لا يتعلق بتكييف أولي لازم لإعمال قاعدة الإسناد، وإنما يتعلق الأمر هنا بتكييف لاحق، وهو يخضع لقانون العقد⁽¹⁾.

1- عوض الله شبيه الحمد السيد، مرجع سابق، ص 521.
2- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل و متمم.
1- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 441.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من المسألة فنجد نص في المادة 1/67 من القانون المدني على أن التعاقد بين غائبين يعتبر قائما في المكان و الزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.(2)

ثانيا - بالنسبة لمحل العقد:

يتفق الفقه الغالب على أن محل العقد يدخل في مضمون الفكرة المسندة و يخضع بالتالي للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، و مع ذلك فقد اتجه البعض إلى استثناء العقد الذي يكون محله مالا أو عملا، فيقررون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، و في الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل.

أما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فإنه ينبغي التفرقة في شأنها بين العقود المتعلقة بالعقارات من جهة، و العقود الواردة على المنقولات من جهة أخرى، إذ تخضع العقود الواردة على العقارات لقانون الموقع في جميع الأحوال.(3)

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 4/18 بقوله: "... غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ثالثا - بالنسبة لسبب العقد:

يخضع السبب من حيث وجوده و مشروعيته لقانون العقد مع مراعاة ما يتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، إذ يمكن أن يكون السبب مشروعاً وفقاً لقانون العقد و مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، الأمر الذي يجعل القاضي الوطني يستبعده و يطبق قانون بلده.(4)

الفرع الثاني

تطبيق القانون المختار على العقد من حيث آثاره

2- أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، معدل و متمم.
3- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 369، 368.
4- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 318.

إن إرادة أطراف العقد بصفة عامة و العقد الدولي بصفة خاصة، لا تتوقف عند إبرام العقد فقط، و إنما يتعدى الأمر ذلك، إذ أن الغاية و الهدف من إبرام العقد الوصول إلى نتائج يتوخاها أطرافه، لذلك يكون من المعقول أن تخضع هذه الآثار للقانون المختار، و إن كان لا يمكن أن يؤخذ الأمر على إطلاقه، إذ أن هناك بعض الآثار التي تخرج من نطاق قانون الإرادة و تخضع بالتالي لقانون آخر.

ولما كانت آثار العقد - من حيث الأصل - تخضع لقانون العقد فسنقوم بتوضيح ذلك بالتطرق إلى كل من آثار العقد بالنسبة لأشخاصه من جهة و آثار العقد بالنسبة لموضوعه من جهة أخرى، فيما يلي:

أولا - آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد، لذلك يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة هذه الآثار، إذ القاعدة أن يتولى هذا القانون تحديد آثار العقد سواء فيما بين أطرافه أو آثاره بالنسبة للغير و بالتالي يتم من خلال هذا القانون معرفة الملزمين بالعقد و كذا المستفيدين منه.

كما يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام و إلى الخلف الخاص فضلا عن تبيان المستفيدين من الإشتراط لمصلحة الغير،⁽¹⁾ ووفقا لأي شروط يكون هذا الإشتراط صحيحا،⁽²⁾ مع الأخذ بعين الاعتبار استثناء المسائل المتعلقة بسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت لكونها تخضع لقانون الهالك وقت موته و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري بقوله: "يسري على الميراث، والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ويسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها،⁽¹⁾ ويثور التساؤل بالنسبة لإضافة آثار تصرف النائب إلى الأصيل مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل، إذ الملاحظ في النيابة إن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل

1- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، نص 444-445.

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 319.

1- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
مباشرة، فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما
أنها هي التي تحدد نطاق النيابة و حدودها.

لقد اختلفت الآراء حول مسألة النيابة، بحسب الاهتمام بطرف معين دون الطرف الآخر،
لكن الرأي الغالب من الفقه يهتم بإرادة الأصيل في مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على
النيابة الإتفاقية، ما دامت آثار العقد تنصرف إلى الأصيل مباشرة، فالقانون الذي يحدد إرادة
الأصيل هو الذي يحكم النيابة بكاملها دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة النائب أو الغير المتعامل
مع النائب، رغم أن بعض الفقهاء حاولوا الأخذ بإرادة النائب على أساس أن النيابة تؤثر على
صحة العقد و آثاره مما يؤدي إلى وحدة القانون المختار ليحكم العقد.

ثانيا - آثار العقد بالنسبة للموضوع:

تدخل آثار العقد بالنسبة للموضوع في مضمون الفكرة المسندة و بالتالي تخضع للقانون
المختار من طرف المتعاقدين (قانون الإرادة)، إذ يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون
الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامه، ويقتضي هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد
السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة العقدية.⁽²⁾

ولما كان قانون العقد هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين، فهو يقع عليه بيان
طرق تنفيذها، فيبين متى يكون التنفيذ عينياً، ومتى يكون التنفيذ بمقابل، وكيفية تقدير التعويض،
وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وما هو حكم الشرط الجزائي.⁽³⁾

ولتفسير العقد يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.⁽¹⁾ وهذا ما أخذ به
المشرع الجزائري إذ يتضح من نص المادة 231 مدني جزائري أنه: "إذا كانت عبارة العقد
واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون
الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و ما ينبغي أن
يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".⁽²⁾

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 372.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 319.

1- تجدر الإشارة إلى أنه في النظام الجرمانى يؤخذ فقط بالإرادة الظاهرة و التي يصرح بها الأطراف مباشرة في العقد.
راجع: زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، مرجع سابق ، ص 255.

وإذا كان تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد يخضع لقانون العقد وفقا لما انتهى إليه الفقه الغالب، فقد اتجه جانب آخر من الشراح مع ذلك إلى إخضاع تنفيذ هذه الإلتزامات لقانون دولة التنفيذ، ومهما كان الأمر، فإن خضوع تنفيذ الإلتزامات التعاقدية للقانون الذي يحكم العقد وفقا لما انتهى إليه الرأي الغالب لا يمنع من ضرورة التسليم باستحالة تنفيذ العقد فيما لو كان قانون دولة التنفيذ لا يقر الوسائل التي ينص عليها هذا القانون، و تعد استحالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في محل التنفيذ على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة، و هذه تخضع للقانون الذي يحكم العقد.

و يشير الفقه بحق إلى أن أوصاف الإلتزام تخضع بدورها لقانون العقد، هذا القانون هو الذي يبين مدى صحة الشرط و أثر تحققه أو تخلفه، و الأجل و آثاره و أسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محال الإلتزام سواء كان الإلتزام تخييريا أو بدليا، و كذلك تعداد أطراف الإلتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام.

و بالمثل فإن انتقال الإلتزام يخضع لقانون العقد سواء كان هذا الانتقال إيجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين.⁽³⁾

كما أنه من المتفق عليه أن الدفع بعدم تنفيذ الإلتزام و كذا الفسخ بنوعيه الإتفاقي و القانوني يخضع لقانون القاضي، و بالنسبة للحق في الحبس فيسري عليه قانون العقد و ذلك في القوانين التي تدرجه ضمن الحقوق الشخصية في حين يسري على الحق في الحبس قانون موقع المال و ذلك في القوانين التي تدرجه ضمن الحقوق العينية.⁽¹⁾

ويسري على أسباب انقضاء الإلتزام و ما يتطلبه كل سبب من شروط لصحته لقانون العقد، و بذلك يندرج التجديد ضمن الفكرة المسندة.

فبالنسبة لتجديد الإلتزام يلاحظ أنه قد يفضي إلى نشأة إلتزام جديد و من هنا يلزم أن يقع صحيحا وفقا لكل من القانون الذي يحكم الإلتزام القديم و القانون الذي يسري على الإلتزام الجديد، و ذلك حتى يمكن التحقق من نشوء الإلتزام الجديد صحيحا إذ بغير هذا لا ينقضي

2- أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

3- حفيظة حداد السيد، مرجع سابق، ص 447.

1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 222.

الالتزام الأصلي، كما يسري قانون العقد على الإبراء، فهو الذي يحدد ما إذا كانت تكفي إرادة الدائن وحدها، أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء.(2)

أما بالنسبة للمقاصة فإذا كانت قضائية فإن قانون القاضي هو المختص بحكمها لأن الأمر يتعلق بسلطة القاضي في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة، إما إذا كانت المقاصة اتفاقية فإنها تشكل عقدا جديدا مستقلا و تخضع بذلك لقانون العقد.

وتبدوا الصعوبة بصدد المقاصة القضائية و ذلك في حالة ما إذا كان الدائنين خاضعين لقانونين مختلفين، لأنه إذا كان الدائنين خاضعين لقانون واحد، فإن هذا القانون هو الذي يسري على المقاصة في هذه الحالة، و لكن في الفرض الذي يختلف فيه القانونان فإن الرأي الراجح هو أن المقاصة لا تتم في هذا الفرض إلا إذا أقرها القانونان اللذان يحكمان الدينين، أي قانون الإرادة في شأن الدين الناشئ عن العقد و القانون الذي يحكم الدين المقابل، كقانون محل وقوع الفعل الضار إذا كان هذا الدين ناشئ عن مسؤولية تقصيرية.(3)

وما يمكن قوله بمعنى آخر أن الرأي الراجح يذهب إلى تطبيق القانونين السالفي الذكر تطبيقا جامعا، بحيث لا تتحقق المقاصة، إلا إذا أجازها القانونين، لأن المقاصة تؤدي إلى انقضاء الدينين معا لا دين واحد(4)

ولقد أثار التقادم كسبب من أسباب انقضاء الالتزام مناقشات حادة تعود أسبابها إلى التكييف المضي على التقادم، الذي يمكننا أن نعتبره إما قضية أساس، أو قضية إجرائية، ففي الحالة الأولى يرتبط التقادم بقانون العقد، أما في الحالة الثانية فإنه يرتبط بقانون قاضي الدعوى، ولقد انتهت محكمة النقص الفرنسية - بعد تردد طويل - إلى القول بخضوع التقادم لقانون العقد.

وخلاصة ما سبق قوله بالنسبة للتقادم هو أن الأحكام المتعلقة به ترتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة الالتزام، وتنتمي إلى قانون الأساس أكثر من انتمائها إلى قانون الإجراءات، وبذلك يخضع التقادم لقانون العقد.(1)

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 375، 374.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 319.

4- عوض الله شيبية الحمد السيد، مرجع سابق، ص 521.

1- إسعاد موحد، مرجع سابق، ص 373، 372.

المبحث الثالث

موانع تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية

الأصل أن يطبق على العقد الدولي القانون الذي اختارته إرادة الأطراف على اعتبار أن للإرادة دورا بارزا في هذا المجال و هو ما تشير به قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، لكن منح أطراف العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يعني إطلاق العنان لهم باختيار أي قانون ليحكم علاقاتهم التعاقدية بل الأمر أبعد من ذلك.

فحتى لا تصاب العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي ينشئها الأفراد بالشلل، فسح
المشرع الوطني و الأجنبي على السواء بموجب قواعد التنازع المجال لامتداد القوانين
الأجنبية، بمعنى إمكانية تطبيق هذه القوانين على إقليمه.(1)

فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الواجب التطبيق يتوجب
عندئذ العمل بمقتضى هذا القانون الذي قالت به قاعدة الإسناد لتطبق قواعده الموضوعية، غير
أن تطبيق القانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية ليس معناه التوقيع على بياض، إنما
تطبيقه يتم وفق ضوابط، ذلك أن الأصل دائما هو تطبيق القانون الوطني و الاستثناء هو
تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي إذا زال الاستثناء لا بد من الرجوع للأصل، و الجزائر على
غرار دول أخرى ينعقد فيها الاختصاص للقانون الأجنبي لحكم النزاع أمام القاضي الجزائري
بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيقه بوصفه القانون الأنسب لحكم العلاقة
القانونية محل النزاع، غير أن مضمون هذا القانون الأجنبي قد يتعارض مع المفاهيم الأساسية
و المبادئ القانونية المستقر عليها في دولة القاضي، و هنا يمكن للقاضي الوطني استبعاده،
بسبب مخالفته للنظام العام و الآداب العامة.(2)

كما قد يستشف القاضي المطروح أمامه النزاع أن الأطراف قد تحايلا على القانون
المختص لحكم العلاقة القانونية فيضطر القاضي إلى استبعاد القانون الذي تم الغش نحوه ثم
يخضع العلاقة القانونية إلى القانون الواجب التطبيق عليها أصلا.(1)

لذلك فإن القاضي حينما ينظر نزاعا ذا عنصر أجنبي، و يكون ملزما بتطبيق قانون غير
قانونه، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيقه، لا يكفي بإثبات القانون و
تفسيره، بل لا بد أن يتأكد من أنه لا يخالف النظام العام و الآداب العامة في دولته، و لم يثبت
له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

1- جمال الدين عنان، الاستثناءات الواردة على أعمال فكرة النظام العام في مجال تطبيق القانون الأجنبي، مداخلة مقدمة في
الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية جامعة عمار
تليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007، ص 01.

2- رابيس أمينة، النظام العام و الغش نحو القانون كمواع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مداخلة مقدمة في
الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار
تليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007، ص 01-02.

1- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، طبعة 2002، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،
ص 111.

و انطلاقا مما سبق سنقوم بدراسة كل من النظام العام كمانع أول في (المطلب الأول) ثم الغش نحو القانون كمانع ثاني في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظام العام كمانع من تطبيق القانون المختار

يشكل النظام العام قيديا هاما على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن النظام العام يتعارض مع فكرة إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، و إنما فقط يعمل على التضييق من هذه الفكرة بحيث أن الأخذ بفكرة النظام و إعمالها من طرف القاضي من شأنه أن يهدر إرادة الأطراف في اختيار ذلك القانون كلما كان معارضا لها.⁽²⁾

فإذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجود إنزال القانون الوطني عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولي وإخضاع العقد الدولي بذلك للقانون الذي يتفق الأطراف عليه اتفاقا مع مقتضيات دولية، غير أن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني، فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع، هذا الأخير الذي جعل من النظام العام نقطة تفتيش أو صمام أمان الغرض منه استبعاد تطبيق قواعد قانونية أجنبية تتعارض مع الأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع.⁽¹⁾

سنقوم في هذا المطلب بدراسة فكرة النظام العام من خلال تبيان المقصود به في (الفرع الأول) ثم كيفية إعمال النظام العام في (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول

المقصود بفكرة بالنظام العام

محاولة منا لتحديد المقصود بالنظام العام نقوم بالتطرق لنشأة فكرة النظام العام (أولا) ثم محاولة توضيح الفرق بين كل من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي (ثانيا).

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص326.

1- جمال الدين عنان، مرجع سابق، ص01.

أولا - نشأة وتطور فكرة النظام العام:

لقد كانت المدرسة الايطالية هي أول من وضع البذرة الأولى لفكرة النظام العام حين ميز زعيمها بارتول بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، وقال أن هذه الخيرة لا يجوز أن تطبق خارج المدينة التي وضعت فيها، وقد ظلت هذه الفكرة غامضة طوال القرون التالية لعهد المدرسة الايطالية ولم يرددها إلا الفقيه بوهييه في القرن الثامن عشر، وقد كان يحول دون بروزها في أوروبا أن قوانين دولها قريبة الشبة من بعضها البعض لأنها مستمدة من القانون الروماني من جهة ومن المسحية من جهة أخرى، ولم تتبلور فكرة النظام العام إلا في خلال القرن التاسع عشر بعد ان بدأت حركة التقنين تنشط واختلفت القوانين الوضعية في اتجاهاتها، فخلال هذا القرن بدأ القضاء الفرنسي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام.(2)

ولقد جاء "مانشيني" في القرن التاسع عشر، واستخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي وذلك بوضعه لنظريته الشهيرة والتي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين باعتبار أن القانون وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، ثم أورد على النظرية عدة استثناءات أولها يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على

العقود، وثانيها يتعلق بتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، أما الاستثناء الثالث فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية ، فقرر مانشيني أن هذه القوانين تطبق تطبيق إقليمي لتعلقها بالنظام العام، بمعنى أنها تطبق على كل من يقطن الإقليم وطنيا كان أم أجنبيا، ومن جهة أخرى فهي لا تطبق على الوطنيين المتواجدين في الخارج.(1)

أما سافيني فقد أسس فكرة النظام العام على فكرة الاشتراك في المدينة والثقافة الروحية أو القانونية التي يرتكز عليها القانون الروماني من جهة وعلى المسيحية من جهة أخرى، وقال إن أي شخص من طبقة معينة لا يستطيع أن يتفاهم مع أشخاص من طبقة أخرى مختلفة عن طبقتهم، لأن المناقشة المفهومة لا يمكن أن تقوم إلا بين شخصين يفهمان بعضهما بلغة مشتركة

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص148.

1- فضيل نادية، مرجع سابق ، ص115.

بينهما، وكذلك الحال بالنسبة إلى القاضي فهو لا يستطيع أن يطبق قوانين بلد لا تتفق مع قوانين دولته لا في الفكرة القانونية ولا في روح المدينة.⁽²⁾

ولقد استفاد الفقه الحديث من فكرة سافيني إلا انه لم يأخذ بمعيار وحدة المصدر، بل أصبح يقصد بفكرة الاشتراك القانوني في الوقت الراهن مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع مما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متافرا تماما مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي، وعلى هذا النحو انتهى تطور فكرة النظام العام إلى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا استثنائيا عاما يقيد من حكم قواعد الإسناد، حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقاعدة الإسناد في كل حالة يتخلف فيها الاشتراك القانوني بين ذاك القانون وقانون القاضي.⁽³⁾

لقد حاول الفقهاء تعريف النظام العام، وإن كانوا في مجملهم لم يستطيعوا إعطاء تعريف جامع مانع له ومن بين التعريفات المقدمة حول فكرة النظام العام، التعريف المقترح من طرف كتاب انجليز بقولهم: إن النظام العام هو "المبدأ الذي يستوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الوطني أو قواعد الأدب العامة أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظام السياسي فيها". كما عرفه الفقهاء آخرون بأنه "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا، بحيث يتنافى والمصالح الحيوية لدولة".⁽¹⁾

وإذا كانت تعاريف النظام العام قد تعددت واختلفت، فالمتفق عليه أنه يمثل مجموع الأسس السياسية والاقتصادية والثقافية والدينية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين، بل أن مضمونه يختلف في المجتمع الواحد من زمن إلى آخر.⁽²⁾

يوجد دون شك من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، فالمصلحة السياسية

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص302.

3- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص474.

1- عبد النبي مصطفى، شعاشعية لخضر، مجالات تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائية والاستثناءات الواردة عليه، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار ثلجي - الأغواط، أيام 10/9/8 أبريل 2007، ص07.

2- جمال الدين عنان، مرجع سابق، ص01.

تقوم على روابط القانون العام من دستورية و إدارية ومالية، والمصلحة الإجتماعية تقوم على قواعد القانون الجنائي، و هناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة اجتماعية كما في كثير من القواعد المتعلقة بالعمل، أو مصلحة اقتصادية كما في القواعد التي تجعل التنافس حرا مفتوحا بابه للجميع، أما المصلحة الخلقية فهي التي تقوم عليها الآداب العامة، ومن ذلك نرى أن دائرة النظام واسعة فهي تشمل الآداب.(3)

فالآداب العامة من شأنها أن تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق، ويقصد بالآداب العامة مجموعة القواعد الخلقية الأساسية والضرورية لقيام وبقاء المجتمع سليما من الانحلال، وهي ذات ارتباط وثيق بالتقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق، فلا يعقل أن تسمح للأطراف بمخالفتها كونها تؤدي إلى الانهيار الأخلاقي في المجتمع لذلك أصبحت هذه القواعد جزءا من النظام العام.(4)

يؤكد الفقه الحديث في مجموعه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.

فكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض وبالتالي يصعب تحديدها بشكل دقيق، إذ تتغير باختلاف المكان والزمان، فما قد يعتبر تعارضا مع النظام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا لهذه الفكرة في وقت آخر.(1)

ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفا ولا تكبح جماحه إذا كان قويا، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد وتتولى حماية الضعيف ضد القوي، وتصبح كثيرا من المسائل التي لم يكن يتعلق بها إلا مصلحة الفرد وقد تعلقت بها المصلحة

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص492.

4- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص79.

1- فضيل نادية، مرجع سابق، ص119.

العامة، إذ تصير كثير من المصالح الفردية يعني بها المجتمع ويحرص على تحقيقها باعتبارها مصلحة عامة للجميع.⁽²⁾

لقد استقر الفقه على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة يطورها طبقا لتطور المبادئ والأخلاق والتقاليد في بلده وفي عصره، ويستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها أو في أهدافها الخلقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

ويتجه الفقه والقضاء إلى وجوب تقيد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر فيه حكمه لأنه الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي، ومتى كان ذلك القانون وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه أن يمتنع عن العمل به.⁽³⁾

فإذا ما تقرر أن قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام، فمعنى ذلك أن هذه القاعدة تكون ملزمة، وللإلزام هنا معنى أشد من الإلزام في أية قاعدة قانونية، فنحن نعرف أن كل القواعد القانونية ملزمة، سواء كانت من النظام العام أو لم تكن، إلا أن من هذه القواعد ما يستطيع المتعاقدان أن يعدلا منها باتفاقهما، فهي ملزمة ما لم يختارا أن يدخلها عليها تعديلا، كما أن من القواعد القانونية ما هو ملزم، ولا يجوز للشخص أن يعدل فيه أو يخالفه لأنه معبر من النظام العام.⁽¹⁾

ثانيا - النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص:

لا تنحصر فكرة النظام العام في نطاق القانون الداخلي وإنما تتعدى ذلك إلى القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين)، فمما لا شك فيه أن بعض القواعد الوطنية ذات الطابع الدولي الأمر يتم أعمالها بمعرفة قاضي العقد عند حسم المنازعات التي يثيرها أيا من العقود الدولية، هذه القواعد تلعب دورا هاما ورئيسيا في تسوية منازعات العقود الدولية سواء عرضت هذه المنازعات أمام القضاء الوطني أو أمام هيئات التحكيم، نظرا لما تهدف إليه من حماية للمبادئ الأساسية (سياسية، اقتصادية، اجتماعية) الأمر الذي يدعو إلى استبعاد قانون العقد

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 493.

3- رابيس أمينة، مرجع سابق، ص 07.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 490.

عندما يتعارض الحل الذي يشير به مع ما تصبوا إليه هذه القواعد، هذا ما يحدث بالتحديد عندما يقرر القانون الواجب التطبيق صحة بعض الشروط التعاقدية على نحو يتعارض مع قواعد النظام العام لدولة القاضي أو تلك التي سوف ينفذ الحكم التحكيمي فيها.⁽²⁾

ومن أمثلة النظام العام الدولي⁽³⁾ ما نصت عليه الاتفاقية المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي صادقت عليها الجزائر⁽⁴⁾ بتاريخ 05 نوفمبر 1988، والتي أكدت على أن نطاق تطبيقها سيكون حول اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها فيها، ويستفاد من المادة الأولى من هذه الاتفاقية أن أعمال هذه الاتفاقية لا يتم إلا على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى مصادقة على الاتفاقية، مع إعلانها بأنها تقصر تطبيق هذه النصوص على النزاعات الناشئة على العلاقات القانونية التعاقدية التي يعتبرها قانونها الوطني علاقات تجارية.

تنص المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على انه: "لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم أحد الأطراف إثباتا على أن اتفاق الأطراف للجوء إلى التحكيم غير صالح بموجب القانون الذي اتفق عليه الأطراف أولم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم"، وفي هذا الصدد فالنظام العام المقصود هنا هو مخالفة القرار محل المطالبة بالاعتراف، قواعد القانون التجاري أو الأعراف أو التقاليد التجارية السائدة في التراب الوطني، و لاشك أن القاضي هو الذي يحدد مدى جدية هذا الدفع من عدمه بناء على سلطته في هذا المجال ولا نكاد نعثر في هذا الصدد على معايير موضوعية تشكل ضمانات تحول دون تعسف القضاة في تكريس مدى ملائمة التنفيذ من عدمه وقد تنسب أحكام المخالفة إلى الآداب العامة أو الأخلاق اللتان تعتبران ركيزة النظام العام الوطني.⁽¹⁾

2- محمود إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة، طبعة 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، ص 05.
3- هذا ما نصت عليه أيضا المادة 16 من اتفاقية روما لسنة 1981 بقولها: "إن أعمال أي نص قانوني تشير بتطبيقه هذه الاتفاقية لا يتم استبعاده إلا في حالة تعارضه الصريح مع قواعد النظام العام لدولة القاضي". إذ تتضمن هذه الاتفاقية مبدأ عام يتمثل في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية مع تقييد هذا المبدأ بعدم خرق القواعد الأمرة للدولة التي يختار قانونها ليطبق على العلاقة الدولية تراجع: محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 69.
4- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، والذي يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.
1- بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص 65.

ويرى الفقيه حسن البغدادي: "أن التحكيم في هذه الاتفاقية يجب أن يكون صحيحا وفقا للقانون الذي أخضعه له الطرفان أو القانون الذي صدر فيه القرار، إذا لم يكن في الوسع استخلاص أية دلالة تنبأ باختيارهم لقانون آخر".⁽²⁾

ومن أمثلة النظام العام الدولي أيضا ما أشار اليه المشرع الجزائري في نص المادة 485 مكرر 17 مؤكدا موقفه من مسألة الاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها إذا لم تخالف النظام العام لكن دون أن يشير إلى مفهوم هذا النظام أو طبيعته مكثفيا بذكره فقط.⁽³⁾

ومما سبق فإن المشرع الجزائري وعلى عكس نظيره المصري،⁽⁴⁾ صرح بفكرة النظام العام الدولي وجاءت مواده خالية من ذكر مصطلح النظام العام الوطني، وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري لم يقدم مفهوما للنظام العام الدولي، مما يفهم منه أنه لا يميز بين

النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، ويترك مهمة تقدير عناصر النظام العام الدولي للقاضي وفقا لفكرة الملائمة لديه دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة، وحتى أن سلمنا أن النظام العام الدولي موجود فإن الاتفاق على مضمونه سيكون أمرا صعبا ويخلق تقاربا وتباينا حوله لاختلاف المصالح والقيم الدولية.⁽¹⁾

يرى جانب من الفقه أنه ليس هناك نظام عام دولي ولا يتصور وجود مثل هذا النظام إلا إذا توحدت الدول كلها في مجتمع واحد، ولذلك فمن المقرر ألا يقبل الدفع بالنظام العام أمام المحاكم الدولية وهي تنظر في دعاوى القانون الدولي وذلك لأن هذه المحاكم لا تهدف إلى حماية نظام عام معين.⁽²⁾

وما يمكن قوله في هذا المجال هو أنه بالرغم من أن فكرة النظام سواء في القانون الداخلي أو القانون الدولي تهدف إلى صيانة المصالح الأساسية في المجتمع إلا أنه يوجد اختلاف بينهما في الدور الذي يلعبه كل منهما في مجاله، وهذا ما قال به أنصار الازدواج الذين يرون أن من بين معايير التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي(النظام العام

2- منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص 88.

3- تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 على أنه: "يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا ثبت المتمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

4- تنص المادة 58 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية". راجع: بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص 67.

1- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 207.

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 152.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
في القانون الدولي الخاص) هو أن التمسك بالنظام العام في القانون الداخلي يترتب عليه
البطلان المطلق للتصرف الذي يتعارض مع النظام العام، في حين الدفع بالنظام العام الدولي
لا يترتب عليه بطلان التصرف وإنما يترتب أثرا هو تغيير الاختصاص للقانون المختص أصلا
مما يؤدي إلى استبعاده أو إيداله بقانون آخر.

فضلا عن أن فكرة النظام العام الداخلي تطبق على علاقات الأفراد الداخلية أي الخالية
من عنصر أجنبي، بينما تطبق هذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص على المعاملات
المشتملة على عنصر أجنبي. (3)

الفرع الثاني

إعمال فكرة النظام العام

يشترط لإعمال فكرة النظام العام كمانع من تطبيق قانون الإرادة في مجال الالتزامات
التعاقدية شروط يجب توافرها (أولا)، كما ينتج عن إعمال فكرة النظام العام آثار (ثانيا).

أولا- شروط إعمال فكرة النظام العام:

يشترط لإثارة الدفع بالنظام العام ثلاثة شروط وهي:

1- الشرط الأول: أن يكون القانون واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة

القاضي:

فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن استبعاده من التطبيق لسبب آخر كان
يكون قانون القاضي سياسيا أو إقليميا.⁽¹⁾ وبمعنى آخر، أن يكون القانون الأجنبي الواجب
التطبيق مختصا ويعني ذلك أن يكون منصوصا عليه كضابط إسناد في قانون القاضي،

3- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص152.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص152.

وتأسيسا على ذلك لا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون المختص بحكم العقد إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب آخر، بحيث إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق القانون الأجنبي الذي تم تعيينه صراحة أو ضمنا ليحكم علاقتهم التعاقدية، ولكن تبين بعد ذلك للقاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المختار لا صلة له بالعقد ولا بالمتعاقدين وأنه بالإضافة إلى ذلك مخالف للنظام العام في دولته، فهنا يستبعد قانون الإرادة بقانون آخر يكون مناسبا، لعدم توافر الصلة وليس لمخالفة النظام العام لأن هذا الدفع لا يثار مع وجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي.(2)

2 - الشرط الثاني: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية:

أي عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي، فالحكم يسند إلى القانون الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى.(1)

3 - الشرط الثالث: أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي:

لا يكفي لتدخل قواعد النظام العام الدولي تعارض الحل الذي يشير به القانون الواجب التطبيق مع النظام العام المعني، إنما يجب أيضا توافر رابطة جدية أو وثيقة مع دولة القاضي أو تلك التي من المحتمل أن ينفذ بها العقد موضوع النزاع ، فهذه الرابطة الجدية هي التي تبرر التدخل الاحتياطي لمثل هذه القوانين، وعلى العكس إذا لم تتوافر هذه الرابطة مع العقد موضوع النزاع، لا يمكن بأي حال من الأحوال استبعاد قانون العقد بمقولة أن الحل الذي يقرره يتعارض مع أحد المبادئ الأساسية (سياسية، اقتصادية أو اجتماعية) للنظام المعني، وفي الواقع يمكن تقرير تلك الرابطة إما بناء على محل نشأة الرابطة العقدية(بأن يكون بلد القاضي) وإما بناء على أطراف العقد الدولي (بأن يكون احد أطراف الرابطة العقدية يحمل جنسية دولة القاضي أو يقيم على أرضها) وإما بناء على آثار العقد(بأن تنتج الرابطة العقدية آثارها في دولة القاضي).(2)

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص91.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص153.

2- محمود إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص37، وما بعدها.

ثانيا - آثار إعمال فكرة النظام العام:

إذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي ترتب أثران: أثر سلبي يتمثل في الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي وأثر ايجابي وهو ثبوت الاختصاص لقانون القاضي.

1 - الأثر السلبي للنظام العام:

إذا تعارض تطبيق القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي ترتب على ذلك أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي.

يرى غالبية الفقه في كل من فرنسا ومصر أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمته وإنما ينحصر هذا الأثر فقط في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم النظام العام في دولة القاضي.⁽¹⁾

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة حجج منها أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد وفقا للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، كما أن الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي برمته، وإنما يهدف فقط إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام، ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك الأمر مقبولا.

غير أنه يرد على هذا الحل استثناء وحيد، وهو في حالة ما إذا كان ثمة ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل استبعاده جزئيا ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا.⁽²⁾

2 - الأثر الايجابي للنظام العام:

الأثر الايجابي للنظام العام يتمثل في تطبيق القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد،⁽³⁾ ويؤكد جانب من الفقه⁽⁴⁾ على ضرورة تطبيق القانون الوطني قانون

1- وهذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 1/24 من القانون المدني والتي جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."
2- فضيل نادية، مرجع سابق، ص123.
- رايس أمينة، مرجع سابق، ص08.

القاضي في حالة استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق ويعد هذا الأثر الإيجابي للنظام العام كما يعد النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه مسألة موضوعية والأمر يختلف إذا ما اعتبر النظام العام مسألة إجرائية كما هو الحال في البلاد الانجلوكسونية، حيث تكفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

3 - الأثر المخفف للنظام العام:

نقطة الانطلاق في الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام هي التمييز بين مرحلتين، مرحلة إنشاء الحقوق ومرحلة ترتيب الحقوق لآثارها⁽¹⁾

ففي المرحلة الأولى (مرحلة الإنشاء) يتمثل دور القاضي في البحث عما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض أم لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته، فإذا تحقق من وجود التعارض، فهنا يتصدى النظام العام.

أما الحالة الثانية فهي التي يراد فيها التمسك بآثار حق مكتسب أو مركز قانوني نشأ خارج إقليم دولة القاضي نشأة صحيحة واستنفذ جميع مراحل تكوينه، ففي هذه الحالة لا يكون للدفع بالنظام العام نفس الأثر نحو هذا الحق الذي ليس من شأنه المساس به في جميع الأحوال، بل أن نظرة القاضي تختلف إليه، فدوره ينحصر فقط في البحث فيما إذا كان نفاذ هذا الحق، أي التمسك بآثاره، يتعارض مع اعتبار النظام العام في دولته أم لا، فإذا ما حدث هذا التعارض يكون دور النظام العام هو التصدي لعدم الاعتراف بهذه الآثار وبالتالي عدم السماح بسريرانها في بلد القاضي⁽²⁾.

ويبرر أنصار الأثر المخفف أخذهم بفكرة الحقوق المكتسبة بضرورة التمييز عند أعمال فكرة النظام العام بين مسألة اكتساب الحقوق من جهة وبين مسألة الاحترام الدولي لهذه الحقوق

3- هناك جانب من الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، ويستند إلى قرار صدر عن محكمة النقض الألمانية استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه. راجع:

Loussouarme Yvon & Bourel pierre, op. cit. p279.

4- فضيل نادية، مرجع سابق، ص125.

1- ينتقد الأستاذ فرانس كاكيس France Kakis اصطلاح التمييز بين إنشاء الحقوق وآثارها كونه تسمية معيبة، ذلك أنه يصعب الفصل بين الحق و آثاره كالأبوة التي تفرض على الشخص الإنفاق على عائلته، فهنا لا يمكن الفصل بين الأبوة كحق وآثارها فهي نفسها أي الحق وآثاره معا. راجع: بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1988، ص197، هامش01.

2- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص256-257.

المكتسبة من جهة أخرى، وبمعنى آخر التمييز بين إنشاء الحق ونفاذه على المستوى الدولي، فإذا نشأ حق في الخارج وأريد التمسك بآثاره من طرف صاحبه أمام القاضي في بلد آخر، فإن الاعتراف بآثار هذا الحق لا يعتبر تعارضاً مع النظام العام لمجرد كون شروط وإجراءات اكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج.

لكن وإن كان الأمر كذلك فالتسليم بالحق المكتسب بالخارج لا يكون بصفة تامة وآلية لأنه من المتصور وجود بعض الحقوق التي تبلغ درجة من الشذوذ حيث يتعارض التمسك بها تعارضاً صارخاً مع أسس المجتمع الذي سوف يحتج بآثاره على إقليمه، كتمسك شخص بآثار ملكية رقيق مثلاً.⁽¹⁾

ويرى البعض أن الدفع بالنظام العام الدولي في الحالتين السابقتين لا يكون له نفس السبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع في دولة القاضي، على اعتبار أن أسباب التعارض في مرحلة الإنشاء مؤداها أن الظروف والإجراءات الواجب توفرها لإنشاء هذا الحق هي التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوفرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به أو الاحتجاج بآثاره في بلد القاضي، فإن هذا الوضع لا يدعو إلى أعمال هذا الدفع من طرف القاضي الوطني،⁽²⁾ إذ باستطاعته قبول حق أو وضع قانوني نشأ في الخارج كون آثاره لا تتعارض مع اعتبارات النظام العام السائد في دولته تأسيساً على أن الحق المكتسب في الخارج يعد واقعة من الصعب إنكارها أو تجاهلها استناداً إلى مقتضيات النظام العام.⁽³⁾

الفرع الثاني

الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون المختار

من الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم هو الغش نحو القانون، إذ يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق ليس من طرف القاضي الوطني المطروح عليه النزاع

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص156.

2- بلمامي عمر، مرجع سابق، ص199.

- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص551.

3- فضيل نادية، مرجع سابق، ص128.

بل عمدا من طرف الأطراف عن طريق تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة قانونية.(4)

وبمعنى آخر، يراد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، وقد يقع هذا التحايل، وهو الغالب، بتغيير الجنسية حتى يتهرب من يغير جنسيته من حكم القانون في بلده إلى قانون آخر يتيح له غرضا يرمي إليه، كما يتم التهرب بتغيير ضابط الموطن إذا كان قانون الموطن هو المراد تطبيقه، ولا شك أن تغيير الموطن أيسر من تغيير الجنسية، وقد يتم تغيير موقع المنقول بنقله إلى إقليم آخر.(1)

فالأصل أن قيام الأفراد بتغيير هذه الضوابط يترتب عليه كامل آثاره، غير أنه إذا دخلت نية الغش على هذا التغيير الإرادي، أي أن تغيير ضابط الإسناد تم بهدف التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانونا آخر، فإن القانون هنا يتدخل إعمالا للقاعدة القانونية القديمة "الغش يفسد كل أمر" ويحرم بالتالي الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون "la Fraude à la loi"(2)

أولا - المقصود بنظرية الغش نحو القانون:

1 - نشأة نظرية الغش نحو القانون:

لقد عرف الغش نحو القانون منذ عهد بعيد، ففي العهد الذي كانت فرنسا فيه مقسمة إلى مقاطعات تطبق كل منها عرفا خاصا بها، كان العرف في مقاطعة نورماندي يقضي بأن النظام المالي بين الزوجين هو نظام (الدوطة) بينما كان النظام السائد عرفا بمقاطعة باريس هو نظام الاشتراك القانوني، ولذلك فقد كان الزوجان ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك، حتى يخضع نظامها المالي للاشتراك القانوني ثم يعودان إلى نورماندي.(3)

لقد طرحت نظرية الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي لأول مرة، أمام القضاء الفرنسي في قضية الأميرة "دوبوفرمون" "De Bouffement" والتي تتخلص وقائعها في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي "دوبوفرمون" واستقرت معه

4- عبد النبي مصطفى، شعاشعية لخضر، مرجع سابق، ص 07.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 159.

2- راييس أمينة، مرجع سابق، ص 11.

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 159.

في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك يمنع الطلاق، فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، وتمكنت بعد ذلك من الحصول على الطلاق من زوجها ثم تزوجت بأمير روماني واستقرت معه في فرنسا، وحصل بعد أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، وقد قضت محكمة النقطة الفرنسية بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها وهو ما يشكل غش نحو القانون.

وإذا كان القضاء في دول مثل بلجيكا وإيطاليا اخذ بهذه النظرية مع تضيق في نطاق تطبيقها، فإن تطبيقها في دول أخرى كان نادرا جدا، أما في البلاد الأنجلوساكسونية فإن الفقه لم يهتم بهذا أصلا، أما في الجزائر فقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب المادة 1/24 من القانون المدني بقوله: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...".⁽¹⁾

2 - تعريف الغش نحو القانون:

لقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون على أنه: "ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة والناهية التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها من معناها الحقيقي، وبذلك يكون تغيير ضابط الإسناد بهدف التحايل".⁽²⁾

ثانيا - إعمال نظرية الغش نحو القانون:

1 - شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون:

انطلاقا من تعريف الغش نحو القانون يمكن القول أنه لكي يتحقق ذلك يجب توافر شرطين أساسيين وهما:

أ - الشرط الأول: تغيير ضابط الإسناد:

1- راييس أمينة، مرجع سابق، ص12.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص103.

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن تدخل إرادة الأطراف في تغييرها، والمثل التقليدي لذلك هو تغيير ضابط الجنسية أو تغيير ضابط الموطن، ويعد هذا الأخير من الضوابط السهلة التغيير، ويسمي هذا الشرط بالشرط المادي لأنه يقوم على إجراء ظاهر من قبل الغاش سواء كان الإجراء مادياً كتغيير مكان إبرام العقد أو إجراء قانوني كتغيير الجنسية⁽¹⁾.

فتغيير عنصر واحد يكفي لتكوين الدفع بالغش نحو القانون، كما يمكن تغيير جملة من العناصر، فالذي يهم هو النتيجة التي تحققت والمتمثلة في التحايل على القواعد القانونية في دولة القاضي.

و يشترط لتوافر العنصر المادي في الغش أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الغاش في تغيير ضابط الإسناد وسيلة مشروعة بمعنى أن يكون التغيير مشروعاً و لكن نية صاحبه سيئة، فإذا كان التغيير بوسيلة غير مشروعة من الناحية القانونية أو كان التغيير سوريا فقط، فلن تكون ثمة حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن الغش لا يمكن إعماله إلا إذا تعذر الحصول على جزاء آخر، أي أنه وسيلة احتياطية بينما الوسيلة غير المشروعة لها جزاؤها الخاص في القانون، فيكفي فقط إثبات عدم صحة هذه الوسيلة التي لجأ إليها الغاش أو سورية هذه الوسيلة⁽²⁾.

ويري كل من نيبوايه و لويس لوكا أن الغش له دور احتياطي يتمثل في أنه عندما يتعذر إبطال التصرف طبقاً لأي قاعدة قانونية يلجأ إلى فكرة الغش نحو القانون، فهو عبارة عن علاج أخير، و يشبه نيبوايه و لوكا الدفع بالغش نحو القانون بالإثراء بلا سبب على أساس أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا تقوم إلا حين لا يمكن التمسك بدعوى أخرى لتجنب الضرر الذي لا مفر منه، و الذي سوف يحدث لا محالة لو لم يستعمل دعوى الإثراء بلا سبب، فلو وجدت أية دعوى أخرى استبعدت دعوى الإثراء بلا سبب، فلكذلك الأمر بالنسبة

1- فضيل نادية، مرجع سابق، ص129.

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 347.

للدفع بالغش نحو القانون هو دفع احتياطي يمنع النتيجة غير المشروعة عند تعذر وجود جزاء لمنع هذه. (3)

وهناك أمثلة عديدة فيما يخص الغش نحو القانون في مجال الالتزامات التعاقدية نذكر منها مثلاً:

تغيير ضابط الإسناد بقصد إيجاد صلة مصطنعة⁽¹⁾ مما يفيد وجود تحايل على شرط الصلة الواجب توافرها بين كل من العقد والقانون المختار لحكمه، كأن يقوم أطراف العقد بتغيير بلد الإبرام فيعد ذلك استعمالاً لحق مشروع معترف به وهو حق تغيير ضابط الإسناد، لكن الهدف هو إيجاد مخالفة للصلة الحقيقية تهرباً من تطبيق القانون المختص أصلاً.

فاعتراف القانون للأفراد بحق تغيير جنسيتهم أو مكان إبرام العقد، يقصد به تحقيق مصلحة مشروعة وهي الانضمام بصورة صادقة إلى مجتمع آخر، لكن إذا تبين بعد ذلك وجود غش نحو القانون فإن المصلحة المشروعة لا تتحقق، لذلك تضطر بعض الدول في مثل هذه الحالات إلى مقاومة هذا التحايل على قواعدها القانونية عن طريق رفض تطبيق قانون الإرادة الذي أعطى له الاختصاص بصورة اصطناعية لا تمت للحقيقة بشيء و تطبيق القانون المختص أصلاً. (2)

ب - الشرط الثاني: توافر نية الغش (وجود سوء نية):

كذلك يشترط لقيام فكرة الغش نحو القانون أن تتوافر فيه نية التحايل و الغش نحو القانون، و هذا هو العنصر المعنوي، و يقصد بنية التحايل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليماً لا سبيل لإبطاله.

وصعوبة تقصي هذه النية هي التي دفعت بالبعض إلى عدم التسليم بهذه النظرية ونقدها على أساس أن اشتراط وجود نية الغش يلزم القاضي بالبحث في وسائل باطنية لا سبيل إلى التحقق منها، إذ كيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية للشخص بتغيير جنسيته مثلاً هو التهرب من القانون الواجب التطبيق أولاً؟.

3- فضيل نادية، مرجع سابق، ص 131، 130.

1- Derruppé Jean, Droit international privé, 12 édition, 1997, p127.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص 107.

لذلك ذهب هذا الرأي إلى عدم وجوب التقيد بشرط وجود النية و إمكان اعتبار الغش أو التحايل متوافر دون حاجة للبحث عن النية.(3)

وهناك أحوال تكون فيها نية الغش واضحة جلية لا تحتاج إلى بحث وتقصي وتستخلص من القرائن الآتية:

وجود تلازم زمني بين تغيير ضابط الإسناد (الجنسية مثلا) وبين القيام بالتصرف (إبرام العقد) المراد إخضاعه للقانون الجديد، كأن يتجنس شخص بجنسية جديدة، ويقوم مباشرة بالحصول على التطبيق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به.

2 - آثار الدفع بالغش نحو القانون:

إذا تحقق الغش نحو القانون عن طريق تغير موقع المال المنقول من دولة إلى أخرى بقصد التهرب من أحكام قانون الموقع الأول، ففي هذه الحالة ينحصر الأثر في منع النتيجة التي أراد الأطراف بلوغها، و يطبق أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع و ما عدا ذلك فالمنقول نقل إلى مكانه الجديد، ولا بد أن تبقى الوسيلة سليمة مرتبة لكافة آثارها القانونية.

أما إذا تم التغيير في شكل عمل قانوني كالتجنس بجنسية دولة معينة، فإذا ما غير الشخص جنسيته لإثبات الاختصاص لقانون معين فإن جانب من الفقه يرى أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا، بمعنى يستبعد القانون الذي يثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ويطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، وإن كان الفقه الغالب يرى أن أثر الغش ينصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقا للتغيير الاحتيالي لضابط الإسناد (الجنسية في هذه الحالة) و إعادة الاختصاص إلى القانون الذي تهرب من أحكامه، فأثر الغش هو أثر حلولي أو استبدالي، أي إحلال القانون المختص مكان القانون الذي انعقد له الاختصاص بالتغيير في ضابط الإسناد.(1)

ومما سبق، فالنظام العام والغش نحو القانون يتشابهان في كون كل منها يمنع تطبيق القانون المختار عن طريق فرض رقابة على القانون المطبق، لكن الاختلاف بينهما يكمن في

3- فضيل نادية، مرجع سابق، ص 131.

1- رابيس أمينة، مرجع سابق ، ص 14، 15.

الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

أن النظام العام يراد به تجنب مضمون هذا القانون المراد تطبيقه بينما الدفع بالغش نحو القانون يثار عند وجود الباعث الذي دفع إلى الاختيار وهو التحايل على القانون المختص أصلاً.

الفصل الثاني

خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون
الإرادة

عند غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق و يطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، وإنما الواجب هو أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد.⁽¹⁾

فالمشرع منح سلطات واسعة للقاضي في الأخذ بقانون إرادة الأطراف أو استبعاده، لذلك فالمشرع يعترف للقاضي بدور أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك بالبحث في مسألة تركيز العقد الذي أبرمه الأطراف ، فإن توصل إلى أن تركيز الأطراف للعقد وفقا للقانون المختار صحيحا طبقه، أما إن رأى أن القانون الذي اختاره الأطراف لا يشكل أية صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد استبعده، فالقاضي لا يطبق القانون المختار من قبل الأطراف إلا إذا تأكد أنه يعبر عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقدية.⁽²⁾

تعتبر العديد من البلدان التي تلعب دورا مهيمنا في العلاقات الدولية، أن القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة يجب أن ينطوى على صلة فعلية مع العقد، كما هو الحال في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا، سويسرا، فرنسا...

و تتمثل الفكرة الكامنة وراء هذا الموقف في أن الأطراف باختيارهم قانونا لا تجمعهم أية صلة مع العملية، إنما يستهدفون التحايل على القانون الواجب تطبيقه.⁽³⁾

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن للقاضي دورا مهما في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، و ذلك بإعماله لضوابط الإسناد المحددة من طرف المشرع، فضلا عن رقابته لاختيار الأطراف.

ولما كان العقد الدولي يمكن أن يخضع للتحكيم فإنه يكون أيضا للمحكم دورا مهما في تحديد القانون الواجب التطبيق.

كما تجدر الإشارة إلى وجود قواعد دولية أمره يتم تطبيقها على العقود الدولية بصفة مباشرة من طرف كل من القاضي أو المحكم، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

1- أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص196.

2- بلميهوب عبد الناصر، مرجع سابق، ص 8،9.

3- إسعاد موحد، مرجع سابق، ص267.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن إرادة
التعاقدية في (المبحث الأول) ، دور القاضي أو المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على
الالتزامات التعاقدية في (المبحث الثاني) ، خضوع الالتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا
للمنهج المباشر (المبحث الثالث) كمايلي:

المبحث الأول

إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على
الالتزامات التعاقدية

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

إذا لم يقر أطراف العقد الدولي باختيار القانون الواجب التطبيق عليه صراحة و تعذر على القاضي الوصول إلى إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فإنه يقوم بإعمال ضوابط الإسناد الأخرى،⁽¹⁾ فالعقد الدولي يجب أن يحكمه قانون معين يتم اختياره من قبل الأطراف أو تعيينه من طرف القاضي و هو ما يسمى بتركيز العقد.⁽²⁾

و يرجع الفضل إلى الفقيه سافيني "SAVINI" في إبراز فكرة تركيز العقد و ذلك من خلال بحثه عن مراكز العلاقات القانونية، و قد استند في بحثه على فكرة الخضوع التلقائي أو الإرادي لكي يبرر تطبيق قانون مركز العلاقة، فالعقد يخضع لقانون مركز العلاقة التعاقدية لأن الطرفين خضعا تلقائيا لهذا القانون، و فكرة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها سافيني نجد لها أساسا في التوجهات الحديثة لنظرية تنازع القوانين، جيرك "Gierke" يتحدث عن مركز الثقل في العلاقة القانونية، باتيفول عن توطين موضوعي للعلاقة.⁽³⁾

و هكذا فإن القاضي يلجأ إلى توطين أو تركيز العقد في دولة معينة ينتج فيها العقد غالب أو كل آثاره، لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، على أن فكرة التركيز و البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة، تترك مجالا كبيرا لاجتهاد القاضي و تقديره، مما يخشى معه الزلل أو التحكم، و لذلك تلجأ القوانين الوضعية، عادة، إلى إيراد ضوابط يتطلب الأمر إعمالها بنحو سليم.⁽⁴⁾

يعبر عن الإسناد بالطريقة المذكورة سابقا، بتعبير الإسناد الجامد، و يقصد به إسناد الرابطة العقدية إلى أقرب القوانين صلة بها وفقا لما يراه المشرع، مثل قانون الجنسية المشتركة لأطراف العقد أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام أو محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ.⁽¹⁾

1- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 168.

2-

3 - راجع: ص 18، 19 من هذه المذكرة.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 197.

Derrupé Jean , op.cit, p 124.

1- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس - القاهرة، سنة 2005 ص 119.

ويتميز هذا الإتجاه بما يكفله للمتعاقدين من فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن الاختيار، و هو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه و يصون على هذا النحو توقعاتهم المشروعة من ناحية، و يحقق الاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى.(2)

لقد عمل المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في الدول الأخرى على وضع ضوابط إسناد احتياطية يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نص على ذلك في المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و بموجب تعديله للقانون المدني سنة 2005 عمل على تعديل المادة المذكورة سابقا، الأمر الذي يتطلب تسليط الضوء عليها.

لقد أثيرت بشأن المادة 18 قبل التعديل نقاشات كثيرة منها ما يتعلق بمسألة تعيين ضابط الإسناد الرئيسي قبل التطرق إلى الضوابط الأخرى المذكورة في هذه المادة بعد تعديلها.

يرى بعض الفقهاء⁽³⁾ في شرحهم للمادة 1/18 مدني جزائري أن المشرع الجزائري أخذ بمكان إبرام العقد و في حالة تعذر إعماله يلجأ إلى قانون الإرادة و بذلك تكون القاعدة الأساسية هي قاعدة مكان إبرام العقد و القاعدة الثانوية أو الاختيارية هي قاعدة سلطان الإرادة، و على هذا الأساس فإن قاعدة مكان إبرام العقد هي القاعدة الواجبة التطبيق أولا، و يمكن للقانون الذي يقوم الطرفان باختياره أن يستخلف (اختياريا) قانون مكان إبرام العقد، ذلك أنه لو أراد المشرع الجزائري أن يجعل من قانون الإدارة القاعدة الأساسية لوردت صياغة المادة على النحو الآتي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره الطرفان، و في حالة غياب ذلك قانون مكان إبرام العقد".

إن المشرع الجزائري قد أخذ بقواعد الإسناد المتعلقة بالعقود وفقا لظهورها التاريخي، كما أنه أخذ هذه الحلول عن القانون المدني للاتحاد السفياتي.(1)

و الواقع أن هذا الرأي غير صحيح للأسباب التالية:

2- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 549.

3- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 325.

1- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 325.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

- أنه لا يتصور تعذر ضابط محل الإبرام إذا قبلناه كضابط رئيسي في كل الأحوال، فحتى في العقود التي تتم بالمراسلة و الهاتف والتلكس، فالقضاء مستقر بشأنها على حلول معينة يتحدد بموجبها مكان وزمان إبرام العقد مما لا يتصور معه البتة اللجوء إلى الضابط الاحتياطي (قانون الإرادة) طبقاً لهذا الرأي، ومن ثم فإن جعل قانون الإرادة في المرتبة الثانية يقصد منه استبعاد اللجوء إليه بصفة غير مباشرة، وهذا شيء غير معهود في العقود الدولية.

- إن المادة 1/18 توحى بأفضلية قانون محل الإبرام من خلال صياغتها (ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك)، مما يفيد أن الأصل هو إعمال إرادة المتعاقدين و الاستثناء هو الأخذ بقانون محل إبرام العقد.(2)

- إن الترتيب الذي ورد بموجبه الضابطان، قانون محل إبرام العقد ثم قانون الإرادة، فضلاً عن إيراد عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك)، قد يوحي بوجود نوع من التقييد و أن المشرع الجزائري كرس ضابطاً أساسياً هو قانون مكان الإبرام و ضابطاً احتياطياً (اختيارياً) هو قانون الإرادة، غير أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار السيطرة التي يمارسها قانون الإرادة في مجال العقود الدولية (الالتزامات التعاقدية)، فإنه من المرجح أن هذا الأخير سيحتل المكان الأول، بينما لا يتدخل قانون محل الإبرام سوى بصفة متممة في حالة سكوت الأطراف، و الواقع أن اتساع العلاقات الدولية أدى من مصادقية الفكرة القائلة أن الأطراف يهتمون عادة تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن متعاملي التجارة الدولية أصبحوا يتأثرون بصورة متزايدة بالجوانب القانونية لعملياتهم.(3)

وبالرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه المادة 1/18 سواء القانون المصري أو القانون السوفياتي، يتبين أن هذين القانونين يأخذان بقانون الإرادة بالدرجة الأولى، ففي القانون السوفياتي استقر الفقه و القضاء على أولوية قانون الإرادة في عقود التجارة الخارجية، مع العلم بأن هذا القانون لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في العقود الداخلية، ففي حالة تعذر الكشف عن قانون الإرادة يرجع إلى قانون المحل الذي يتحدد طبقاً للتشريع السوفياتي.(1)

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص222.

3- إسعاد موحد ، مرجع سابق، ص362.

1- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 222،223.

أما الرأي الثاني وهو الرأي الغالب فقد اتجه إلى اعتبار أن قانون الإرادة يمثل ضابط إسناد أصلي بينما يعتبر قانون محل الإبرام ضابطا إحتياطيا، فوفقا لهذا الرأي لا يتم أعمال قانون محل الإبرام من طرف القاضي إلا في حالة غياب قانون الإرادة، بمعنى في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين.⁽²⁾

وبعد عرضنا للآراء الفقهية المختلفة حول مسألة الضابط الأصلي و الضابط الاحتياطي أهو قانون محل إبرام أم قانون الإرادة، نقوم بدراسة المادة 18 / 2 بعدل تعديلها و تسليط الضوء على ما تحتويه من ضوابط احتياطية جديدة يتم اللجوء إليها وإعمالها في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية.

تنص المادة 18 ق م ج على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية... و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...".⁽³⁾

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري أضاف ضوابط إسناد أخرى احتياطية لم تكن موجودة قبل التعديل، بحيث جعل من هذه الضوابط محل إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

كما يلاحظ أيضا أن هذا التعديل غير من ترتيب هذه الضوابط بحيث جعل من محل إبرام العقد في مرتبة رابعة بعدما كان يحتل مرتبة ثانية بعد قانون الإرادة.

وما سنقوم به في هذا المبحث هو دراسة هذه الضوابط وفقا للترتيب الذي وردت به في نص المادة 18/2 و3، بحيث نتطرق إلى خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين في (المطلب الأول) ثم خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون محل الإبرام في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص310.

3- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

إن إرادة أطراف العقد ليست الضابط الوحيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بل هناك بديل ثاني هو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين باعتبار أن إرادة الطرفين المفترضة قد انصرفت إلى تطبيق قانون موطنهما المشترك باعتباره معلوماً أو معروفاً لدى كل منهما.⁽¹⁾

ويعد الموطن أحد السمات الجوهرية للشخصية، فالشخص يتميز بمكان معين من الإقليم الذي يعيش فيه، و هو المكان الذي يقيم فيه الشخص على سبيل الاستقرار وهذا هو المقصود بالموطن في اللغة، أما في القانون فيقصد بالموطن المقر القانوني للشخص، أي المكان الذي يعتد به القانون لمخاطبة الشخص فيه فيما يتعلق بكافة علاقاته القانونية، و ذلك إما لإقامته فيه أو لوجود مركز أعماله فيه، فالموطن هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعماله القانونية و يمكن مخاطبته فيه بشأن هذه الأعمال.⁽²⁾

والارتباط بدولة ما باعتبارها (وطناً) أقوى من الارتباط بها باعتبارها (موطناً)، فالارتباط في الحالة الأولى يؤسس على رابطة قانونية هي رابطة الجنسية بينما يؤسس في الحالة الثانية على رابطة إقليمية أو مادية واقعية هي رابطة الموطن، فضلاً عن ذلك فإنه حتى لو سلمنا بأن اصطلاح الموطن يمكن استخدامه على الصعيدين الداخلي و الدولي لعلاقات الأفراد، سيصادفنا وجه آخر للتضاد مفاده أن الموطن على الصعيد الدولي يقصد به ارتباط شخص بإقليم دولة معينة بأكمله دون ضرورة تحديد بمكان معين من هذا الإقليم

بينما يختلف الحال على الصعيد الداخلي حيث يعبر الموطن عن ارتباط الشخص بمكان معين في إقليم الدولة و ليس الإقليم في مجموعه.⁽¹⁾

ويتنازع حول مسألة تحديد الموطن مذهباً أحدهما يرى ضرورة الأخذ بما يسمى بالتصوير الحكمي للموطن والثاني يركز على الأخذ بالتصوير الواقعي أو الفعلي، فبالنسبة للتصوير الحكمي أو الافتراضي يعني تحديد موطن الشخص طبقاً لتواجد افتراضي له في

1- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص170.

2- محمد حسين منصور، نظرية الحق، طبعة 1997، منشأة المعارف - الإسكندرية، ص322.

1- حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20.

مكان ما و لو لم يوجد فيه، يحدد له لغرض تسهيل الاتصال به و تسيير شؤون حياته القانونية.(2)

فيتحدد الموطن بالمكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه دون نظر إلى مكان إقامته المعتاد، فلا يعتد بالإقامة الحقيقية أو الفعلية بل ينبغي النظر إلى مكان مصالح الشخص وأعماله، لذلك يكون مكان موطن الشخص هو مركز أعماله الرئيسي، كالمصنع بالنسبة لرجل الصناعة و المتجر بالنسبة للتاجر و المكتب بالنسبة للمحامي، يقوم هذا التصوير على أساس افتراض قطعي لا يقبل إثبات العكس مؤداه وجود الشخص حيث يوجد مركز أعماله و لو كان الواقع يخالف هذا الافتراض، كما لو كان الشخص يقيم بالفعل في مكان آخر.(3)

لذلك قد يكون الموطن القانوني على هذا الاعتبار في مكان ما و محل الإقامة في مكان آخر.(4)

يترتب على الأخذ بهذا التصوير الحكمي ما يلي:

- إن كل شخص لا بد و أن يكون له موطن، فلا بد من قيام صلة و لو حكمية بين الشخص و مكان معين، هذا المكان هو في الأصل موطن الوالدين أو الوصي، إلا إذا اختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا لأعماله يكون موطننا له.

- لا يمكن أن يوجد للشخص سوى موطن واحد، لأن العبرة بمركز العمل و إذا تعددت الأعمال فإنه لا يعتد إلا بالمركز الرئيسي لها.(1)

- وفقا لهذا التصوير يتعذر انعدام وجود الموطن لأي شخص، فالموطن من مستلزمات و مقومات الشخصية و هذه نتيجة إيجابية في هذا التصوير.(2)

أما بالنسبة للتصوير الواقعي أو الفعلي للموطن، فيعني أن يتحدد الموطن على أساس مادي هو الإقامة الفعلية المستمرة للشخص في مكان معين، يعتد هذا التصوير بالإقامة الحقيقية

2- عيد السلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، الطبعة الثانية، 1998، منشورات الجامعة المفتوحة، ص56.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص324.

4- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية- الجزائر، سنة 1985، ص 135.

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 324.

2- عيد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 56، 57.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
للشخص حيث ترتبط الفكرة القانونية للموطن ارتباطاً وثيقاً بفكرة واقعية هي الإقامة العادية، و
من ثم فإن الموطن يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، أما المكان الذي يوجد فيه
الشخص عرضاً فلا يعتبر موطناً له.⁽³⁾

عنصراً موطن الشخص حسب هذا المذهب هما الإقامة الفعلية، و هي العنصر المادي ونية
الإستقرار و هي العنصر المعنوي، و ذلك بغض النظر عن تمركز مصالحه فيه أو عدمه.⁽⁴⁾
و ينتج عن الأخذ بالتصوير الواقعي ما يلي من النتائج:

- يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن إذا توافرت له إقامة معتادة في أكثر من
مكان، كما لو كان الشخص متزوجاً بزوجة مقيمة في مكان معين و أخرى في مكان آخر.
- قد لا يكون للشخص أي موطن، كما في حالة البدو الرحل إذ لا تتوافر لديهم نية
الاستقرار في مكان معين، كما أن الموطن قابلاً للتغيير بتغيير محل الإقامة من مكان إلى
آخر.⁽⁵⁾

نتطرق في هذا المطلب إلى خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك
للمتعاقدين في (الفرع الأول) خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين
في (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول

خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين

يعتبر الموطن أحد موضوعات القانون الدولي الخاص إلى جانب الجنسية و مركز
الأجانب و تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين و تنفيذ الأحكام الأجنبية،
فالموطن هو رابطة إقليمية أو مادية بين الفرد و الدولة، و القاعدة أن دولة جنسية الفرد هي
الدولة المعتبرة موطناً له بمعنى أنه يقيم إقامة مستقرة و يتخذ مركزاً لروابطه و مصالحه في

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص323.

4- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 136.

5- محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، (مدخل إلى القانون و الإلتزامات)، طبعة 1997، الدار الجامعية، بيروت - لبنان،
ص192-193.

إقليم الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، و الوطن أقوى من الموطن لأن زواله يتوقف على زوال جنسية صاحبه، أما الموطن فعلى خلاف ذلك لا يرتبط بجنسية صاحبه.(1)

أولا - التعريف بالموطن:

لقد عنى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى، بتنظيم الموطن في نصوص القانون المدني بحيث عرف الموطن و بين أنواعه.

لذلك ستقوم بتعريف الموطن و بيان أهميته (أولا) ثم أنواع الموطن (ثانيا).

1 - تعريف الموطن و بيان أهميته:

أ - تعريف الموطن:

يمكن تعريف الموطن على أنه المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة،(2) كما يعرف الموطن على أنه مكان الإقامة المعتاد بالنسبة للشخص الطبيعي، ومركز الإدارة بالنسبة للشخص المعنوي.

لقد عرف المشرع المصري الموطن في نص المادة 40 من القانون المدني المصري بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة".(3)

وواضح أن هذا التعريف وضع لحكم العلاقات الخاصة الوطنية، و هو يحتاج كثيرا من التوضيح و التحديد حتى يمكن أن يشمل حكمه المعاملات الخاصة الدولية، و يبين ذلك من اقتصاره على الرابطة المادية بالإقليم وتجاهله الارتباط النفسي أو المعنوي به، كذلك لم يبين المقصود بمكان الإقامة هل هو إقليم الدولة ككل أو جزء معين من هذا الإقليم.(1)

كما يلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المصري يأخذ بالتصوير الواقعي للموطن، وهو التصوير الذي يعتد بالواقع في العمل من وجود إقامة فعلية و مستقرة للشخص

1- حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص07.

2- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر و التوزيع، ص146.

3- سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى 1999، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، ص 139.

2- حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص24.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

فيحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، و يقصد بالإقامة المعتادة، الإقامة المستقرة على نحو يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غياب متقاربة أو متباعدة.(2)

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الموطن في نص المادة 36 من القانون المدني الجزائري على أنه:"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، و لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".(3)

و يشترط في الموطن توافر شرطين أو عنصرين هما:

- العنصر الأول مادي (الإقامة)، بحيث تتحقق المعيشة فيه و لا عبرة بمحل الولادة أو المكان الذي يسافر إليه الشخص فيرغب في البقاء فيه لفترة معينة.

- العنصر الثاني معنوي أو تقني (نية البقاء و الاستقرار)، و يقصد بذلك الإقامة بشكل عادي، بحيث تنصرف النية للإقامة الفعلية و مزاوله نشاطه اليومي، فيكون عنوانا لمراسلاته أو تبليغاته و التزاماته المالية.

و قد نصت المادة 39 من القانون المدني الأردني على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، و يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، و إذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة، يعتبر بلا موطن".(1)

ب - أهمية الموطن:

تبدو أهمية تحديد موطن الشخص من نواحي كثيرة منها:

- الأوراق القضائية المطلوب إعلانها للشخص كالإعلان و الإنذار، و التنبيه و صحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التي تكون ذات آثار قانونية، توجه إلى الشخص في موطنه.

- يكون الاختصاص بنظر دعوى الحقوق الشخصية أو المنقولة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

3- محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص192.
4- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.
1- سليمان الناصري، مرجع سابق، ص140.

- الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها شيئاً من المثلثات كالنقود، يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء.

- يتم اتخاذ إجراءات الإفلاس أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن التاجر.

- يلعب الموطن دوراً هاماً في تحديد الاختصاص القضائي والقانوني بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي على صعيد القانون الدولي الخاص.⁽²⁾

ولما كانت للموطن في المعاملات الدولية أهمية بالغة، فقد جعل منه المشرع ضابط إسناد احتياطي، و في حالة تخلف الاشتراك في الموطن أو مركز الأعمال، يعقد الاختصاص لقانون موطن المدني بالالتزام أو مركز أعماله، وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في بعض أحكامه و كذا القضاء الانجليزي و الألماني و اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن بيع المنقولات المادية، و القانون التشيكوسلوفاكي و القانون البولوني و القانون اليوغوسلافي و يغلب النص على تطبيق قانون مركز الأعمال في العقود النموذجية التي تبرمها مؤسسات التجارة و الصناعة و النقل و هي عقود تتصف بالإذعان.⁽¹⁾

2 - أنواع الموطن:

يمكن تقسيم الموطن إلى نوعين أساسيين هما:

أ - الموطن العام:

ويقصد به الموطن الفعلي أو الواقعي الذي يقيم فيه الشخص عادة، فيكون مقر سكنه و يقيد به قانونا بالنسبة لنشاطه و عمله، و عنوانا لمراسلاته، و هو ما يسمى بالموطن العام الإرادي.⁽²⁾

أما الموطن القانوني أو الإلزامي، فهو المكان الذي يحدده القانون لإقامة الشخص كما هو الحال بالنسبة لموطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب.⁽³⁾

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص323.

- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص193.

1- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص236، 235.

2- محمد حسنين، مرجع سابق، ص136.

3- تنص المادة 1/38 من القانون المدني على أن "مواطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً"

ب - الموطن الخاص:

إلى جانب الموطن العام قد يكون للشخص موطنًا خاصًا بالنسبة لبعض الأعمال، و أهم أنواع الموطن الخاص هي موطن الأعمال، الموطن التجاري أو المهني أو الحرفي، الموطن المختار، فالموطن التجاري أو الحرفي هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالًا تجارية أو أعمال خاصة بحرفة معينة، لذلك يعتبر هذا المكان موطنًا خاصًا بالنسبة لأعمال هذه التجارة أو الحرفة، أما غيرها من الأعمال فالعبرة بالموطن العام.⁽⁴⁾

لقد عرفت المادة 37 مدني جزائري ما اصطلح الفقهاء على تسميته بموطن الأعمال على النحو التالي: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة".⁽⁵⁾

فلا يكون هذا الموطن إلا لمن له تجارة أو حرفة، فلا يصلح أن يكون للموظف موطن أعمال.⁽¹⁾

أما الموطن المختار فهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين، بحيث يكون خاص بهذا العمل وحده، و يتم تحديد ذلك الموطن إما بالإرادة المنفردة لصاحبه أو بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر، كاتفاق الأطراف على أن يكون الاختصاص بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة معينة و هنا نكون بصدد اختيار موطن خاص للتقاضي، أو كما إذا اشترى شخص أرضًا بعيدة عن موطنه، فيتفق مع البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع، أو كما إذا اختار الشخص مكتب محاميه موطنًا خاصًا تعلن فيه كل الأوراق القضائية المتعلقة بعقد أو تصرف قانوني أو منازعة معينة.

و لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة، فالكتابة ضرورية لإثبات اختيار الموطن فلا يجوز لمن يتمسك بالموطن المختار أن يثبت وجوده إلا بالكتابة.⁽²⁾

4- السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون (المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام)، طبعة 1999، ص 162.

5- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 147، 148.

1- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 148.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق.

- عبد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 55.

- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 148.

هذا عن موطن الشخص الطبيعي، أما بالنسبة لموطن الشخص المعنوي فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أن "موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".⁽³⁾

وعادة تكون المنازعات المتعلقة بالشركاء في الشركة من اختصاص المحكمة التي بها مركزها الرئيسي، و إذا كانت لها فروع يكون محل كل فرع موطناً له فيما يتعلق بمجال نشاطه، كما أن الشخص المعنوي من حيث الموطن يأخذ حكم الشخص الطبيعي، بحيث يجوز أن يكون له موطن عادي أو موطن مختار.⁽¹⁾

ثانياً - إعمال قانون الموطن:

عرف الرومان فكرة الموطن كأداة لإعمال النظم القانونية لمختلف الجماعات المدنية، من حيث تحمل الشخص للالتزامات المدنية و من حيث القضاء الذي يخضع له والقانون الذي يحكمه، وكان كل شخص يخضع لقانونه الوطني، و هو قانون المدينة التي ينتمي إليها بأصله، لقد ظهرت مشكلة تنازع القوانين في شكل تنازع داخلي لازمها خلال عدة قرون من القرن الثاني عشر حتى القرن السابع عشر، و جرى بشأنها البحث في قانون أية مدينة أو أية إقطاعية يحكم المسألة.

وعندما أصبح تنازع القوانين بالصبغة الدولية لم يتخلف قانون الموطن عن معالجته و على الجملة يمكن القول أنه، إلى فجر الثورة الفرنسية استقرت مكانة قانون الموطن في ميدان التنازع الدولي للقوانين، في سائر بلاد القارة الأوروبية و كذلك في البلاد الأنجلوأمريكية، حيث رست فيها قواعده و لقي فيها مكانة لا يزال يتمتع بها حتى الآن.⁽²⁾

3- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص246.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية و الموطن و تمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة العاشرة، 1988، دار النهضة العربية، القاهرة، ص579، 578.

ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول الأخذ بفكرة الموطن كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة و خاصة في مجال حالة الشخص و أهليته لذلك سنقوم بإبراز حجج أنصار الأخذ بقانون الموطن، ثم نتولى تبيان الحل المتبع في حالة تعدد المواطن.

1 - مبررات الأخذ بقانون الموطن في مجال تنازع القوانين:

تأخذ دول قانون الموطن، و أهمها الدول الأنجلو أمريكية، ففي هذه الدول ينطبق قانون الموطن بصفة مطلقة باعتباره القانون الشخصي، ومن هنا يتسع مجال الموطن اتساعاً ملحوظاً، بحيث يشمل الدور الذي تقوم به الجنسية و الموطن في بلاد قانون الجنسية.

وعليه فإن قضاة الدول يطبقون قانون الموطن على مختلف المسائل بحيث يحكم هذا القانون حالة الشخص و أهليته، و النظام المالي للزوجين، كما يحكم المسائل المتعلقة بميراث المنقولات، و لعل بلوغ الموطن في هذه الدول هذه الدرجة هو ما حدى بالفقه هناك إلى تعميق دراسته فحدد قواعد اكتسابه و تغييره كما تشدد و تشدد معه القضاء في إثبات هذا التغيير.⁽¹⁾

هناك من الفقه من يؤيد فكرة الأخذ بقانون الموطن و يستند لتبرير موقفه هذا على مجموعة من الحجج و الأسانيد الآتية:

يرى أنصار قانون الموطن أن هذا القانون أقدم الظهور من قانون الجنسية، كما أن التجربة أثبتت أنه أكثر صلاحية و استجابة لحاجة العلاقات الخاصة الدولية.

ثم أن كون الموطن هو مركز مصالح الشخص، و هو مركزه القانوني الذي تترتب فيه حقوقه و يباشرها فيه، يجعل من الطبيعي و من العدل أن يخضع الشخص لقانون القطر الذي يتوطن فيه، شأنه في ذلك شأن وطني هذا القطر، يضاف إلى ذلك أن تطبيق قانون الموطن يوفر مزايا عملية كثيرة أهمها سهولة تعرف الغير عليه أكثر من تعرفهم على قانون الجنسية، مما يتفق و لزوم توفير الثقة في المعاملات، و كذلك سهولة تفسير قانون الموطن و تطبيقه بمعرفة قاضي المكان المعروض عليه النزاع و هو غالباً قانون الموطن⁽²⁾ و من جهة أخرى فإن تغيير الشخص لموطنه ليس بالأمر اليسير في جميع الأحوال كما يظن أنصار ضابط الجنسية، كما سوف نرى، إذ أن الموطن لا يخضع في تغييره لسلطان الإرادة وحدها.

1- حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 97.

2- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 141، 142.

و يضيف أنصار الأخذ بقانون الموطن في النهاية حجة هامة مؤداها أن وحدة النظام القانوني الذي تخضع له الأسرة، يقتضي الاعتراف بضابط الموطن باعتبار أن الأسرة تتوطن عادة في مكان معين، و إن اختلفت جنسية الزوجين.(3)

2 - القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد المواطن:

تكون في هذه الحالة أمام ما يسمى بالتنازع الإيجابي للمواطن، وهذا المشكل لا يثار إلا بالنسبة للدول التي تقر بتعدد المواطن، بمعنى بإمكان الشخص أن يكون له أكثر من موطن، أما بالنسبة للدول التي لا تسمح بتعدد المواطن فلا يثار هذا المشكل أصلا، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري حيث يقر المشرع الجزائري في نص المادة 2 /36 على أنه: "...و لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".(1)

يتم حل هذا التنازع الإيجابي للمواطن بالتفرقة بين فرضين:

أ - أن تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي:

ففي هذا الفرض على القاضي أن يطبق قانونه الوطني، باعتبار الأجنبي متوطنا بدولته هو دون الإعتداد بما تقضي به قوانين الدول الأخرى، و التي تعتبر نفس الشخص متوطنا فيها وفقا لقوانينها.

ب - ألا تكون دولة القاضي إحدى مواطن الأجنبي:

و في هذا الفرض تعتبر دولة القاضي من الدول الغير و عليها أن ترفع أحد المواطن التي يتمتع بها الشخص حتى يتحدد مركزه القانوني على أساسه، و الحل الأمثل لهذا الفرض هو الاعتراف بتوطن الشخص في الدولة التي يقيم بها إقامة فعلية و يرتبط بها أكثر من سواها، و يدخل ذلك في الأمور الواقعية التي تخضع لسلطات قاضي الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليه فيها لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا و له مأخذ من الأوراق.(2)

3- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني : تنازع القوانين، طبعة 2001، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 258.
1- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.
2- حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 79.

الفرع الثاني

خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین

يعتبر قانون الجنسية المشتركة لأطراف العقد الدولي ضابطا احتياطيا له أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، فالقضاء الألماني و القضاء السويسري يعتبران اتحاد جنسية الطرفين، ولاسيما إذا كان المتعاقدان ألمانين أو سويسريين، قرينة على اختيار قانون الجنسية المشتركة، بل أن بعض الأحكام السويسرية استبعدت الصفة الدولية للعقد و لو تعلق بمصالح التجارة الدولية ما دام المتعاقدان سويسريين، و قد اعتد القضاء الفرنسي ضمنا بقانون الجنسية المشتركة في عدة أحكام له، و لكنه عكس القضاء السويسري اعتبر التعامل دوليا، و إن كان القضاء يميل إلى الاعتراف بقرينة محل الإبرام أو محل التنفيذ.

و في النظام الانجلو ساكسوني، يشترط لكي يعتد بقانون الجنسية المشتركة أن يكون بين المتعاقدین تعامل سابق و قرائن كافية تدعمه إلى أن تصبح قرينة الجنسية المشتركة في مرتبة الاختيار الصريح.⁽¹⁾

أما بالنسبة للقوانين العربية و من بينها القانون المدني الجزائري قبل تعديله سنة 2005، لم يعتد بقرينة الجنسية المشتركة كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية من حيث الموضوع، و إن كان أخذ بها بالنسبة للشكل، بحيث أخضع العقود من حيث شكلها إلى قانون الجنسية المشتركة.⁽²⁾

لقد أدخل المشرع الجزائري بعد تعديله لنص المادة 18 الخاصة بالإلتزامات التعاقدية، ضابط الجنسية و جعل منه مرتبة ثالثة بعد ضابط المواطن المشترك.

لذلك سنقوم في هذا الفرع بالتعريف بالجنسية (أولا) ثم نتطرق إلى مسألة إعمال قانون الجنسية (ثانيا).

أولا - التعريف بالجنسية:

1- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 234، 235.
2- تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون المواطن المشترك للمتعاقدین أو لقانونهما الوطني المشترك...".

رابطة الفرد بالدولة هي التي يطلق عليها "الجنسية" و هي ترجمة اصطلاحية للكلمة الفرنسية "nationalité" المشتقة من الكلمة اللاتينية "nation"، و معناها أمة، و هذه الكلمة بدورها مشتقة من كلمة اللاتينية "natio" و تعني، المنحدرون من جنس واحد بالمقابل لكلمة "populus" أي سكان البلد على العموم، و إذا ما تابعنا الاشتقاق اللغوي من كلمة "nation" كانت الصيغة منها "national" أي أمة، وكان الإسم منها "Nationalité" أي الانتماء إلى أمة (لا إلى دولة) ، و لكن بالرغم من ذلك فإن هذه الكلمة الأخيرة تطلق على الإلتزام إلى دولة، و يكون هذا الإطلاق إذا إطلاقا اصطلاحيا، و يظهر من ذلك أن الجنسية لا تأخذ معناها من التجنس.(1)

و الجنسية رابطة سياسية قانونية، فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، و لأن مبناها و سيادتها في تحديد ركن من أركانها و هو الشعب، و هي رابطة قانونية و تترتب عليها آثار قانونية، و تكمن وراء هاتين الصفتين للجنسية، الفكرة الاجتماعية للجنسية.(2)

1- تعريف الجنسية و بيان أهميتها:

أ- تعريف الجنسية:

يعرف غالبية الفقهاء الجنسية بأنها "رابطة سياسية و قانونية بين الفرد و الدولة"، فكونها رابطة سياسية، تعني بأن الجنسية تعبر عن ولاء الفرد للدولة التي يحمل جنسيتها و ما يترتب عن هذا الولاء من واجبات و حقوق كواجب أداء الخدمة الوطنية (العسكرية) استعدادا للدفاع عنها، و واجب الدولة من جهتها في بسط حمايتها الدبلوماسية عليه في الخارج، أما كونها رابطة قانونية، تعني بأن القانون هو الذي يستأثر بوضع الأحكام المنظمة لها من حيث ثبوتها أو من حيث فقدانها، كما تعرف الجنسية بأنها "صفة يرتب منها من طرف الدولة للفرد اختصاصا شخصيا لها تجاهه يحتج به قبل الدول الأخرى" و هذا التعريف يركز على الجانب الدولي للجنسية دون الجانب الداخلي لها.

1- عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص : في الجنسية و الوطن، مرجع سابق، ص 124.

2- المرجع نفسه ، ص 124 ، 125 .

هناك تعريف آخر للجنسية مفاده أن الجنسية "نظام قانوني تضعه الدولة لتحديد به ركن الشعب فيها و تكسب به الفرد صفة تقيد انتمائه إليها"،⁽³⁾ الملاحظ أن هذا التعريف أهمل الطبيعة السياسية لانتماء الفرد إلى الدولة التي ينتسب إليها، والذي يعبر عن ولاءه لها، و المتمثل في استعداده للقيام بما يفرضه عليه هذا الولاء من واجبات.

ب - أهمية الجنسية:

للجنسية أهمية في حياة الدولة و الفرد معا، فهي تهم الدولة على الصعيد الدولي لأنها أساس قيام كيانها و استمرارها، و بفضلها يتحدد عنصر من عناصرها و هو ركن الشعب فالجنسية تعتبر وسيلة لممارسة السيادة الشخصية على الوطنيين و لو كانوا في الخارج من الأهمية لمكان ضبط أسس بناء الجنسية لأنه بواسطتها تتزود الدولة بحاجتها من السكان لضمان استمراريتها و ديمومتها.

وتهم الجنسية الفرد باعتبارها الرابطة الأساسية المحددة لمركزه في القانون الدولي مادام هذا الأخير لا يعترف به إلا عن طريق تدخل الدولة التي ينتمي إليها لرعاية شؤونه و تبنى قضاياها على الصعيد الدولي.⁽¹⁾

كما تظهر أهمية الجنسية أيضا في مجال تنازع القوانين و في مجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي، و مركز الأجانب.

ففي مجال تنازع القوانين تظهر أهميتها من ناحيتين، أولهما أن العلاقة القانونية التي تكون محلا لتنازع القوانين هي العلاقة التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي، و الذي يمكن أن يتطرق إليها عن طريق أطرافها، بحيث يكون أحدهما أو كلاهما من الأجانب، و من الناحية الثانية، لما يكون ضابط الإسناد المعتمد في الدولة بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق هو ضابط الجنسية كما هو الأمر بالنسبة للإلتزامات التعاقدية التي نحن بصدد دراستها، فالقانون في هذه الحال يختلف حسب الجنسية التي يحملها الشخص.⁽²⁾

3- أعراب بقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الإختصاص القضائي الدولي-الجنسية، طبعة

2003، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 84، 83.

1- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية: دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 28.

2- أعراب بقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري : تنازع الإختصاص القضائي الدولي- الجنسية، مرجع سابق، ص 91، 92.

أما في مجال تنازع الإختصاص القاضي الدولي، تظهر أهمية الجنسية لما يكون قانون الدولة المعروض على قضائها النزاع، تشترط لثبوت الاختصاص أن يكون أحد أطراف النزاع من الحاملين لجنسيتها.

2 - أنواع الجنسية:

يحصل الشخص على الجنسية من الدولة و هي حرة - كقاعدة عامة- في منحه إياها، و إن كانت تتقيد ببعض القيود، فالدولة تراعي وجود ارتباط بينهما و بين الشخص الذي تمنحه جنسيتها و هي لا تبحث في تحقيق هذا الارتباط بصدد كل شخص على حدة، و إنما هي تعتمد في ذلك على مظاهر أو قرائن تدل عليه، و من هذه القرائن ما يكون في الشخص ذاته الذي يحصل على جنسية الدولة، و منها ما يكون في أسرته سواء في آبائه أو في الزواج، و الدول تختلف فيما بينها في ما تأخذ به من قرائن على تحقيق الإرتباط، فقد ترى دولة ما أن ميلاد الشخص في إقليمها قرينة كافية على هذا الإرتباط، بينما تشترط دولة أخرى ميلاد الآباء في إقليمها، وقد تشترط دولة ثالثة تمتع الآباء بجنسية الدولة.(1)

أ - الجنسية الأصلية:

وهي الجنسية التي تثبت للشخص عند ميلاده، إما لأنه ينحدر من دم والد يحمل نفس الجنسية على أساس حق الدم، و إما لأنه ولد في إقليم تقييم دولته الجنسية على أساس حق الإقليم. و لا يمنع من اعتبار الجنسية أصلية أن يتأخر إثباتها إلى ما بعد الميلاد، فقد يحتاج الأمر إلى إثبات نسب الوالد إلى أبيه في الحالة الأولى أو يحتاج إلى إثبات حدوث الميلاد على إقليم الدولة في الحالة الثانية ، فيتأخر في الحالتين ثبوت الجنسية إلى ما بعد الميلاد ولكنها متى أثبتت ارتد أثرها إلى وقت الميلاد و اعتبرت جنسية أصلية.(2)

وتنفرد الجنسية الأصلية بالخصائص التالية:

- أنها جنسية مفروضة، تثبت للشخص بقوة القانون دون الإعتداد بإرادته.

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: الجنسية و مركز الأجانب، طبعة 1993، ص71.
2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص194.

- إنها جنسية نهائية، سببها الميلاد، و ترد إلى وقته فتقوم على واقعة قانونية هي وقاعة الميلاد.

- و يطلق الفقه على هذه الجنسية تسميات مختلفة، كالجنسية الممنوحة و الجنسية المفروضة و جنسية الميلاد، و لكن أكثر الاصطلاحات شيوعا و تداولا في تقنيات الجنسية و كتب الفقه هي الجنسية الأصلية "Nationalité Originnaire" ، كما تقوم الجنسية الأصلية على اعتبار قانوني مفاده أن المشرع عند وضعه لقواعد الجنسية قدر وجود قرينة كافية للاندماج الواقعي منذ لحظة ميلاد الفرد الذي ينتسب لأحد الأبوين الوطنيين أو هما معا، و هذه هي الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم أو الأصل الجغرافي.(1)

كما تقوم الجنسية الأصلية على حق الدم أو البنوة، بمعنى حصول الفرد على جنسية الدولة التي يتمتع بها أبوه بمجرد ميلاده، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة... من قانون الجنسية بقوله : "يعتبر جزائريا الولد من أب جزائري أو أم جزائرية".(2)

ولا يعني حق الدم هنا المعنى القوي الذي يفيد وراثة العرق و السلالة، كالجنس الآري أو السامي و الجنس الأبيض أو الأسود، أو الانتماء إلى وحدة اجتماعية مصغرة كالأسرة و القبيلة لأن الجنسية ليست رابطة عنصرية و لا توجد دولة في العالم كل سكانها يتشكلون من عرق بشري خالص، و إنما المقصود بحق الدم هو رابطة النسب بين المولود ووالده بحيث يصبح الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود أساس الجنسية الأصلية بمفهومها السياسي والقانوني، فيتلقى الولد الجنسية عن والديه مهما كان أصلهم، لذلك يطلق عليها أيضا جنسية البنوة، وهي تسمية أدق في الدلالة على مقصودها، قوامها أن الطفل يتلقى التربية الوطنية من أسرته، مما يوثق ولاءه لدولته و يزيد في إخلاصه لها.(3)

1- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 129، 130.
2- أمر رقم 01-05 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2005 .
3- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق ، ص 130، 131.

ويجري عادة إثبات الجنسية الجزائرية للأب عن طريق إبراز شهادة الجنسية،⁽¹⁾ وفي حالة تعذر إثبات الجنسية لهذا الأخير بواسطة هذه الطريقة لابد من اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى الواردة في قانون الجنسية الجزائرية.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن النص السابق لا يفرق بين البنوة الشرعية و البنوة الطبيعية أو السفاحية أي غير الشرعية، إذ تكفي الولادة من أب جزائري أو من أم جزائرية، و يعتبر هذا الحل موقفاً لأن الابن غير شرعي ستكون له جنسية على الأقل على المستوى الدولي.⁽³⁾

هذا، و يجب أن يكون الأب (أو الأم) جزائرياً وقت ميلاد الوليد، حتى يتمكن من تلقي جنسية والده، و لا يثير الأمر صعوبة فيما لو كان الأب جزائرياً خلال فترة الحمل وعند الميلاد، و إنما يدق الأمر فيما لو تغيرت جنسية الأب بين فترة الحمل و الميلاد، أو تغيرت جنسيته بعد الميلاد، فالثابت أن المادة 06 أعلاه تعدد بجنسية الأب وقت الميلاد، و معنى ذلك، أنه لو كان الأب أجنبياً عند الحمل ثم أصبح جزائرياً عند ميلاد الوليد فإن الأخير يكتسب الجنسية الجزائرية وفقاً للنص السابق، كما أن تغيير الأب لجنسيته بعد الميلاد لا يؤثر على اكتساب الوليد للجنسية الجزائرية، فضلاً عن أن موت الأب الجزائري بعد الحمل و قبل ميلاد الوليد فإن الرأي الراجح لدى الفقه يؤكد اكتساب الابن لجنسية أبيه الجزائرية، بحسبان، إن هذه الجنسية كانت ستنتقل بطبيعة الحال إلى الابن لو استمرت حياة الأب حتى تاريخ الميلاد، إذ الراجح أنه كان سيظل عليها حتى هذا التاريخ.⁽⁴⁾

إن أساس الإقليم السائد في نظم قانونية، العبرة فيه بواقعة الميلاد في إقليم الدولة و الحصول على جنسيتها كجنسية أصلية و لو تأخر إثبات حصول الميلاد في إقليم تلك الدولة إلى ما بعد الميلاد، فإنه يترد بأثر رجعي على وقت الميلاد و لجعل الطفل بموجبه على جنسية دولة الميلاد .

1- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق ، ص131،130.
2- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق ، ص131،130.
3- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: القواعد المادية، مرجع سابق، ص154،153.
4- هشام خالد، إكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، طبعة 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص202-203.

وتختلف الدول في تبني هذا الأساس، فهناك البعض ممن يأخذ بأساس الإقليم بشكل مطلق وهناك من يشترط تعزيزه بعوامل أخرى كتوطن أسرة المولود في إقليم الدولة أو اشتراط ثبوت النسب للام في الدولة التي تبني أصلا جنسيتها على حق الدم من ناحية الأب أو الأم أو اشتراط ميلاد أب الطفل في إقليمها.

ومن القوانين التي أخذت بحق الإقليم بشكل مطلق، قانون الجنسية البرازيلي لسنة 1949 و قانون الجنسية البريطاني لسنة 1948 و قانون الجنسية الأرجنتينية لسنة 1954، كما توجد دول أخرى تعزز حق الإقليم باشتراط ميلاد الأب فيها أيضا، كما هو الشأن في القانون الفرنسي لسنة 1993.(1)

وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الجنسية الجزائرية الذي نص في المادة 07 على أنه "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين، غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا أثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية و كان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

الولد المولود في الجزائر من أب مجهول و أم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها".(2)

ب - الجنسية المكتسبة:

وهي جنسية يمنحها القانون لشخص توافرت فيه شروط تؤهله إلى أن يكون من وطني الدولة و تجعل من المفترض فيه الولاء لدولة هذه الجنسية و الارتباط بها.(3)

لقد نص المشرع الجزائري على الجنسية المكتسبة في المادة 09 مكررا من قانون الجنسية الجزائرية على أنه: " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، متى توافرت الشروط الآتية:

1- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص136،135.

2- أمر رقم 05-01 يتضمن تعديل قانون الجنسية الجزائرية .

3- علي سليمان، مرجع سابق، ص 195،194.

- أن يكون الزواج قانونيا و قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنيس.

- الإقامة المعتادة و المنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

- التمتع بحسن السيرة و السلوك.

- إثبات الوسائل الكافية لمعيشته".(1)

وتتميز الجنسية المكتسبة عن الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم في أن هذه الأخيرة يتمتع بها الفرد بالميلاد وحده، و ثبتت من وقت الميلاد و ليس لاحقا، كما يتميز الاكتساب بفضل القانون عن التجنيس في أن هذا الأخير يتوقف على تقديم طلب من المعنى بالأمر، بعد توافر الشروط القانونية المطلوبة، ثم تبت في الطلب الجهة المخولة قانونا بمنتهى سلطتها التقديرية، على هذا الأساس يعتبر اكتساب الجنسية بفضل القانون هو حق للفرد الذي توافرت فيه الشروط المطلوبة.(2)

كما يمكن اكتساب الجنسية عن طريق التجنس، و يترتب على ذلك أنه يمكن للفرد إذا ما أراد الحصول على جنسية دولة غير التي ينتمي إليها بجنسيته الأصلية أن يسلك طريق التجنس بأن يندمج في شعب هذه الدولة و يطلب الحصول على جنسيتها بعد أن تتوافر فيه الشروط التي تضعها الدولة لاكتساب جنسيتها، لذلك يقال أن التجنس لا يفرض، على عكس الجنسية الأصلية التي تثبت للفرد منذ ميلاده دون الإعتداد بإرادته، فقوام التجنس هو تحرك إرادة الفرد و إن كانت هذه الإرادة لا تكفي لوحدها لاكتساب الجنسية حتى و لو توافرت في الفرد كافة الشروط المطلوبة للتجنس، و إنما يلزم لذلك موافقة الدولة.(3)

وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الجنسية الجزائرية، نجد أن المشرع الجزائري نص على اكتساب الجنسية عن طريق التجنس بقوله: " يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط:

- أن يكون مقيما في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل بتاريخ هذا الطلب.

- أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.

1- أمر رقم 05-01 يتضمن تعديل قانون الجنسية الجزائرية .

2- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص314.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 89،90.

- أن يكون بالغاً سن الرشد.

- أن تكون سيرته حسنة و لم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف.

- أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته.

- أن يكون سليم الجسد و العقل.

- أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري. ويقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع

دائماً رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده".⁽¹⁾

إلا أن المادة 11 أوردت استثناءات مفادها: " أن الأجنبي الذي قدم خدمات إستثنائية للجزائر أو المصاب بعاهة أو مرض من جراء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها، أن يتجنس بالجنسية الجزائرية بغض النظر عن أحكام المادة 10 أعلاه.

كما يمكن للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة إستثنائية للجزائر أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن تلك الشروط السالفة الذكر.

وإذا توفي أجنبي عن زوجه و أولاده و كان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن لهؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم".⁽²⁾

أغلبية الفقه و التشريعات الوضعية ترى أن للشخص المعنوي جنسية تتميز عن جنسية أعضائه و لكنهم اختلفوا حول الأساس الذي تقوم عليه هذه الجنسية.

يرى البعض من الفقهاء انه فيما يتعلق بالشركات تقوم جنسيتها على أساس المكان الذي تمارس فيه نشاطها، فتكون جنسيتها هي جنسية الدولة التي تمارس نشاطها على إقليمها، في حين يرى البعض الآخر أن جنسية الشركة تقوم على أساس مركز إرادتها الرئيسي، فتكون لها جنسية الدولة التي يوجد بإقليمها مركز أدراتها الرئيسي يصرف النظر عن ممارسة النشاط.⁽¹⁾

أما بالنسبة لقانون الجنسية الجزائري لم يتعرض لجنسية الشخص المعنوي، واكتفى المشرع الجزائري بالنص في المادة 50 على أن للشخص المعنوي جنسية، كما نص في المادة

1- أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 105، لسنة 1970.

2- أمر رقم 05-01 يتضمن تعديل قانون الجنسية الجزائرية.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 175.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
10 / 2 و 3 على انه: "...الأشخاص الاعتبارية من شركات و جمعيات و مؤسسات و غيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجتماعي الرئيسي و الفعلي.

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري". هل يستخلص من هذا النص الوارد بصدد تطبيق قانون الجنسية على الحالة و الأهلية إن الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر تكون لها الجنسية الجزائرية؟.

وبقابل هذا النص، نص المادة 11 من القانون المدني المصري الذي يشير أن الأشخاص الاعتبارية تكون لها جنسية الدولة التي يوجد بها مركز أداؤها الرئيسي إلا إذا كانت تمارس نشاطها في مصر، فتكون لها الجنسية المصرية.(2)

الفرع الثاني

إعمال قانون الجنسية

نتطرق في هذا الفرع إلى كل من مبررات الأخذ بقانون الجنسية (أولا) ثم القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات (ثانيا).

أولا - مبررات الأخذ بقانون الجنسية :

توجد ما يسمى بدول قانون الجنسية، و تمثلها معظم الدول الأوروبية و كذلك مصر و بالرغم أن قوانين هذه الدول تنص على تطبيق قانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي، إلا أن ذلك لا يعني انعدام دور الموطن تماما في هذه الدول في حل تنازع القوانين، إذ يبقى لقانون الموطن مجالا لتطبيق له قيمته كلما كان الموطن ضابطا للإسناد.(1)

ويرى أنصار قانون الجنسية أن تطبيق قانون الجنسية من شأنه أن يحقق الإستقرار المنشود، فالقانون الشخصي هو الذي يتبع الشخص ليطبق عليه و على معاملاته باستمرار

2- المرجع نفسه ، ص176.

1- حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 97،98.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
وذلك نظرا لما يحتاج إليه تنظيم العلاقات الخاصة من استقرار و ثبات، وهذا الثبات يتحقق
بإعمال قانون الجنسية أكثر من قانون الموطن لأن حالات تغيير الجنسية أقل بكثير من حالات
تغيير الموطن.(2)

وواقع أن المفاضلة بين قانون الجنسية و قانون الموطن لا يمكن أن تنتهي إلى حقيقة
مطلقة، فالأمر يختلف باختلاف ظروف كل دولة من حيث تراثها القانوني و حاجاتها السياسية
و الاجتماعية و الاقتصادية، و يتضح ذلك من خلال الدول المصدرة للسكان بالدول المستوردة
للسكان، فمن مصلحة الأولى أن تأخذ بقانون الجنسية إذ تضيق مجال القوانين الأجنبية
(باعتبارها قانون جنسية الأجنبي) على إقليمها فلا تدعوا الحاجة إلى الحد منه، بالأخذ بقانون
الموطن، كما أنه يكون من مصلحة وطنيها أن تتبعهم قوانينها إلى الخارج(باعتبارها قانون
جنسيتهم) أما بالنسبة إلى الدول المستوردة، فإن الأخذ بقانون الجنسية يجعلها ميدان لتعدد
القوانين الأجنبية الواجب تطبيقها و هو أمر له خطره على الثقة العامة في المعاملات، فيكون
من الأفضل الأخذ بقانون الموطن.(3)

ومهما كان من أمر الخلاف السابق بين أنصار كل من ضابط الجنسية من جهة و ضابط
الموطن من جهة أخرى، فإن الأمر الذي لا شك فيه عن اختيار أي من الضابطين هو أمر
تقديره الدولة وفقا لسياستها التشريعية و تبعا لما تريد أن تحققه من أهداف.(1)

ثانيا - القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات :

يقصد بتعدد الجنسيات ذلك المركز القانوني الذي يتمتع شاغله بجنسية أكثر من دولة،
مزدوج أو متعدد الجنسية هو كل من يتمتع بجنسية أكثر من دولة واحدة إذ قد تتوافر في
الشخص أسباب التمتع بأكثر من جنسية واحدة وفقا لأحكام قانون دولتين أو أكثر، مما يصعب
تحديد القانون الواجب تطبيقه إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق الدولة
التي يتمتع بجنسيتها حيث تدعي كل دولة من الدول التي تتمتع بجنسيتها السيادة عليه، بوصفه
أحد مواطنيها فيحصل من جراء ذلك ما يسمى بمشاكل الجنسية أو تنازع الجنسيات.(2)

2- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص142.

3- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: في الجنسية و الموطن، مرجع سابق، ص588.

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص259.

2- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 197.

يلاحظ أن يشترط لوجود مثل هذا التنازع الإيجابي أن تكون كل من الجنسيين قد اكتسبت اكتسابا صحيحا و قانونيا دون غش و إلا فلن تكون للشخص أمام القاضي إلا جنسية واحدة، أما إذا كانت الجنسية الأخرى لم تكتسب قانونا في نظر القاضي أو كانت قد اكتسبت غش للتهرب من قانون القاضي، فإذا كانت الجنسيات قد اكتسبتا قانونا و دون غش فيفرق حينها بين فرضين.(3)

إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتعددة التي يحملها الشخص، فلا خلاف بين الفقه في وجود الاعتراف بجنسية دولة القاضي.

وعلى ذلك فلو تبين لقاضي معين أن الشخص يتمتع بجنسية دولته فعليه أن يطبق قانونه مادام أن النزاع يتصل بإحدى المسائل المتعلقة بهذا الشخص، كما لو تعلق النزاع لحالته أو أهليته مثلا، و دون الاعتراف بالجنسيات الأخرى، ذلك أنه على القاضي أن يطبق قانون دولته قبل أي قانون آخر، و هو ملزم باحترام سيادة دولته.(1)

لقد كرس المشرع الجزائري حلا مقبولا لصورة عامة في كل مكان وفقا للأحكام المادة 2 /22 من القانون المدني الجزائري بقوله: "...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".(2)

وهو حل يفرض نفسه بسبب المبادئ بالذات التي تهيمن على قانون الجنسية حيث لا يأخذ بكل بلد بعين الاعتبار سوى جنسيته الذاتية، و هي قاعدة لا تعتبر مقبولة في النظام الداخلي فحسب، و إنما كذلك في النظام الدولي، بدليل المادة 03 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 أبريل 1930 و التي تنص على أنه :

"مع الاحتفاظ بأحكام هذه الاتفاقية، يمكن للفرد الذي يحمل جنسيتين أو عدة جنسيات، أن يعتبر من قبل أية دولة يحمل جنسيتها بأنه من رعاياها".

إن التقييد الوحيد لهذه القاعدة و هو تقييد ينجم عن الصفة وحيدة الطرف لقانون الجنسية، يتمثل في أنه لا يحق لدولة ما أن تدعي ممارسة حمايتها الدبلوماسية لشخص تعتبره مواطنا

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 188.

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 260.

2- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل قانون الجنسية الجزائرية .

لها تجاه دولة أخرى تعتبر ذات الشخص منتما لجنسيته، و تتسم هذه القاعدة بالشمولية الواسعة في التطبيق، حيث نجدها مكرسة بموجب المادة 4 من اتفاقية لاهاي و التي تشكل النص الوحيد ذا البعد الدولي في مجال الجنسية، و يمكننا القول بالنتيجة أن القانون الدولي لا يتسم بعدم المبالاة إزاء موضوع الجنسية، و عن كان تأثيره يتم في الغالب من خلال عادات و تعامل الدول أكثر من ممارسة التأثير عن طريق قواعد معترف بها.(3)

والفرض الثاني، أن تكون الجنسيات المتنازعة أجنبية عن جنسية القاضي، و لتحديد مركز متعدد الجنسيات أما سلطات الدولة من الضروري تفضيل جنسية واحدة من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص و لو أن الحل لا يخلو من النقد.(1)

فهناك أقلية من الفقهاء لم يقبلوا اعتبار تعدد الجنسيات مسألة واقع و اعتبروها مسألة قانون و أرادوا أن تطبق عليها القواعد القانونية، فرأى " بيه " أن يؤخذ في هذا الفرض بالجنسية التي اكتسبها الشخص أولاً، باعتبار أنها أصبحت حقا مكسبا للدولة الأولى على الشخص، و يعاب على هذا الرأي أنه متأثر بالفكرة القديمة التي سادت إبان القرون الوسطى و في عهد الملكيات المطلقة و التي كانت تقيم الجنسية على أساس الخضوع و الولاء للأمير أو للملك، كما يعاب عليه انه قاصر ، لأنه لا ينطبق في حالة إكتساب الجنسيتين في وقت واحد عند الميلاد(2)، لقد أقر المشرع الجزائري في نص المادة 1/22 على انه: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية... ".(3)

ويتعلق الأمر حينئذ بقضية واقعية تتمثل في تحديد أي من الجنسيتين يرتبط بها الشخص فعليا، و يتطلب الأمر جميع معلومات يلعب فيها موقف صاحب العلاقة و تصرفاته دورا كبيرا، و هكذا فإن تصرف هذا الشخص كمواطن لأحد البلدين يكتسب أهمية كبيرة كما أن إقامته المعتادة سيكون لها مدلولها، و كذلك اللغة التي ينطق بها و المكان الذي يمارس فيه

3- اسعاد موحد، القانون الدولي الخاص: القواعد المادية، مرجع سابق ، ص111.

1- يعتبر بعض الفقه أن الترجيح بين الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسيات مخالف للقانون الدولي من حيث:

أ-أن تفضيل جنسية معينة من بين الجنسيات المتنازعة يتعارض مع مبدأ المساواة و التكافؤ بين سيادات مختلف الدول التي يحمل الشخص جنسيته، زيادة على أن فصل القضاء الوطني و تفضيله إحدى الجنسيات الأجنبية عن غيرها هو فصل في قواعد الجنسية الأجنبية و المفروض أن يختص به قضاء تلك الدول .

ب-إن التفضيل المقترح لا يقوم على معيار موضوعي و هو غير ملائم لأنه اعتراف بالمشكل و ليس بحل له، و قد تقف وراءه اعتبارات سياسية كأن تكون الدولة التي ترجح جنسية دولة أخرى مرتبطة معها باتفاقية دولية أو تفضل جنسية الدولة المعادية لمعاملة متعدد الجنسية بتلك الصفة و اتخاذ الإجراءات الاستثنائية في مواجهته. راجع: زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص199، هامش 02.

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 190، 189.

3- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل قانون الجنسية الجزائرية .

مهنته و البلد الذي أدى فيه خدمته العسكرية، و تشكل كافة هذه المعلومات العناصر اللازمة لحياسة الحالة الشخصية ، و التي تتوقف على نتائج تحريات و تقديرات القاضي. و قد كرست اتفاقية لاهاي هذا الحل في المادة الخامسة عن طريق النص: " بأن كل دولة يحق لها، أن تعترف انفراديا ضمن أراضيها و من بين الجنسيات التي يحملها فرد ما، إما بجنسية البلد الذي توجد فيه إقامته المعتادة و الرئيسية، أو بجنسية البلد الذي يرتبط به، حسب الظروف، أكثر من غيره فعليا".(1)

والظاهر أن التزام الواقعية في تقدير حلول تنازع القوانين في الجنسية تشكل احد الإهتمامات الأساسية للقانون الدولي إنسياقا مع التيارات الفكرية المعاصرة، فقد أصبح القضاء يميل إلى تفضيل الجنسية الفعالة أو الواقعية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص و لو كانت غير الجنسية الوطنية و الأمثلة عن ذلك كثيرة.

فقد برأت محكمة استئناف باريس في 30-10-1964 امرأة تحمل الجنسيتين الفرنسية و الأورغوانية من تهمة تعدد الأزواج مع أن طلاقها من زوجها الأول الفرنسي لم يحصل طبقا للقانون الفرنسي المختص حسب قواعد التنازع الفرنسية، كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 10-03-1969 بالاعتراف بحكم قضائي سويسري و تنفيذه في فرنسا مع أنه طبق القانون السويسري على طلاق زوجين يحملان الجنسيتين السويسرية و الفرنسية.(2)

ومن القضايا التي كرست نظرية الجنسية الواقعية، نذكر قضية " كانيفارو " وتتلخص وقائع هذه القضية حول ميلاد المدعو "رفائيل كانيفارو" في بيرو (من دول أمريكا اللاتينية) و لأب ايطالي و قد صار بذلك حاملا للجنسيتين في آن واحد: فهو ايطالي تطبيقا للمادة 34 من القانون المدني الإيطالي و التي تأخذ بحق الدم من ناحية الأب، و هو أيضا بيروني الجنسية حيث تأخذ المادة 34 من دستور بيرو بحق الإقليم، و كان من نتيجة ذلك انه عندما طالبته حكومة بيرو بالضرائب المستحقة عليه باعتباره من مواطنيها استعان المدعو كانيفارو بالحكومة الإيطالية لحمايته و لإثبات صفته كمواطن ايطالي توصل للتهرب من هذه الالتزامات المالية، و عندما عرض لنزاع القائم بين الدولتين في هذا الخصوص على محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي قضت في 3 مايو 1912 باعتبار كانيفارو بيرونيا بالنظر إلى كونه من الناحية

1- اسعاد موحد، القانون الدولي الخاص: القواعد المادية، مرجع سابق، ص113.

2- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 197، 196.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبدل عن قانون الإرادة
الواقعية قد باشر في بيرو، في أكثر من مناسبة، حقوق المواطن البيروني، و من ذلك قيامه
بترشيح نفسه عضوا في مجلس الشيوخ.(3)

المطلب الثاني

خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون محل الإبرام

يشكل قانون محل إبرام العقد ضابط إسناد احتياطي قائم بذاته، و يقصد بمحل الإبرام
المكان الذي يتم فيه اتحاد كل من الإيجاب و القبول.

لقد كان قانون محل أو بلد إبرام العقد عند الفقه الإيطالي القديم هو القانون الذي يخضع
له العقد من حيث شكله و كذا من حيث موضوعه، و لقد برر اختصاص هذا القانون على
أساس أنه تعبيرا عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.(1)

والأخذ بقانون محل إبرام العقد له أساس تاريخي معروف، فقد أخذ به القضاء سابقا في
فرنسا و إنجلترا و بلجيكا و الولايات المتحدة الأمريكية و نص عليه المشرع السوفياتي و
المشرع المصري، و إن كان بعض الفقهاء يرون أن محل إبرام العقد لا يكفي وحده بل يجب
أن تضم إليه عوامل أخرى، كأن يكون محل إبرام العقد هو ذاته مركز أعمال أحد المتعاقدين
أو هما معا، أو أن يكون هو ذاته محل تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في العقد.

ورأى بعض الفقهاء، أن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراد المتعاقدان
وفقا لنظرية سلطان الإرادة و يكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد. ووفقا
لهذا الرأي، فإن تطبيق قانون المحل أساسه الاختيار الضمني للمتعاقدين.(2)

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 3/18 بعد تعديلها على محل الإبرام و جعله في
مرتبة رابعة، و هذا بعدما كان يحتل المرتبة الثانية قبل التعديل بمعنى كان يشكل ضابط إسناد

3- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص202.

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ص310.

2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص225.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن الإرادة
وحيث يلجأ إليه القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الأمر الذي جعل بعض الفقه يعتبر ذكر هذا الضابط (محل الإبرام) على سبيل الحصر.

على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد عند التعاقد من السلامة القانونية للشروط التي يزعمون إدراجها في العقد، أضف إلى ذلك إن مثل هذا الإسناد يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية.⁽¹⁾

ويثير محل إبرام العقد اشكالات تتمثل في أنه قد يكون محل الإبرام عرضياً (الفرع الأول) و إن كان الأصل أن يتم توافق الإرادتين في مجلس العقد ، فقد يتم التعاقد أحيانا بين أشخاص متواجدين في أماكن مختلفة و هو ما يعرف بالتعاقد بين غائبين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

محل الإبرام العرضي

يرى بعض الفقهاء أن الأخذ بقاعدة محل الإبرام شيء منطقي لأن العقد ينشأ في مكان إبرامه، و لكن هذا الرأي منتقد على اعتبار أن مكان الإبرام قد يكون عارضا و لا يعبر عن انصراف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين لاختيار قانونه، و عمليا فإن أغلب العقود الدولية تبرم صدفة في المراكز التجارية الكبرى و المعارض الدولية، فهذه الأماكن لا تشكل إلا مكان التقاء عارض، و ليس لها أية علاقة فعالة بالعقد من الناحية الاقتصادية.⁽²⁾

كما حاول البعض الآخر تحديد قانون محل إبرام العقد، على اعتبار أن قانون محل الإبرام يحدد في المكان الذي يوقع فيه العقد، في حين اعتبر البعض الآخر أن العقد ما دام يمر عادة بمرحلة المفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، فمكان إجراء المفاوضات هو المكان الذي يبرم فيه العقد، و عادة ما يتحد مكان التوقيع مع مكان إجراء المفاوضات.⁽³⁾

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص554،553.
2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق ، ص226.
3- شريف هنية، مرجع سابق، ص143.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة

يتم العقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، و هاتان الإرادتان تتمثلان في إيجاب يصدر من شخص معين يعرض فيه على آخر الدخول في علاقة عقدية، و بقبول يرضى به الطرف الآخر بالعرض الذي وجه إليه فيتم بذلك العقد.

ولكن أحيانا تسبق الإيجاب مرحلة تمهيدية من شأنها أن تجعل المتعاقد ينظر إلى ظروف الصفقة و يفكر قبل أن يصدر منه إيجاب يكون صالحا لأن يقترن به قبول فينعقد العقد و هذه هي مرحلة المفاوضات.(1)

لقد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية التفاوض بانه : "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده".

كما عرف جانب من الفقه المفاوضة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في مفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه و عناصره الأساسية.

وأخيرا يمكن القول بأن المفاوضة عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعتها أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد مستقل.(2)

فالأصل أن الأشخاص أحرار في هذه المرحلة، و لهم أن يستمروا في إجراءاتها أو قطعها دون أن تترتب مسؤولية من جراء ذلك ، فالمفاوضات تساعد الأطراف على الموازنة بين فرص الربح و الخسارة قبل الدخول في علاقات تعاقدية.(3)

قد يكون صحيحا القول بأن مكان التوقيع دوما يتناسب مع مكان إجراء المفاوضات و ذلك في الحالة التي لا يكون فيها محل أو مكان التوقيع بحد ذاته مصطنعا، و إذا كان التوقيع يمثل آخر مرحلة من مراحل المفاوضات بين الأطراف، تلك المرحلة التي تكرر الاتفاق كتابة، فيجب التسليم في المكان الذي تم فيه تحقيق الاتفاق على شروط العقد أو على أهمها يبدو أكثر دلالة من مكان التوقيع و الواقع أن المفاوضات المسبقة الشاقة غالبا في العقود الهامة المبرمة من قبل الجزائر تتمتع حتما بأهمية تفوق أهمية التوقيع الذي يتسم في عدد من الحالات

1- خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص26،25.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص97.

3- خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص26.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

بصفة احتفالية، و إذا كان الهدف ينحصر في التحديد الأفضل لمكان الإبرام فإن مكان التوقيع لا يشكل دوما العنصر الحاسم في ذلك.

ضف إلى ذلك أنه ليس من الصحيح دوما بأن التوقيع يتم في بلد هذا المتعاقد أو ذاك، وإذا كان هذا القول صحيحا بالنسبة للعقود الضخمة المتعلقة بالتجهيزات والإنشاءات الصناعية، فإنه يبقى عدد لا يحصى من العقود الأخرى و خاصة عقود التوريدات التي تنصب على أنواع شتى من السلع الصناعية أو الاستهلاكية، إن هذه السلع ترد في أغلب الأحيان من بلدان بعيدة، كالصوف الأسترالي و السكر الكوبي و لا يجتمع الأطراف بنشأتها إلا حيث تسنح الظروف بذلك.⁽¹⁾

ويلاحظ أن مكان إبرام العقد قد يتحدد بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المطلوبة بين الرابطة العقدية و القانون الذي يحكمها، فالعقود تبرم عادة في مواقع تجارية لا تعدوا أن تكون أماكن للقاء المتعاقدين ولا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية.

وقد يسعى الأطراف الذين يقيم كل منهم في دولة مختلفة لإبرام العقد في مكان محايد تمليه اعتبارات الصدفة أو ظروف الرحلة، و قد يكون لقائهم في مكان معين لغرض آخر لا شأن له بالتعاقد، حيث تأتيهم فكرة إبرام العقد و يبدووا واضحا أن محل الإبرام يقوم في كافة الحالات السابقة على محض الصدفة التي لا يجوز أن يكون أساسا للإسناد.⁽²⁾

من خلال ما سبق يمكن القول أنه لقيام محل الإبرام العرضي يجب توافر شرطين:

- محل الإبرام معين صدفة، فقد يقوم المتعاقدان في العقد الدولي بتعيين محل إبرام صدفة و بصفة طارئة، و تتحقق هذه الصدفة بأن لا يشكل هذا القانون في الواقع الصلة الأساسية بالعقد.

- وجود قانون آخر أكثر ملائمة لحكم العلاقة العقدية، و يعتبر هذا الشرط نتيجة منطقية لمحل الإبرام المعين بالصدفة، ذلك لأنه يفترض أن يكون هناك قانون آخر غير قانون محل

1-أسعاد موحند، القانون الدولي الخاص ، قواعد التنازل، مرجع سابق، ص363.
2-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص554.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
الإبرام العرضي يتمتع بصلة وثيقة بالرابطة العقدية أو بالمتعاقدين أنفسهما والذي يكون بغش
من قبل الأطراف.(3)

الفرع الثاني

التعاقد بين غائبين

إلى جانب محل الإبرام العرضي توجد مسألة أخرى هامة و هي مسألة التعاقد بين
غائبين، فلكي ينعقد العقد يجب أن يتطابق الإيجاب و القبول، أي أن يعلم كل من العاقدين
بالإيجاب و القبول، فينعقد بين الحاضرين متى كان يجمعهما مجلس واحد.(1)

ويقصد باتحاد مجلس العقد أن يكون المتعاقدين حاضرين، بمعنى أن يجمع العاقدين
مجلس واحد (مكان واحد) فيكونان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية
تفصل بين صدور القبول و علم الموجب به، فإذا جمع المتعاقدين مجلس واحد فالأصل أن من
يوجه إليه إيجاب لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب عليه أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور
الإيجاب، و إلا كان للموجب أن يتحلل من إيجابه و يعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فسقط،
لكن إذا كان الموجب قد بقي على إيجابه، و صدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد فإن العقد
يتم.(2)

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا
صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من
إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق
الهاتف أو بأي طريق مماثل، غير أن العقد يتم و لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد
ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان
القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".(3)

3- شريف هنية، مرجع سابق ، 144، 145.

1- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، ص 65.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد و الإرادة
المنفردة)، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، ص 78.

3- أمر رقم 75-59 يتضمن القانون المدني معدل و متمم .

لا ريب أن الإتصالات قد شهدت تطورا لم يكن مألوفاً من قبل، و تزايدت وسائل الاتصال المعاصر، و أصبحت تتم بها معاملات الأفراد في العقود و الصفقات كافة، و باتت هذه الوسائل الحديثة هي البديل للتعاقد بالمراسلة بواسطة الرسائل و البرقيات.

وقد حققت هذه الوسائل الحديثة توفيراً للجهد و النفقات على الرغم من المسافات البعيدة التي قد تفصل بين المتعاقدين، وأشاعت الثقة و الاطمئنان بين الأفراد في معاملاتهم.⁽¹⁾

ويرجع هذا النوع من التعاقد إلى أن تبادل الإيرادات لم يعد يتم بين المتعاقدين بالطريقة القديمة التي يتطابق فيها الإيجاب مع القبول في مجلس العقد، و يتم على أساسها إبرام العقد في مكان واحد، بل أصبحت العقود عامة و العقود الدولية خاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة منها المراسلة كالبريد، و قد يتم باستعمال الفاكس أو التلكس، و حتى الاتصالات الهاتفية،⁽²⁾ و يلحق نفس الحكم بالنسبة للوسائل الأخرى المستحدثة ، كالإنترنت، ذلك أنها تتشابه مع طريقة التعاقد بالهاتف من حيث كونها تعبر عن إرادة المتعاقدين على الرغم من اختلاف الأماكن التي يتواجدون فيها،⁽³⁾

ويعتبر العقد الذي يتم عن طريق المخاطبة التليفونية بمثابة العقد الذي يتم بين أشخاص حاضرين من حيث زمان الإنعقاد، و هو الوقت الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول، أما بالنسبة للمكان الذي يعتبر أن العقد قد تم فيه في حالة التعاقد بالتليفون فإنه يعتبر بمثابة التعاقد بين غائبين، و ذلك لأن المتعاقدين يوجدان في جهتين مختلفتين.⁽⁴⁾

ونظراً لما تمتاز به التجارة الإلكترونية من إبرام للعقود عن بعد دونما التقاء مادي للمتعاقدين في مجلس العقد، و عدم ارتكازها على أية مستندات ورقية، فقد ثارت تساؤلات حول صحة هذا العقد من جهة و مدى الاعتراف به و ما يترتب عليه من آثار قانونية من جهة أخرى، و قد اكتنفت التجارة الإلكترونية تساؤلات عديدة لما قدمته من وسائل غير مألوفة في التفاوض على العقود و إبرامها عبر فضاء الكتروني و لا يعترف بالمرتكزات التقليدية في

1- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2003، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، ص 81.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص 148.

3- أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 82.

4- توفيق فرج، مرجع سابق، ص 83.

إبرام العقود، والأمر الذي دفع أغلب المشرعين لبحث هذا النسق الجديد وحفظه لحقوق المتعاقدين الدوليين.(5)

لذلك عملت بعض التشريعات التي اعتمدت العقود الالكترونية و صحتها و قوانينها، مثل الأردن، تونس، دبي، إنجلترا، حيث ساوت هذه التشريعات الكتابة و التوقيع العرفيين بالكتابة و التوقيع الإلكترونيين، ليتحقق بذلك الاعتراف القانوني بالعقود الإلكترونية مع اختلاف التشريعات في تحديد زمان و مكان إبرام العقد.(1)

وتأخذ التجارة الإلكترونية نفس الحكم إذا تمتعت بالصفة الدولية سواء تم ذلك وفقا للمعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي أو كلاهما معا، فالعقود المتعلقة بمصالح التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها متمتعا بالجنسية الجزائرية أو مقيما بالجزائر سواء كان بيعا أو توكيلا تجاريا، تدفع بعض الحالات إلى اختصاص القاضي الجزائري الذي يتولى تطبيق المادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تكييف العلاقة العقدية.

فيطبق القانون الذي اختاره المتعاقدان، و هذه مسألة مسموحة و بالطبع لا مجال للحديث عن الموطن المشترك في هذه الحالة، و الصعوبة تكمن في تطبيق ضابط محل إبرام العقد، مادام المتعاقدان لا يجتمعان في مجلس واحد فالقاضي في هذه الحالة يرجع على قانون الدولة التي يطبق فيها العرض المقدم من الموجب (الإيجاب) مع القبول، و يطلق القواعد الموجودة في قانون تلك الدولة على العقد الدولي الإلكتروني.(2)

وتتمثل الأهمية التي تترتب على تحديد زمان و مكان انعقاد العقد في أن تعيين وقت انعقاد أمر هام في تحديد متى تترتب آثار العقد، كانتقال ملكية الشيء المبيع المعين بالذات إلى المشتري و من ثماره، كذلك فإن تحديد زمان و مكان انعقاد العقد يفيد في معرفة مدى توافر الأهلية اللازمة لدى المتعاقدين، كما يبين لنا هل القبول صدر و الإيجاب مازال قائما أم أنه صدر بعد سقوطه، كما تظهر أهميته في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص و التي تقضي بأنه يطبق على العقد القانون الذي اختاره الأطراف و عادة ما يكون قانون بلد العقد.(3)

5- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مرجع سابق، ص158 .

1- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مرجع سابق، ص159.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص159.

3- أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص79، هامش 01.

ولقد قيلت بشأن تحديد زمان و مكان انعقاد العقد بالنسبة للتعاقدين بين غائبين و ما ينطوي عليه من حالات مختلفة، و انقسم الفقه و اختلفت آراء و ستعرض هذه النظريات فيما يلي:

أولا - نظرية إعلان القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أنها تتفق مع القواعد العامة، فالعقد توافق إرادتين، و يتم التوافق بمجرد إعلان الطرف الآخر لقبوله لإيجاب الموجب إليه، ويؤيدون وجهة نظرهم هذه بأن الحياة التجارية تستدعي سرعة المعاملات، و هذه النظرية تحقق ذلك،

ولكن يؤخذ على هذه النظرية خروجها عن القواعد العامة، فأولا ليس بلازم توافق الإرادتين بإعلان القبول لأنه إرادة و لا يكفي لإنتاج أثره مجرد صدوره، بل يجب أن يعلم به من وجه إليه و هو الموجب، و ثانيا أن إعلان القبول أمر يتعلق بالقابل وحده و يستطيع إنكار صدوره، أو يعدل عنه طالما أن الموجب ليس في وسعه العلم به و لا دليل عنده على صدوره. و لذا فإن الموجب يكون تحت رحمة القابل، فله التمسك بقبوله إذا أراد إثبات صدوره، و له الإنكار إن أراد ذلك.⁽¹⁾

ثانيا - نظرية تصدير القبول :

ينعقد العقد طبقا لهذه النظرية في الوقت الذي يصدر منه القابل رسالته المتضمنة "قبوله" و ما يعاب على هذه النظرية، إن القابل يمكن أن يتراجع و يعدل عن قبوله مادامت الرسالة المصدرة لم تصل إلى علم الموجب، و كذلك للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم يحدد له أجلا، مع أن العبرة في انعقاد العقد هو علم الموجب بالقبول.

ثالثا - نظرية تسليم القبول:

طبقا لهذه النظرية ينعقد العقد في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب ولولم يعلم به كما لو وضعت رسالة القابل في الصندوق البريدي للموجب في هذه اللحظة يكون العقد قد تم،⁽²⁾ وفقا لهذه النظرية فإن قانون محل الإبرام المطبق على العقد الدولي في حالة سكوت

1- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول : مصادر الالتزام – التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ص119.
2- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص67.

المتعاقدين عن التغيير يتم تحديده في الدولة التي يكون الموجب فيما ذلك لأن تسليم الطرف المقدم هو شخص معنوي.(1)

يعاب على هذه النظرية ان الموجب قد تصله رسالة القابل دون ان يعلم بقبوله ، في حين ان إنعقاد العقد يقتضي علم الموجب بالقبول .

رابعا - نظرية العلم بالقبول:

مضمون نظرية العلم بالقبول هو ان الإرادة لا يمكن ان تنتج اثرها الأ من الوقت الذي يعلم فيه بها من وجهة اليه ، أي من وقت علم الموجب بالقبول .

وإذا كان العلم الحقيقي قد يصعب اثباته ، فان وصول التعبير قرينة على العلم به ، غير أنها قرينة تقبل اثبات العكس ، والنقد الوحيد الذي يمكن أن يوجه الى هذه النظرية هو ان علم الموجب أمر باطني شخصي يصعب على القابل إثباته في حين يستطيع انكار العلم بالقبول بالرغم من استلامه ، لذا أوجبوا على الموجب في هذه الحالة ، اثبات عدم علمه بالقبول.(2)

أما عن موقف المشرع الجزائري من المسألة فانه اتجه الى الأخذ بمكان العلم بالقبول وهو ما يستفاد من نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقتضي تعيين ذلك ، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل فيهما القبول.(3)

وفيما يتعلق بمحل الإبرام كضابط إسناد إحتياطي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، و إن كان هدف المشرع الجزائري التوصل على تطبيق قانونه الوطني على العقد المبرم في الجزائر، فإن مكان التنفيذ يبدو حتما اكثر دلالة من مكان الإبرام.

والواقع أن مكان التنفيذ يمثل المكان الذي تتجسد فيه الآثار التي ارادها الاطراف من وراء إبرام العقد و فضلا عن ذلك فإن مكان التنفيذ يتمتع بميزة لا يمكن تجاهلها و هي ان تحديده اسهل بكثير من مكان الإبرام،(1) و إن كان يمكن إنتقاد مكان التنفيذ في انه يصعب

1-شريف هنية، مرجع سابق، ص150.

2- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص 120 .

3-أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

1- إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص : قواعد التنازع ، مرجع سابق ، ص 264 .

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
تطبيقه في الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد في أكثر من مكان ، فإنه يمكن القول في هذا الفرض
ان نأخذ بمكان التنفيذ الرئيسي.(2)

والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يوفق حينما نقل حكم المادة 126 من مبادئ التشريع
المدني السوفياتي ، إذ إكتفى بنقل الفقرة الاولى منها و ترك الفقرة الثانية التي تنص على أن
القانون السوفياتي هو المختص بتحديد مكان إبرام العقد ، و هذا حكم هام ، حسم المشرع
السوفياتي من خلال قاعدة الإسناد خلافا حادا في تنازع القوانين بالنسبة للعقود التي تتم
بالمراسلة ، فطبقا لهذه الفقرة ، يتحدد مكان إبرام العقد حسب هذا المذهب الذي أخذ به القانون
السوفياتي ، بمكان إعلان القبول أو مكان تسليمه أو مكان العلم به.(3)

المبحث الثاني

دور القاضي أو المحكم في المبحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

2- عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق ، ص 330 .
3- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، مرجع سابق ، ص 227 .

إن إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية يشكل المبدأ الأساسي الذي تعترف به مختلف التشريعات، إلا أن ذلك لا يعني أن إرادة الأطراف هي كل شيء، بل هناك جهات أخرى يمكن أن تتدخل في مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق.

تناط بالقاضي المطروح عليه النزاع مهمة البحث عن هذا القانون و يتمثل ذلك في أن القاضي يطبق على العقد القانون الذي اختاره الأطراف أولاً و قبل قيامه بذلك يتولى مهمة التوصل إلى وجود صلة حقيقية بين القانون الذي اختاره الأطراف و بين العقد موضوع النزاع ، فإذا ما توصل إلى وجود هذه الصلة بأن كان للقانون المختار صلة بالعقد أو بالمتعاقدين أنفسهم وفقاً لما قرره المشرع فإنه يقوم بتطبيقه.

هذا في الحالة التي يكون فيها الاختيار صريحاً، منصوصاً عليه في العقد، أما إذا سكت المتعاقدون عن الاختيار (لم يصرحوا بذلك)، يقوم القاضي بالبحث عن إرادتهم الضمنية إن وجدت، و ذلك بالاعتماد على قرائن توصله إلى ذلك، و يعتبر الأمر خاضعاً لسلطته التقديرية.

ولا يتوقف دور القاضي عند هذا الحد، فلا يمكنه الإمتناع عن البحث بحجة أنه لم يتوصل إلى القانون المختار لا صراحة و لا ضمناً، بل يقوم بإعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية و التي تساعد على تركيز أو توطين العقد في مكان معين، فيعتمد على إسناد العقد إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين و أخيراً إلى قانون محل إبرام العقد.

وبالإضافة إلى الدور الذي يلعبه القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يمكن الحديث أيضاً عن تدخل المحكم و ذلك في الحالة التي يتم فيها عرض النزاع على التحكيم ، بحيث يقوم المحكم أيضاً بمهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و ذلك في حالة عدم إختياره من طرف المتعاقدين.

سنقوم في هذا المبحث بإبراز كل من دور القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في(المطلب الأول) ثم نتطرق إلى دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في(المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

التعاقدية

يتولى القاضي مهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و ينحصر ذلك إما في تطبيق قانون الإرادة و إما بإعمال ضوابط الإسناد الأخرى الإحتياطية و يتم ذلك بالرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية.

فإذا كانت قاعدة الإسناد بصفة عامة تبين القانون الواجب التطبيق بشأن مسألة ذات عنصر أجنبي، و من خلال ضابط إسناد يمكن التعرف على هذا القانون، فإنه قبل تطبيق القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق ، هناك بعض المسائل الأولية التي يجب على القاضي الفصل فيها أولاً و قبل الفصل في المسائل الأصلية.(1)

لقد ظهرت في الفقه و القضاء المقارن، لاسيما في ألمانيا و النمسا و سويسرا نظرية تدعى نظرية المسائل الأولية، و هي ترمي في عمق فكرها إلى تضييق نطاق التطبيق المكاني لقاعدة التنازع في قانون القاضي، فأنصارها يفرقون بين نوعين من المسائل: المسائل الأصلية، و يخضع فض تنازع القوانين بخصوصها للقاعدة الوطنية، المسائل الأولية، و يخضع فض التنازع بشأنها لقاعدة أو لقواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، و تحديد ما يعد مسألة أولية، ووزن مدى ارتباطها بالمسألة الأصلية و لزوم الفصل فيها للبت في تلك الأخيرة، أمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر الدعوى و بخصوص توضيح ما يعتبر مسألة أصلية و ما يعتبر مسألة أولية نسوق المثال الآتي:

إذا رفعت دعوى ثبوت النسب الشرعي لشخص (مسألة أصلية)، فإنه يلزم أولاً بحث مدى صحة رابطة الزوجية بين الوالدين (مسألة أولية) المدعى الإنتساب إلى أحدهما أو كلاهما.(1)

تعتبر التكييف أول ما يعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي، و التكييف على هذا النحو هو تحليل الوقائع و التصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وضعها الصحيح و وضعها في المكان الملائم لها.(2)

1- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص107.
1- أحمد عبد الكريم سلامة، "المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع و الأربعون، 1991، ص02،01.

إن عملية التكييف أو كما يسميها البعض بالتصنيف، عملية قانونية تهدف إلى تحديد طبيعة المسألة التي تطرحها المنازعة - و هي عبارة عن لباس قانوني- لتحديد قاعدة التنازع التي تحكمها وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق - المختص- و تكون لقضاة الموضوع في عملية التكييف السلطة المطلقة في تقدير الوقائع و هذه تخرج عن رقابة المحكمة العليا، أما إضفاء الوصف السليم على الوقائع فلا بد و أن يخضع للرقابة باعتبار ذلك عملية قانونية، فمثلاً تقدير وجود الخطأ من المتسبب في الضرر يتم وفقاً لتقدير القاضي بناء على وقائع، و لا تخضع للرقابة، أما تحديد نوع المسؤولية هل هي تقصيرية، تخضع لقانون محل وقوع الفعل أم عقدية تخضع لقانون الإرادة، عملية تخضع للرقابة.(3)

وبما أننا بصدد الكلام عن موضوع الالتزامات التعاقدية (العقود الدولية)، فإنه يجب على القاضي تكييف العقد و تحديد ما إذا كان عقداً دولياً يتطرق إليه العنصر الأجنبي أم العكس، و لا يكتفي القاضي بما يضيفه عليه الأطراف من وصف، فإذا ما اتضح للقاضي أن العقد يتصف بالصفة الدولية، فإنه يخضعه بذلك لما تشير به قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية.

يختلف الفقه بشأن تحديد القانون الذي يخضع له التكييف، و من بين النظريات التي قيلت في ذلك، نظرية بارتن، هذا الأخير الذي برر نظريته في التكييف على أساس فكرة السيادة، ذلك أن تنازع القوانين عند بارتن لا يعدوا أن يكون تنازعا بين السيادة فالمرجع الوطني، إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض الفروض، فهو يتنازل بذلك عن قدر من سيادته و لهذا يتعين الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل و حدوده، كما يفرق بارتن بين التكييف الأولي أو السابق و التكييف الثانوي أو اللاحق، فالتكييف الأول عند بارتن هو التكييف اللازم لإعماله قاعدة الإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق، أو بمعنى آخر هو وصف المركز القانوني محل النزاع و إدراجه في إحدى الفكر المسندة، تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة، و هذا التكييف وحده هو الذي يخضع لقانون القاضي وفقاً لما انتهى إليه بارتن فإذا أتم القاضي إجراء التكييف الأولي اللازم لإعمال قاعدة الإسناد و تبين له ثبوت

2- سداوي محمد: التكييف في القانون الدولي الخاص و أثره في تطبيق القانون الأجنبي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة عمار تليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007، ص03.

3- قاشي علال، أساس تطبيق القانون الأخير و مركزه أمام القاضي الوطني، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، جامعة عمار تليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007، ص16.

الاختصاص لقانون أجنبي، وجب الرجوع إلى هذا القانون في شأن كافة التكييفات اللاحقة التي قد تعرض بمناسبة تطبيقه.

ويميل الفقه الحديث في مجموعه إلى تأييد نظرية بارتن في التكييف و لكن على أساس مختلف، ذلك أن تصور بارتن لتنازع القوانين على أنه تنازع بين السيادة هو تصور خاطئ لم يعد مقبولا لدى الفقه الحديث، فتطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصا من السيادة الوطنية، بل أن المشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق قانون أجنبي في بعض الفروض، فإنما يفعل ذلك إيمانا منه بأن هذا القانون هو خير القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الدولية الخاصة محل النزاع، كما أن التكييف لا يعدو في حقيقته أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية و بهذا يبدوا طبيعياً أن يخضع بالضرورة لقانون القاضي (1).

وهناك جانب آخر من الفقه (2) يرى ضرورة إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع بجمع الفقه أن بعض العلاقات تكون فيها الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يريدونه حكماً فيها، إضافة إلى أنه حتى في العلاقات الأخرى و في الحالة التي توصل فيها قواعد الإسناد إلى أعمال قانون أجنبي و يكون ذلك القانون هو المختص في حكم العلاقة، فإنه يتعين الرجوع إلى أعمال القانون الأجنبي حتى يتفهم القاضي حقيقة العلاقة التي سيحكم فيها وفقاً للقانون الأجنبي، فلكل قانون تكييفاته و حينما تقضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية معينة و جب أن يكون تحديد طبيعة هذه العلاقة هو ذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي لأنه هو الذي سيحكمها (1).

بينما يرى الأستاذ رابل "Rabel" أن التكييف يجب أن يتم وفقاً للقانون المقارن، إذ يتعين في رأيه استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص (2).

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه يتضح من خلال نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري و الذي ادخل تعديلات هامة خصوصاً في مواد القانون الدولي الخاص، فقد أخذ المشرع بنظرية بارتن و أخضع بذلك التكييف لقانون القاضي (3).

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 62.

2- سعداوي محمد، مرجع سابق، ص 09.

1- سعداوي محمد، مرجع سابق، ص 09.

2- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 80.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات تعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق واقعة مادية و تعامله على هذا الأساس، و يجد هذا الاتجاه تبريره في الفارق الموجود بين كل من القانون الوطني و القانون الأجنبي من حيث افتراض العلم بهما، فافتراض علم القاضي بمضمون القانون الأجنبي تكتنفه صعوبات عملية خاصة إذا كان هذا القانون غير مكتوب،(4) وينتج عن اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية، أن يقع عبء إثباته على عاتق الأطراف مستخدمين في ذلك كل الوسائل التي يمكن أن تكشف عن مضمونه، باستثناء اليمين و الإقرار التي جرى الأمر-حسب الفقه و القضاء الفرنسي-على استبعادهما من مجال هذا الإثبات الذي تعدد طرقه سواء عن طريق تقديم شهادة عرفية، و هي سند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة بالقوانين الأجنبية أو الاتصال بالسلطات العمومية لتلك الدولة أو اللجوء إلى بعض الوثائق المتخصصة بهذا القانون.(5)

لكن الاتجاه الحديث يرى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته و له معاملة إجرائية خاصة، و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في حكم صدر بتاريخ 11 أكتوبر 1988 مضمونه أن المحكمة تلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الآخر المختص دون إعتداد بتمسك الخصوم به، و كذلك الأمر بالنسبة لحكم صدر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 06 فيفري 1984، اعتبرت فيه علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي كافيا لتطبيقه التلقائي.(1)

فإذا تم تكييف العقد بأنه دولي، و كذلك تم تطبيقه على أساس أنه قانون قائم بذاته فإنه توجد مسائل أخرى يجب تسليط الضوء عليها و هي البحث في مدى سلطة القاضي في الأخذ بنظرية الإحالة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في(الفرع الأول)، ثم مسألة القانون الواجب التطبيق عند الاسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات في(الفرع الثاني).

الفرع الأول

3- تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"

4- قاشي علال، مرجع سابق، ص 06.

5- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 115.

1- قاشي علال، مرجع سابق، ص 07.

مدى سلطة القاضي في تطبيق نظرية الإحالة⁽²⁾

يعرف علم تنازع القوانين ما يسمى بنظرية الإحالة، مضمونها ينحصر في التساؤل الآتي إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي معين بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي محل النزاع فما هي القواعد الواجبة التطبيق فيه على تلك العلاقة؟ وهذا السؤال لا بد مطروح حيث أن قانون كل دولة يحتوي على نوعين من القواعد: القواعد الموضوعية و الإجرائية الخاصة بالعلاقات الوطنية البحتة و قواعد التنازع التي تنظم اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي (ذات الطابع الدولي)، و هنا هل يطبق القاضي الوطني القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الذي أشارت به قاعدة التنازع لديه، أم قواعد التنازع في ذلك القانون؟ إذا طبق تلك الأخيرة، و التي قد تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى، نقول أن القاضي قد أخذ أو قبل الإحالة⁽³⁾.

وغني عن البيان أن مشكلة الإحالة لا تثير أدنى صعوبة فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي و الدولة الأجنبية، كما لو عرض على القاضي المصري نزاع يتعلق بأهلية أحد الفرنسيين، إذ لا خلاف في شأن وجوب تطبيق القانون الفرنسي في هذه الحالة بوصفه القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد في كل من مصر و فرنسا.

وإنما تثور الصعوبة فيما و اختلفت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي، كما هو الحال فيما لو عرض على القضاء الفرنسي مثلا نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا، فبينما تقضي قاعدة الإسناد الفرنسية بتطبيق القانون الانجليزي(قانون الجنسية)، نجد أن قواعد التنازع في هذا الأخير تشير على العكس بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن.

2- نظرية الإحالة هي النظرية التي تقضي بوجوب الرجوع أولا إلى قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق و الإذعان لما تشير به هذه القواعد، و هي من أعقد النظريات في القانون الدولي الخاص لدرجة أن البعض شبهها بحيوان الكاتوبيليا و هو حيوان أسطوري يأكل أطرافه، و شبهها البعض الآخر بغرفة المرايا المتقابلة. راجع: بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص68، هامش03.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين، مرجع سابق، ص05.

ومن هنا تثار مشكلة الإحالة، فهل ينصاع القاضي الفرنسي لقاعدة الإسناد الانجليزية التي تحيل إلى أحكام القانون الفرنسي، أم يطبق القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي دون أن يعبأ بما تشير به قواعد الإسناد في هذا القانون؟⁽¹⁾

ومن الجدير بالذكر أن مشكلة الإحالة لا تختلط بمشكلة المسائل الأولية، و تتجلى الفوارق بين المسألتين من نواحي عدة أهمها:

- فمن ناحية أولى، أنه في الإحالة تثار مسألة تطبيق قواعد التنازع في القانون الواجب التطبيق بناء على إشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، أما في المسائل الأولية فإن تلك القواعد الأخيرة أشارت إلى القانون الموضوعي الواجب التطبيق و ليس إلى قواعد التنازع فيه.

- و من ناحية ثانية، في الإحالة تثار مشكلة تطبيق قواعد التنازع، لاسيما الأجنبية، بخصوص رابطة قانونية خاضعة فعلا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه تلك القواعد، أما في المسائل الأولية فإن تحديد قواعد التنازع الواجبة التطبيق عليه.⁽²⁾

يثور في وقت لم تعرف فيها بعد لأي قانون تخضع تلك المسائل، فاختصاص قواعد التنازع في القانون الواجب التطبيق على المسألة الأصلية ليست نتيجة ضرورية لقبول الإحالة.

- ومن ناحية ثالثة، فإنه في شأن الإحالة يكون هناك نوعان من تنازع النظم أي تعدد نظم قواعد التنازع في قانون القاضي و القوانين الأجنبية ذات الصلة بالعلاقة محل النزاع، أما في المسائل الأولية فإن القصد هو تحاشي ذلك النزاع، و ذلك بجعل القاضي يفصل في المسألة الأولية، كما لو كان قاضي الدولة الأجنبية التي يختص قانونها بحكم المسألة الأصلية.⁽¹⁾

ولقد أثيرت مشكلة الإحالة لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تعرف باسم قضية ميراث "فورجو"، و تتلخص وقائعها في أن المدعو "فورجو" انتقل إلى فرنسا و استقر بها دون أن يكتسب مع ذلك موطناً قانونياً وفقاً لأحكام القانون الفرنسي، و ظل موطنه القانوني بذلك في بلده الأصلي باقاريا و موطنه الفعلي في فرنسا، و لما توفي عن ثروة

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص98،97.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في التنازع الدولي، مرجع سابق، ص05،06.

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، المسائل الأولية في التنازع الدولي بين القوانين، مرجع سابق، ص06.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
منقولة تركها في فرنسا، أثير نزاع أمام القضاء الفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على تركته.

ورغم أن قاعدة التنازع الفرنسية المختصة تقضي في هذه الحالة بتطبيق القانون الباقاري بوصفه قانون موطن المتوفى فإن إرادة الضومين العام في فرنسا قد طالبت مع ذلك بتطبيق القانون الفرنسي على أساس أن قواعد التنازع في القانون الباقاري-وهو القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية- يقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفى، ولما كان الموطن الفعلي لفورجو في فرنسا، فيكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على الدعوى، ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية، أقرت في حكمها الصادر بتاريخ 24 يونيو 1878 وجهة نظر إدارة الضومين العام الفرنسية و قبلت بذلك إحالة قاعدة الإسناد الباقارية إلى أحكام القضاء الفرنسي في شأن الميراث وبالتالي تم الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي.(2)

و تعرف الإحالة بأنها الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا. وللإحالة نوعان هما:

- إحالة من الدرجة الأولى، ومضمونها أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون الدولة الأجنبية ذاتها، وحينئذ يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع.

- والنوع الثاني وهو الإحالة من الدرجة الثانية، وفيها تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون آخر غير قانونها، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني قبول الإحالة وتطبيق أحكام هذا القانون، ويستوي في هذا الصدد كون هذا القانون هو قانون دولة القاضي نفسه أو قانون دولة أجنبية.(1)

لقد انقسم الفقه إلى مؤيد ومعارض لنظرية الإحالة وسنعرض لحجج كل من أنصار الأخذ بالإحالة (أولا) ثم حجج أنصار رفض الإحالة(ثانيا).

أولا - حجج أنصار الأخذ بالإحالة:

2- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص99،98.
1- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص293.

أدلى أنصار الأخذ بالإحالة في فرنسا بعدة حجج تأييدا لموقف القضاء هناك نوجزها فيما

يلي:

- يقول أنصار الإحالة إن كل دولة حرة في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال وفي الفروض التي تراها مناسبة، ولكنها إذا قضت بتطبيقه فعليها أن تطبقه ككل لا يتجزأ، وهو الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية والإذعان لما تشير به إذ من غير المقبول أن نطبق قانون دولة في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه وفقا لما تقضي به قواعده الخاصة بالتنازع.(2)

ويستند أنصار الإحالة كذلك على حجة ذات طابع عملي، مؤداها أن رفض الإحالة سوف يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية، ذلك أن الدولة الأجنبية إذا طبقت المحكمة قانونها، خلافا لما تقضي به قواعد الإسناد فيها، سوف تنفذ الحكم الصادر في الدعوى، لصدوره وفقا لقانون غير مختص في نظرها.

ومما يبرر الأخذ بالإحالة أيضا - حسب الاتجاه الحديث - الذي حاول أن يلتمس أساسا علميا سليما ما ذهب إليه الأستاذ "لربور بيجونير" في أن قاعد الإسناد، إذ تقضي باختصاص قانون أجنبي معين لحكم النزاع، فهي تقوم في حقيقة الأمر بعرض الاختصاص على هذا القانون، فإذا قبل القانون الأجنبي الاختصاص بحكم النزاع بمقتضى قواعد الإسناد التي يتضمنها، طبق القاضي الأحكام الموضوعية في هذا القانون على واقعة الدعوى المطروحة أمامه.(1)

والحجة الرئيسية لقبول فكرة الإحالة هي أن التنسيق بين قواعد التنازع في الدول المختلفة يحتم قبول الإحالة، فعلى الرغم من الطابع الوطني لقواعد التنازع فإن هذه القواعد لم توضع لمعالجة علاقات داخلية وإنما لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية وهذا التنظيم لا يمكن أن تنفرد به كل دولة على حدة، ومن شأن هذه السيادة بطريقة مطلقة إصابة حركة انتقال الأفراد عبر الحدود بالشلل، لذا فإنه لا يتعارض مع سيادة الدولة التي تتسامح في تطبيق القواعد الصادرة من الدول الأخرى.(2)

2 - هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 100، 99.

1 - هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 100، 101.

2- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 294.

ثانيا - حجج أنصار رفض الإحالة:

وفي المقابل ظهر جانب آخر من الفقه يرفض الأخذ بنظرية الإحالة وتبريره في ذلك ما يلي:

- فقاعدة الإسناد الوطنية إذا فصلت في مشكلة التنازع وحددت بذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع فلم يعد من المستساغ بعد هذا أن يرجع إلى قواعد التنازع الأجنبية لاستشارتها حول مشكلة سبق للمشرع الوطني أن فصل فيها على ضوء ضرورات الحياة الدولية من ناحية والاعتبارات التي تتفق مع سياسته التشريعية من ناحية أخرى.

ومن جهة أخرى فقد لاحظ خصوم الإحالة أنه لو صح منطوقها -على الوجه الذي قال به أنصار الأخذ بنظرية الإحالة - و استشار القاضي قواعد التنازع الأجنبية كإحالاته مرة أخرى إلى قانونه، يتعين أن يرجع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون و هي تشير كما رأينا باختصاص القانون الأجنبي، وهكذا يؤدي منطق الإحالة إلى حلقة مفرغة ولعل هذا ما دفع البعض إلى تشبيه الإحالة في هذا الفرض تشبيها طريفا بلعبة تنس الطاولة، فكما يقذف كل لاعب بالكرة إلى زميله يردها هذا الأخير إلى اللاعب الأول وهكذا، فإن مفاد منطق الإحالة أن المشرع إذ يعقد الاختصاص بحكم النزاع لمشرع دولة ثانية، فإن هذا الأخير يعود فيحيل النزاع مرة أخرى إلى مشرع الدولة الأولى وهكذا إلى ما لا نهاية.⁽¹⁾

ولقد استقر الفقه على رفض مسألة إثارة نظرية الإحالة بالنسبة لاختيار القانون المطبق على العقد من قبل المتعاقدين، فرفض الإحالة في مادة العقود يرجع سببه لمسألة غاية في الأهمية وهي توقعات الأفراد.⁽²⁾

وبمعنى آخر، ليس هناك توافق بين الإرادة والإحالة وهذا ما قال به معظم الكتاب، وبالتالي ضرورة استبعاد الإحالة في مجال العقود، فمعظم التشريعات قد ترفض بصفة عامة أعمال الإحالة في هذا المجال.⁽³⁾

ولقد ظهرت اتفاقيات دولية تهدف إلى التقليل من ظاهرة تنازع القوانين مثل اتفاقية "جونيف" لسنتي 1930-1931 والتي وحدت القانون الواجب التطبيق على السفحة والسند

1- هشام صادق علي صادق ، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص101،100.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص129.

3- Loussouarn Yvon & Pierre Bourel, Op. Cit, P 293.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
لأمر وكذلك الشيك. كما ثبتت اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على
الالتزامات التعاقدية والتي يفهم من خلال نص المادة 15 منها أن هناك استبعاد صريحا لنظام
الإحالة باعتبارها تثير صعوبات في الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع
النزاع، وهذا ما يتعارض مع مبدأ اختيار قانون العقد الدولي.(4)

لقد اتخذ المشرع المصري موقفا حاسما من نظرية الإحالة فنص في المادة 27 من
القانون المدني المصري على أنه: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق
منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".(5)

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ
بالإحالة وألزم القاضي بالاعتصام على تطبيق القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولي -
أي قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي- وتطبيق القواعد الخاصة بالعلاقات الوطنية
البحثة التي ينظمها هذا القانون، ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي
لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وقبول الإحالة أيا كان نطاقها تفويتا لهذه
الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة.(1)

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم يتعرض للإحالة لا بالقبول ولا بالرفض
وإن كان قد فصل في هذه المسألة أثر التعديل الذي أورده على القانون المدني وذلك في نص
المادة 23 مكرر 01 على أنه: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه
إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون
الأجنبي المختص".(2)

وهذا ما يعني الأخذ بها لأن الإحالة استثناء من الأصل، وعلى ذلك فإذا عرض النزاع
على القضاء الجزائري وأشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، ففي هذه الحالة

4- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص110-111.
5- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص298.
1- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص298.
2- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
يطبق القاضي جزائري القواعد الموضوعية التي تنتمي إلى هذا القانون دون قواعد الإسناد
ومثل هذا الموقف قد يضيق من تطبيق القانون الجزائري.(3)

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها

التشريعات

قد تشير قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا داخليا
والتعدد على هذا النحو قد يكون تعددا إقليميا أو تعددا شخصيا.

فالتعدد الإقليمي هو الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة
خاصة، كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

أما التعدد الشخصي قد نراه في بعض الدول الأخرى مثل مصر ولبنان، بحيث تطبق
شريعة خاصة بكل طائفة من الأشخاص(سواء بحسب الديانة أو المذهب أو العرق)، كما هو
الحال في مصر و لبنان.

ويترتب على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين هذه القوانين لذلك يثار التساؤل
عند إشارة قاعدة الإسناد لقانون دولة تعدد فيها التشريعات عن التشريع الداخلي الذي يتعين
تطبيقه على واقعة الدعوى، وكيف يتسنى للقاضي اختيار هذا التشريع من بين التشريعات
المتعددة التي ينضمها هذا القانون.(1)

ففي القوانين التي لم تحدد موقفا من هذه المشكلة فإن الحل لديها يرتبط ارتباطا وثيقا
بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية، إذ يتعين على القاضي الوطني أن يحدد المقصود بلفظ القانون
الأجنبي عندما يكون قانون دولة تتعدد في التشريعات.

أما المشرع الجزائري فقد عالج المشكلة بموجب المادة 23 من القانون المدني الجزائري
و التي فوضت القانون الأجنبي المختص في تعيين التشريع الواجب التطبيق متبنيا بذلك قاعدة

3- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص109.

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص125.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
التفويض⁽²⁾ ، إلا أن هذا النص لم يتطرق للحل المتبع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض، مما أحدث فراغا تشريعيًا استدعى تدخل المشرع بموجب التعديل الذي أورده على القانون المدني(القانون رقم 05-10) متداركا بذلك هذا الفراغ.

أولا- أعمال قاعدة التفويض:

لقد اختلف الفقه حول مجال تطبيق القاعدة الخاصة بالتفويض لاسيما بشأن مسألتين، الأولى حول مدى انطباق قاعدة التفويض على جميع صور التعدد التشريعي الشخصي والإقليمي، و الثانية حول مدى انطباق قاعدة التفويض على مختلف ضوابط الإسناد، فبالنسبة للمسألة الأولى ذهب جانب من الفقه الإيطالي إلى تحديد نطاق التفويض بصور التعدد الإقليمي دون التعدد الشخصي.

وأساس هذا الرأي أن مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين شريعة إقليمية، و ليس من وظيفتها أن تحدد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق، فتعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة هو أمر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، و لا شأن له بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي

إلا أن هذا التوجه أخذ عليه أنه فرق دون مبرر بين التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي حيث اعتبر وظيفة قاعدة الإسناد تنحصر في تعيين التشريع الإقليمي الأجنبي دون التشريع الشخصي الواجب التطبيق في الوقت الذي لا تتعلق فيه التفرقة بركن أصلي من أركان النظرية العامة في فقه القانون الدولي الخاص، وإنما هي مسألة تتصل بصياغة قواعد الإسناد، واستقلال كل دولة لتعيين مضمونها.⁽¹⁾

ولا شك أن هذا الموقف الأخير ينطبق على المادة 23 مدني جزائري التي جاءت مطلقة مما يفيد انصرافها إلى نوعي التعدد التشريعي، بل إن هذا الرأي صار محسوما به صراحة في القانون الجزائري بعد إضافة الفقرة الثانية للمادة 23 التي أوردت الحكم الواجب الإلتباع بالنسبة للتعدد الطائفي والتعدد الإقليمي إذا لم يوجد نص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق،

2- تنص المادة 01/23 من القانون المدني الجزائري على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه".

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص127، 128.

2- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص121.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
مما يدل على أن حكم الفقرة الأولى من هذه المادة المتضمنة قاعدة التفويض ينسحب على نوعي التعدد.

لقد اختلف الفقه أيضا حول مجال إعمال قاعدة التفويض بالنسبة لضوابط الإسناد بالنسبة لضابط الجنسية فيعتبر الضابط الوحيد الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق فيما لو تعددت التشريعات الداخلية في القانون الأجنبي المختص مما نشأ عنه إجماع فقهي - في مصر خصوصا - بشأن إعمال قاعدة التفويض كلما كان القانون الأجنبي للدولة ذات التعدد التشريعي مخصصا بموجب هذا الضابط.(2)

أما بالنسبة لضابط الإرادة فالخلاف بين الفقه في أن هذا الضابط قادر على اختيار التشريع الداخلي الواجب التطبيق دون الحاجة إلى إعمال قاعدة التفويض إلا أن سلامة هذا الحل يقتضي أن يتبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى تطبيق تشريع داخلي معين من بين التشريعات المتعددة في الدولة التي وقع اختيارهم على تطبيق قانونها، وإذا كان يعاب على هذا الرأي فيما لو اكتفى المتعاقدون باختيار الأول فقط دون الثاني ولم يستطع القاضي استخلاص نيتهم أو إرادتهم الضمنية مما دفع البعض إلى القول أنه في هذه الحالة يجب الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية.(1)

أما بالنسبة للضوابط المكانية، فيذهب الفقه المقيد لنطاق تطبيق قاعدة التفويض إلا أن ضوابط الإسناد المكانية مثل الموطن ومحل وقوع الفعل(الضار أو النافع)، تتوافر لديها كفاية تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.

بينما يفضل جانب آخر التوسع في نطاق تطبيق قاعدة التفويض والقول أن الضوابط الإقليمية وإن أمكن تركيزها في مكان وآخر داخل الدولة مما يعين على التعرف على الاختصاص التشريعي الداخلي إلا أن استخدامها في هذه الغاية لا يدخل في حساب المشرع الوطن وهو يبين قاعدة الإسناد الخاصة بالتنازع الدولي (في هذا المجال القاعدة الخاصة بالالتزامات التعاقدية)، إذ الغرض من هذه القاعدة هو بيان قانون الدولة الواجب التطبيق.

[1- محمد دمانة، محمد عماد الدين عياض، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات طبقا للقانون الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأولى حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، جامعة عمار ثليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08/أفريل2007، ص05.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
والمشرع يستخدم ضوابط الإقليمية لتركيز العلاقة القانونية في دولة من دول العالم وليس في وحدة إقليمية معينة داخل الدولة.(2)

ثانيا - الحل المتبع عند استحالة أعمال قاعدة التفويض:

إن أعمال قاعدة التفويض بالشكل المذكور سابقا يفترض بداخله أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة لفض النزاع الداخلي لكن ما هو الحل في حالة وجود العكس.(3)

لقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المسألة وحسم الأمر بموجب نص المادة 2/23 بنصه على أنه: "... إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع حالة التعدد الإقليمي".(1)

المطلب الثاني

دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

فضلا عن الدور الذي يلعبه القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق، فإن للمحكم أيضا دورا في هذا المجال، و ذلك في الحالة التي يتم فيها عرض النزاع على التحكيم.

لقد أصبح التحكيم اليوم الوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات بين الدول و مواطني الدول الأخرى، لذلك يعتبر التحكيم وسيلة لفض نزاع قائم، أو مستقبل، بعيدا عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بغرض النزاع كله أو بعضه على محكم للفصل فيه.

ويمكن تعريف التحكيم على نحو يكاد يكون مجمعا عليه من الفقه بأنه ينطلق من عنصرين يتكون منهما و يعتد بهما القانون الوضعي، فمن ناحية أن مهمة المحكم هي حسم النزاع و الفصل بين ادعاءات متناقضة، و من ناحية أخرى فإن الوظيفة القضائية تستمد مصدرها من أصل اتفاقي هو إرادة الخصوم المشتركة.(2)

2- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص134،133.

3- محمد دمانة، محمد عماد الدين عياض، مرجع سابق، ص09.

1- قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

2 - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، طبعة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص12.

وفي العصر الحديث،⁽³⁾ و لاسيما منذ مطلع القرن التاسع عشر (19)، تم اللجوء إلى التحكيم إلى جانب القضاء و دون أن يحل محله كوسيلة مفضلة لدى أطراف النزاع لأنها تعطيهم الفرصة للاختيار محكميهم، بينما لا يختار الأطراف في القضاء القاضي الذي يعرضون عليه خلافهم، و من جهة أخرى، يتفق الأطراف على الأصول و الإجراءات التي يجب أن يتبعها المحكمون والقانون الواجب التطبيق بالإضافة إلى مكان و إلى اللغة المستعملة، بينما يكون كل ذلك معروفا مسبقا و مفروضا عليهم في القضاء.

ويرجع التطور السريع للتحكيم إلى التطور الملحوظ الذي شهدته المعاملات التجارية حاليا و ذبوع هذه الوسيلة في الأوساط المهنية الدولية و ازدياد تقبلها أكثر فأكثر من قبل المتعاملين في حقل التجارة الدولية من جهة، و كذلك الأهمية التي تكتسبها هذه الأخيرة و الامتيازات التي يقدمها للأطراف المتعاقدة من جهة أخرى، إذ أنها لا تعمل على الفصل في النزاعات القائمة بينها فحسب بقدر ما تعمل على التخفيف من حدتها و ضمان استمرارية العلاقات التجارية طويلة المدى بين المتعاملين الاقتصاديين الدوليين.⁽¹⁾

فبسبب ما يتمتع به التحكيم من سرعة و سهولة في الإجراءات و توفير النفقات لقي تأييدا كبيرا في النزاعات الوطنية منها و الدولية وازداد هذا التأييد و تعاضم شأنه بشكل خاص في التحكيم التجاري الدولي للمزايا الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع من التحكيم الذي لا يتلاءم و طبيعة النزاعات التجارية الدولية و من بين أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم انه يتميز بالسرية و ذلك عكس القضاء الذي يتميز بالعلنية التي من شأنها إذاعة أسرار صناعية تجارية تضر بأطراف النزاع، فيفضل المستثمرون و أصحاب رؤوس الأموال اللجوء إلى التحكيم لإضفاء السرية على التحكيم الذي يناسب طبيعة النشاط التجاري، هذا بالإضافة إلى خبرة (المحكمين، إذ يتيح التحكيم عرض النزاع على محكمين أصحاب خبرة سابقة، و متمرسين في أمور التجارة الدولية، أما القاضي فلا يملك تلك الخبرة التي يمتلكها المحكم، مما يدفعه للإستعانة بالخبرة الخارجية و في ذلك أضاعت للوقت و تحمل للنفقات.⁽²⁾

3- عبد الله الخاني، "التحكيم و دور المحكمة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية"، مجلة المحامون السورية، الإصدار الرابع و الخامس و السادس، 1992، ص 01.

1- عبد الله الخاني، مرجع سابق، ص 01.

2- بولخضرة نورة، مرجع سابق، ص 05.

ومع انتشار التحكيم في مجال التجارة الدولية، أصبحت أهميته تفوق كثيرا أهمية التحكيم الداخلي أو الوطني نظرا لتعاضد قيمة المنازعات التجارية الدولية و أهميتها أنشأت لجان و مراكز دولية عديدة للقيام بالتحكيم الدولي.(3)

وقد كانت غرفة التجارة الدولية مثلا يحتدى به من قبل كثير من المؤسسات التي أنشأت لأغراض التجارة الدولية(1) ، ويعتبر مركز تسوية منازعات الاستثمار المركز الوحيد في العالم الذي يختص فقط بالفصل في منازعات الاستثمار التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة، إذ يعتبر من مزايا إنشاء هذا المركز، إن لم يكن أهمها، النص على طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن لجان التحكيم في المركز سواء بطلب إعادة النظر في الحكم أو في الحكم أو طلب إبطال الحكم، وهذا يمثل ضمانا لأطراف النزاع.(2)

إن اعتماد التحكيم الأجنبي أسلوبا لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمارات و المستثمرين الأجانب من أشخاص القانون الخاص يشكل - في نظر البعض- انتقاما لمبدأ السيادة الوطنية الذي تتمتع بها الدول وهذا هو الموقف الذي اتخذته دول العالم الثالث في بداية تحررها و ظهورها على المسرح الدولي كدول مستقلة في مرحلة الستينيات إذ كانت حينها ترفض التحكيم الأجنبي و تخضع المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمارات الأجنبية إلى قوانينها الوطنية و بالتالي قضائها الداخلي غير أن التطورات الحديثة في المجتمع الدولي و ازدياد أهمية العلاقات الدولية في المجال الاقتصادي و كذلك الظروف الاقتصادية الصعبة التي عاشتها هذه الدول، و التي جعلتها في حاجة لرؤوس الأموال الأجنبية، أجبرت معظم هذه الدول على تغيير موقفها بشأن التحكيم الأجنبي و اضطرت إلى قبوله أسلوبا لتسوية المنازعات التي تنشأ بشأن عقود الاستثمار الأجنبي.(3)

3- منسول عبد الكريم، مرجع سابق، ص 01.

1- أنان بلانتيه، "خواطر حول السياسة العامة للتحكيم"، مجلة المحامون السورية، الإصدار الرابع و الخامس و السادس، 1992، ص 02.

2- خالد محمد الجمعة ، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر" ، مجلة الحقوق، السنة الثانية و العشرون -العدد الثالث-1998، الكويت، ص 17.

3- بلقنوشي حبيب، دور التحكيم التجاري في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية"، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية في : 14 و 15 جوان 2006، ص 37.

لقد سعت الجزائر كغيرها من الدول إلى إقرار تشريع ينظم وسيلة حسم المنازعات المنبثقة عن علاقات الأشخاص على مستوى التجارة الدولية، حيث صادقت الجزائر و أبرمت العديد من الاتفاقيات الهامة، و التي تبنت التحكم التجاري الدولي و تنفيذ قراراته على الخصوص و أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.(1)

كما نصت في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية على اللجوء إلى التحكيم و إن كانت منعت الدولة و المؤسسات العامة التابعة لها من الاتفاق على هذه التسوية فإن ما يمكن ملاحظته أن التعامل قد جاوز النصوص القانونية،(2) فبالرغم من المنع السابق الذكر، إلا أن الجزائر قبلت بمبدأ اللجوء إلى التحكيم في كثير من معاملاتها الخاصة الدولية كالاتفاق بين فرنسا و الجزائر في 1963/05/26 و الاتفاق المبرم بين شركة سونطراك و شركة جبيتي بيتروليوم في 1968/10/19، و كذلك البروتوكول الموقع عليه من طرف وزير الطاقة الجزائري في نفس التاريخ.(3)

الفرع الأول

دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

للمحكم دورا أساسيا و مهم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بحيث يقوم المحكم أولا بالأخذ بإرادة الأطراف التي تملك الحرية في الاختيار فيقوم المحكم بإعمال القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمنا.

فالمحكم في النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية يقوم بنفس الدور الذي يقوم به القاضي في حالة عرض النزاع على القضاء، و هو البحث عن القانون الذي اختاره الخصوم لحكم النزاع، لكن مدى هذا الاختيار واسع في التحكم التجاري مقارنة بالنظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود نظرا لعدم وجود نظام قانوني محدد مسبقا يستند إليه المحكم لفض النزاعات المطروحة عليه، فللخصوم أن يحددوا إخضاع النزاع إلى قانون دولة معينة أو قواعد مشتركة بين أكثر من قانون دولة أو خليطا من القواعد القانونية غير التشريعية، أو

1- منسول عبد الكريم، مرجع سابق، ص 02.

2- نور الدين ابن الشيخ، شرط التحكم في العقود الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، ص أ.

3- زروتي الطيب، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية، الجزء 35، العدد 01، 1997، ص 96.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

بإخضاع النزاع إلى أعراف التجارة الدولية، أو قواعد مشتركة بين أكثر من قانون⁽⁴⁾ أو خليطاً من القواعد القانونية غير التشريعية، أو بإخضاع النزاع إلى أعراف التجارة الدولية.⁽¹⁾

قد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم أو في شرط التحكيم على إخضاع النزاع إلى قانون موضوعي معين مع مراعاة القواعد الآمرة، و قد قررت غالبية التشريعات إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لاختيار القانون.

فلقد أعطى المشرع المصري الأولوية للأطراف لتحديد القانون المطبق على النزاع، وعند اختيار قانون موضوعي معين، فيتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون و هذا حسب إرادة الأطراف، فالمادة 1/39 من القانون المصري الجديد تنص على أنه: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك".

وكما نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 1/14 من المرسوم التشريعي 93-09 على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف".

يظهر من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي و بالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على النزاع مع مراعاة النظام العام الدولي، و إدراج المشرع الجزائري مصطلح "قواعد القانون" التي تفيد التفسير الواسع، أي احتمال أن يكون قانون وطني معين بما فيه قواعد تنازع القوانين، كما قد يكون اختيار الأطراف منصبا على المبادئ العامة للقانون أو العادات التجارية الدولية.⁽²⁾

ولقد تكرر مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع على الصعيد الدولي و الاتفاقيات الدولية، و هذا مثلما جاء في المادة 1/07 من اتفاقية المركز الدولي لحل النزاعات بين الدول،⁽³⁾ فالدول الأطراف في معاهدة تسوية منازعات الاستثمار

4- شريف هنية، مرجع سابق، ص 188.

1- شريف هنية، مرجع سابق، ص 188.

2- كولا محمد، مرجع سابق، ص 220، 221.

3- بولخضر نورة، مرجع سابق، ص 10.

تملك استقلالية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات مما يفيد أن أطراف النزاع يستطيعون أن يختاروا قواعد قانونية من عدة نظم قانونية، أو قواعد قانونية مشتركة بين قوانين الدول. (1)

لكن يحصل في كثير من العقود الدولية المحالة على التحكيم أن يغفل الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق و بالتالي يتولى المحكم اختيار ذلك القانون بنفسه.

يتسع دور المحكم المستقل في تحديد القانون الواجب التطبيق و هذه السلطة التقديرية الممنوحة للمحكم تمكنه من عدة اختيارات، حيث أن الاختبار قد يقع على قانون وطني قد تكون له علاقة بالدعوى كما يمكنه اختيار قانون محايد، و بالتالي لا يكون هناك ارتباطا مسبق بقواعد التنازع التابعة لقانون وطني معين.

كما يمكن للمحكم أن يختار تطبيق القواعد العامة للقانون الدولي الخاص، فيقع عليه عبء كبير بإخراج المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص من اجل تطبيقها على النزاع الذي يثور بشأن العقد الدولي، فضلا عن انه يمكن للمحكم اختيار قاعدة التنازع التي يراها الأفضل أو الأنسب وتكون أكثر استعمالا من قبل قضاء التحكيم و بالتالي يكون أكثر حرية من الأساليب السابقة، بحيث يمكنه حتى خلق قواعد قانونية جديدة يراها ملائمة وإن كانت غير موجودة من قبل. (2)

الفرع الثاني

دور المحكم كمفوض في الصلح

يمكن لأطراف النزاع وفقا لاتفاق أو شرط التحكيم تسوية نزاعاتهم عن طريق الصلح فتكون هيئة التحكيم في هذه الحالة مفوضة بالصلح من طرف الأطراف، فالنظر في النزاع كمفوض في الصلح، يشترط موافقة أطراف النزاع على ذلك سواء في التحكيم الاتفاقي أو في إطار هيئة تحكيمية متخصصة.

1- خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 03.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص 201.

فإن اتفق الأطراف على الرجوع إلى الهيئة التحكيمية كمفوض في الصلح فيعني أن الأطراف رضيت بالحكم التحكيمي الذي يصدر مهما كان القانون المطبق، أما إذا حصل و إن فصلت الهيئة التحكيمية دون الاستناد في ذلك إلى شرط أو اتفاق التحكيم تكون الهيئة بذلك قد فتحت المجال للأطراف للطعن في الحكم.

و إذا كانت للهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في إطار التفويض بالصلح فتبقى في المجال الدولي مقيدة و خاضعة للنظام العام الدولي.(1)

إن المحكم حر في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائما و مشروعا بالنسبة للأطراف و لا يكون المحكم مقيدا بأي قانون معين، غير أنه يمكن أن يفصل في النزاع وفقا للقانون إذا كان هذا هو الحل الذي يبدو ملائما، كما يمكنه أن يفصل في النزاع حسب قواعد الإنصاف، إذا كان هذا هو الغرض المتبع من قبل الأطراف.

وتجدر الإشارة إلى أن الفصل في النزاع كمفوض في الصلح لا يعني الفصل في النزاع حسب قواعد الإنصاف حتى إن تم الفصل حسب هذه القواعد.

ومن الجدير بالذكر، أنه على المحكم في كل الحالات أن يأخذ بعين الاعتبار القواعد الأمرة و النظام العام الدولي الجزائري لأن ذلك يؤثر على تنفيذ الحكم التحكيمي.(2)

لقد أكد المشرع الجزائري على إمكانية الفصل في النزاع من طرف الهيئة التحكيمية كمفوض في الصلح حيث نصت المادة 458 مكرر 15 على انه: " **تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة** "،(3) و عليه يكون المشرع الجزائري قد أعطى الحرية الكاملة للهيئة التحكيمية في تطبيق قواعد الإنصاف أو أي قانون آخر يمكن أن يطبق على النزاع المطروح.

1- كولا محمد، مرجع سابق، ص226.

2- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، ص56.

3- مرسوم تشريعي رقم 09-93 يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية.

المبحث الثالث

خضوع الالتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا للمنهج المباشر

إذا كانت الالتزامات التعاقدية تخضع لحكم القانون من خلال أعمال قواعد التنازع المزدوجة الجانب التي تقوم على فكرة اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس إرادة الأطراف أولاً ثم على أساس أعمال ضوابط إسناد احتياطية (أوما يسمى بنقاط التركيز المكاني) وهي قواعد غير مباشرة تتميز بطابعها المحايد و لا تلقى بالا لمضمون القانون الذي تشير باختصاصه أو نتائج تطبيقه على النزاع المطروح.

وعلى هذا النحو، فإن العدالة التي تستهدفها قواعد التنازع المزدوجة الجانب ليست عدالة مادية، فهي لا تسعى إلى الحل العادل للنزاع المطروح على القاضي و إنما هي تكتفي بالاختيار العادل أو المناسب للقانون الواجب التطبيق مراعية في هذا الاختيار طبيعة المسألة المطروحة و درجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونية التي سيجري الاختيار من بينها.

وهكذا يبدو منهج التنازع السافيني بوصفه منهجاً للاختيار المناسب للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة الدولية المطروحة و ذلك لغرض النظر عن عدالة النتائج التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون على تلك الرابطة.⁽¹⁾

إن فقه القانون الدولي الخاص الغالب و إن ظل على إخلاصه للمنهج السافيني إلا أنه قد اعترف بالمنهج الأحادي أو المباشر كعلاج للتخفيف من حدة الانتقادات التي وجهت للمنهج التقليدي، وهو ما أدى إلى ظاهرة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر.

ومن بين الانتقادات التي وجهت للمنهج السافيني أنه يعتمد أصلاً على أداة فنية بالغة التعقيد هي قاعدة الإسناد التي يقتضي أعمالها دقة و فهم لمنهج التنازع يصعب على غير المتخصصين إدراكه، بالإضافة إلى ذلك فقد عيب على هذا المنهج أيضاً انه قد غالى في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية،⁽²⁾ وذلك حين سوى من خلال ضابط إسناد محايد لا يلقي بالا لمضمون القانون المختص أو لنتائج تطبيقه على النزاع بين القانون الأجنبي و القانون الوطني عند إسناد العلاقة.

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص684،685.

2- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق ، ص07.

وعلى هذا النحو و من أجل تلافي هذه المغالاة، اعترف الفقه الحديث لوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي شرعت أصلاً لتنظيم الروابط الداخلية، و إن كانت مراعاة طبيعتها الأمرة تقتضي امتداد تطبيقها أيضاً إلى العلاقات الخاصة الدولية.(1)

ويؤدي تعقيد هذا المنهج إلى صعوبة استخدامه، و يعد الفقيه بروسست "prosser" أكثر الفقهاء قسوة في إظهار هذا النقد، حيث ينعت منهج التنازع بأنه: "مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تغييرات و مصطلحات تستعصى على الفهم".

وتتخذ قاعدة الإسناد في بعض الدول من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع وهو ما يفقدها الوضوح نسبياً، و من ثم تقود إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول، فتأتي حلول مسائل تنازع القوانين في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة، مما يؤدي إلى أن يتحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة فمعارضو الدور الأساسي و الشامل الذي يمنحه هذا المنهج لقاعدة الإسناد(قاعدة التنازع) يركزون هجماتهم بل -و يمكن القول- أنهم يقصرونها على المنهج أكثر من تركيزهم على قاعدة الإسناد في حد ذاتها، إذ يرفضون منهجاً قائماً على قاعدة التنازع و لكنهم يتنازعون حول الدور المخول لتلك القاعدة(المتعدية) في هذا المنهج.(2)

وإذا كان المظهر الخارجي لنظام الإسناد يوحي بوجود التكامل و التنسيق بين قواعده و أجزائه، إلا أنه هش في حقيقته غير متماسك في حوله و آلياته يسوده القصور و الغموض، قواعده تقود إلى عدالة عمياء مناطها التركيز الجغرافي للعلاقات القانونية بغض النظر عن مضمونها، لذلك وصف الفقيه الأمريكي "DAVID" قاعدة التنازع على أنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق و هي مغمضة العينين، و أن الحلول المريضة المتوصل إليها بواسطتها من قبيل الصدفة، مما أضعف موقف الفقهاء أنصار الإسناد اختلافهم في طريقة

1- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص07،08.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص10.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة

صياغة قواعده وتطبيقها في حالة التنازع و كذلك طبيعة القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني، و هي مسائل جوهرية تشكل ثغرات في البناء الهرمي لنظام الإسناد.(1)

وتجدر الإشارة إلى أن الصفة الدولية للمنهج تبدو زائدة عن الحاجة و غير كافية بذات الوقت، تنبع الصفة الزائدة من الصفة الثنائية لقاعدة التنازع ومن الدور المتزايد للدولة معاً، و بالتالي من ضرورة احترام مجال قوانين الأمن، فقد يؤدي التطبيق الثنائي لقاعدة التنازع إلى تعيين قانون أجنبي في مجال يعود بصورة طبيعية لاختصاص قانون امن قاضي الدعوى، و لا شك أن هذا الاختصاص المنافس قد يشوه الشكل التقليدي للمنهج، و على النقيض من ذلك يشكو المنهج من عدم كفاية صفته الدولية في مجالات أخرى مثل البيع الدولي، حيث تختلف القضايا التي يثيرها عن تلك المتولدة عن البيع الداخلي، و مع ذلك فإن أغلب الدول تعتمد القانون الداخلي في هذه الحالة و تلك، دون الأخذ بعين الاعتبار أن البيع الدولي يتطلب بصورة متزايدة حلاً خاصة، و هكذا فإن المنهج التنازعي يبدو غير قابل للتكيف مع خاصية التجارة الدولية.(2)

ويمكن القول بأنه و بالرغم من الانتقادات الموجهة لمنهج التنازع غير المباشر إلا أنه مازال يحتفظ بمكانته الرائدة بوصفه الأصل العام في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية إذا ما قورن بالمنهج المباشر الذي يقوم عليه أعمال كل من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص من ناحية و قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري من ناحية أخرى.

على أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته بوصفه الأصل في تنظيم علاقات القانون الدولي الخاص، و من بينها الروابط العقدية الدولية، لا يعني على الإطلاق معاملة المنهج المباشر نفسه منهجاً تابعاً في هذا الخصوص ذلك أن سيادة منهج التنازع تترد إلى ضرورة الإلتجاء إليه في معظم الحالات إزاء الندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع المنهج المباشر، أما حين يجد القاضي تنظيماً مباشراً للمسألة المطروحة

في قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص أو قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري فإنه يتعين تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة، إما لاعتبارات أمره، أو استجابة

1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص75،74.
2- إسعاد موحد ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازل، مرجع سابق، ص117.

لا اعتبارات دولية تقتضيها طبيعة علاقات القانون الدولي الخاص كما هو الحال بالنسبة للقواعد المادية التي قد ينطوي عليها هذا الفرع.⁽¹⁾

وسنقوم في هذا المبحث بالتطرق إلى كل من منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في (المطلب الأول)، ثم القواعد الموضوعية (المادية) في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع الالتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا لمنهج قواعد البوليس

(القواعد ذات التطبيق الضروري)

إذا كان تصدي المتعاقدين لاختيار قانون من بين القوانين المتراحة لحكم الرابطة العقدية هو اختيار تنازعي يتمشى مع الدور الذي حدده المشرع للإرادة بمقتضى قاعدة الإسناد، ومن ثم تخضع إرادة المتعاقدين للقانون المختار و لا تقوى على الخروج عن أحكامه الأمرة، فإن خضوع الرابطة العقدية على هذا النحو لحكم القانون بمقتضى منهج لتنازع السافيني لا يعني المنهج الوحيد في القانون الدولي الخاص المعاصر الذي يتصدى لتنظيم الروابط الخاصة الدولية، و إنما يوجد إلى جانبه المنهج المباشر و الذي تعد قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري من أهم تطبيقاته و على ذلك تعد قواعد البوليس صورة من صور خضوع العقد لسلطان القانون.⁽²⁾

لقد رفض الفقه التقليدي في البداية إلزام القاضي بتطبيق هذه القواعد الأجنبية على أساس أنها لا تشكل جزءا من قانون العقد، فإذا كان من واجب القاضي إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه رغم اختصاص قانون أجنبي يحكم العقد وفقا لقواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي(قانون الإرادة مثلا)، فإن أساس هذا لم أن القاضي و إن كان ملزما بإعمال قاعدة الإسناد و تطبيق الذي يشير باختصاصه، فهو ملزم أيضا بتطبيق القواعد الموضوعية في قانونه و التي تحدد بذاتها إما صراحة أو ضمنا، و في ضوء الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية التي تسعى إلى تحقيقها، والوضع يختلف في نظر الفقه التقليدي بالنسبة لقواعد البوليس المقررة في تشريع أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي، فمثل

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص694،693.

2- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص157.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة

هذه القواعد لا اختصاص لها بحكم العلاقة العقدية المطروحة لأنها لا تنتمي لقانون القاضي أو لأي نظام قانوني آخر مختص بمقتضى قواعد التنازع في هذا القانون.⁽¹⁾

سنقوم في هذا المطلب بالتطرق إلى المقصود بقواعد البوليس (الفرع الأول) ثم أعمال قواعد البوليس (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بقواعد البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروي)

منذ سنة 1804 نصت المادة 3/3 من التقنين المدني الفرنسي على تطبيق القوانين الفرنسية بفرضها قوانين البوليس و الأمن و أخذت بنفس الفكرة قوانين أخرى حديثة بما فيها القانون المدني الجزائري.

ولكن اعتماد تلك القوانين كمنهج مستقل في تنازع القوانين تحت تسميته القوانين ذات التطبيق الضروي أو المباشر فكرة حديثة ابتدعتها الفقيه الفرنسي فراسيسكا كيس، الذي عرف تلك القوانين بأنها: "القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع و حماية المصالح الوطنية الأساسية، و تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية داخلية كانت أو تتصف بالأجنبية".⁽²⁾

كما يمكن تعريفها بأنها: "القواعد أو القوانين التي تهدف خاصة إلى معالجة مسائل محددة أو أمور خاصة" مثل قوانين المنافسة، الرقابة على تغيير العملة ، القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلك، هذه القواعد أو القوانين تطبق بصورة آلية أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد الإسناد.⁽³⁾

وتبدو الحاجة واضحة إلى قواعد البوليس ذات الطابع الأمر في مجال العلاقات الدولية حينما تلعب إرادة الأطراف دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن هذه العلاقات وفقا لمنهج التنازع كما هو الشأن في مجال الروابط العقدية الدولية، ذلك أن ترك الحرية للأفراد في اختبار قانون العقد على هذا النحو يؤدي إلى إفساح المجال أمامهم للتهرب

1- حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص431.

2- زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق ، ص79.

3- محمود إبراهيم علي محمد ، مرجع سابق ، ص69.

من القواعد الأمرة في القوانين الداخلية التي ترتبط بالعلاقة العقدية، و من هنا تزداد الحاجة للتطبيق المباشر لقواعد البوليس.⁽¹⁾

وبمعنى آخر تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر نوع خاص من القيود، و تكمن هذه الخصوصية في أنها لا تؤدي إلى استبعاد القانون المختار كما هو الشأن بالنسبة للقيود الأخرى(النظام العام، الغش نحو القانون)، بل يبقى القانون المختار مختصا في موضوع النزاع إنما يعطل إعماله، و لقد حاول البعض إعطاء تعريف للقواعد ذات التطبيق المباشر و التي يفضل تسميتها بقوانين البوليس على أنه: **"القانون الذي تكفل الدولة بوضع تنظيم له"**.⁽²⁾

وإذا كانت قواعد البوليس تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر وفقا لهذا المعنى فإن العكس غير صحيح لأنه من العسير أن نسلم باعتبار كافة القواعد ذات التطبيق المباشر من قواعد البوليس، حيث لا يكفي لاعتبار قاعدة بأنها من قواعد البوليس أن يكون مشروعها قد أراد إعمالها على نحو مباشر بنص صريح لأنه كثيرا ما يتوسع هذا الأخير في نطاق تطبيق قانونه لأسباب مختلفة على نحو يخل بالتوازن المطلوب بين مجال تطبيق قانونه الوطني و غيره من القوانين الأخرى، و إنما يجب أن يتوافر في هذه العلاقة بالإضافة إلى إرادتها في الانطباق تلك الرابطة العقلانية بين مضمونها و نطاق تطبيقها، حيث أن تلك الرابطة العقلانية هي أهم ما يميز قواعد البوليس و يمنحها على هذا النحو أساس تطبيقها الضروري.⁽³⁾

ويختلف الفقهاء حول المعايير التي يمكن الاستعانة بها لتحديد قواعد البوليس، فيعد القانون من قوانين البوليس عندما يعني المشرع الذي أصدره نفسه بتحديد نطاق التطبيق المكاني لهذا القانون، فإنه يعبر عن الأهمية التي يوليها لتطبيق قانونه الوطني، و يستتبع هذا التحديد أن يأخذ القانون طابعا قاصرا يعبر عن الرغبة في عدم تعليق تطبيق هذا القانون على أعمال قاعدة التنازع، و إذا عملنا النظر في هذا المعيار نجده لا يخلو من القصور، ذلك أنه يقوم على تفسير يغلب عليه التخمين لمضمون إرادة المشرع، فلا تكشف عناية المشرع بتحديد نطاق التطبيق المكاني لقانونه عن نظرته المطلقة و الجازمة لتلك القوانين بوصفها قوانين

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص696.

2- شريف هنية، مرجع سابق، ص207.

3- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص191.

للبوليس، والقول بأن هذا التحديد يعد قرينة قاطعة على وجود قوانين البوليس قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية.(1)

كما يمكن إسباغ صفة البوليس على بعض القواعد القانونية التي لا تهدف إلى المحافظة على النظام السياسي، الاجتماعي و الاقتصادي لدولة ما من خلال الغاية التي تصبوا إلى تحقيقها تلك القواعد، على سبيل المثال ، القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلك ترمي إلى تحقيق هدف فردي مع ذلك فإن لها صفة القواعد الضرورية التطبيق بمجموعة من القواعد الحمائية التي تطبق على كافة المستهلكين القاطنين إقليم الدولة، حتى في الأحوال التي يفصح فيها الأفراد عن رغبتهم في أعمال قواعد أخرى أجنبية اقل حماية، إن هذه القواعد-يحدد الفقيه الكبير بول لاجارد- تشكل "في كل دولة من الدول الأطراف مجموعة من القوانين البوليسية الواجبة الأعمال أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد، أو على الأقل عندما تكون إقامة المستهلك المعتاد في دولة القاضي المختص".(2)

ولقد حاول جانب آخر(3) التوصل إلى مفهوم قوانين البوليس عن طريق اللجوء لأفكار عامة في القانون الدولي الخاص مثل فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية، فاستنادا إلى أن قوانين البوليس هي قوانين ذات تطبيق إقليمي استخدمت بعض المحاكم الفرنسية إقليمية تطبيق القانون كمعيار لتحديد قوانين البوليس، بيد أن هذا الاستدلال محل لكثير من النقد، على اعتبار انه إذا كانت بعض المحاكم قد لجأت لإقليمية التطبيق كضابط لتحديد ماهية قوانين البوليس، فإنها لم تقم بأكثر من "تفسير الماء بعد الجهد بالماء"، فهي تعرف فكرة غامضة عن طريق اللجوء لفكرة أكثر غموضا، فعندما تقرر أن قوانين البوليس هي قوانين القاضي و قانون موقع المال و قانون الموطن كلها قوانين إقليمية.(1)

هذا، و قد استخدم البعض فكرة مصلحة الدولة كأساس لرفض تطبيق القوانين السياسية الصادرة عن دولة أجنبية، حيث اعتبر قوانين البوليس، تلك القوانين السياسية التي تخرج عن مجال تنازع القوانين للتطبيق على كافة الأشخاص و الوقائع و التصرفات التي صدرت من أجلها و التي تسعى على هذا النحو إلى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها.

1- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 65،64.

2- محمود إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص 73،72.

3- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 70،69.

1- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 70،69.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة

لقد انتقد هذا الرأي على أنه يصعب تحديد فئة معينة و مميزة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي، حيث أن كل قانون يستهدف في الواقع هدفا سياسيا، فالاختلاف بين قانون و آخر ليس في الطبيعة بقدر ما هو اختلاف في الدرجة.

ومن ناحية أخرى، ففكرة القوانين السياسية في حد ذاتها هي فكرة غامضة تترك مجالا واسعا لتحكم القاضي، خاصة و أن الفصل بين القوانين التي تحقق مصلحة خاصة و تلك التي تحقق مصلحة عامة، من الأمور العسيرة، بعد تزايد موجة تدخل الدولة في العلاقات الاجتماعية و الاقتصادية على نحو يتعذر معه أعمال مثل هذه التفرقة⁽²⁾

ولعل الهدف من القواعد ذات التطبيق الضروري هو إعطاء الاختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، و هذا ما أشارت به مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 1/3 منه على أنه: "قوانين البوليس و الأمن تلزم كل من يقطن الإقليم"، و تقابلها المادة 5 من القانون المدني الجزائري، و التي تنص على أنه: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة و الأمن". و هذا ما أخذ به أيضا المشرع السويسري حيث جاء في نص المادة 18 من القانون الدولي الخاص السويسري أنه: "إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في القانون لا ينال من مجال سريان القواعد الآمرة في القانون السويسري و التي تفرض أهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع"⁽³⁾.

الفرع الثاني

إعمال قواعد البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري)

لقد بدت الحاجة ملحة في الاستعاضة عن قانون التنازع "بقانون الأمن" أو بقاعدة تطبيق "أي"، فبينما تركز قاعدة التنازع على عنصر الربط و تتناسب مع مواد معينة، فإن قانون

2- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 210، 211.

3- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 88، 89.

الأمن أو ذا التطبيق الآني يتناسب مع إرادة المشرع في تطبيق قانونه بغية بلوغ هدف معين. (1)

يتسم هذا المنهج بأن نقطة البداية في تطبيقه تركز على قانون ما، و ليس كما هو الحال بالنسبة لمنهج التنازع، و الذي يتخذ من العلاقة القانونية نقطة انطلاق و مع ذلك يتعين على المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص عند تطبيقها لقانونها الوطني بصفته قانونا للبوليس، أن تبرر هذا التطبيق، وذلك بإعمال معيار معين.

وإذا كان الأمر كذلك فلا يمكن إعمال قوانين البوليس دون اللجوء لفكرة الإسناد فالواقع إذا كان هناك مجال لتطبيق قانون البوليس الوطني، فذلك لوجود رابطة بين العلاقة التي تثار بشأنها النزاع، و بين قانون البوليس لدولة القاضي، و إلا أدى غياب هذه العلاقة إلى جعل هذا القانون فارغا من أي معنى. (2)

ويتعين معرفة أن قواعد البوليس لا تلعب أمام هيئات التحكيم الدور الذي تلعبه أمام القضاء الوطني، ذلك لأن المحكم لا يطبق إلا قواعد البوليس التي تنتمي إلى قانون العقد إذ لا جدال في ضرورة إعمال المحكم لمثل هذه القواعد، بينما يثير إعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد العديد من المشاكل، و لكن على الرغم من ذلك فإن المحكم لا يسند إليها إلا دورا محدودا، يتضح من الواقع العملي المتمثل في تطبيق قواعد البوليس المنتمية لقانون بلد تنفيذ حكم التحكيم، ذلك لأن المحكم يبحث دائما عن فاعلية الحكم الذي يصدره. (3)

وإذا كان من الضروري الحديث عن ضابط إسناد بصدد القواعد ذات التطبيق الضروري، فالأمر لا يتعلق بضابط إسناد كعنصر في قاعدة الإسناد على ما يرى أنصار قاعدة الإسناد الخاصة لان هذا الضابط لا يستعمل كأداة يستدل بها على القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة و إنما كأداة لتحديد النطاق الذي تعمل فيه القواعد ذات التطبيق الضروري، أو بمعنى آخر أن ضابط الإسناد هنا هو الترجمة للصلة الجديدة بين النزاع و النظام القانوني الوطني و التي تبرز تطبيق هذا الأخير في قواعده ذات التطبيق الضروري (1)

1- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص131.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص79.

3- محمود إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص93، 92.

1- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص224.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري كما هو الحال بالنسبة لقانون المنافسة، الذي تعتبر أحكامه أمرًا باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، لذلك تقضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي تعكر صفوة مجال المنافسة النزيهة وهذا ما تجسد في نص المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 و التي جاء فيها: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و مراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين".(2)

وما يقال عن قانون المنافسة ينطبق أيضا على الأمر رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت المادة الأولى من هذا الأمر على انه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء المستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه".(3)

ولما كانت حماية المستهلك من بين الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، فقد أقر المشرع الجزائري حماية قانونية للمستهلكين و ذلك بنصه في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك القانوني للمتدخل".(1)

وقد تم إخراج عقد العمل من قانون الإرادة، ظلما أنه يعتبر عقدا تنعدم فيه المساواة بين طرفين، إذ يمكن أن تفرض إحدى الإرادتين شروطها على الأخرى، و هذا ما يؤدي إلى سيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف، و يترتب عن ذلك حلول تعسفية من خلالها يفرض رب العمل على العامل تطبيق قانون أقل فائدة من القانون الذي يقتضي العدالة تطبيقه، و على الأخص عندما يتم الاتفاق أن يطبق على المهاجرين قانون بلدهم الأصلي الذي يكون غالب الأحيان غير كاف لحماية مصالحهم.(2)

2- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003.

3- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

1- قانون رقم 02-89 مؤرخ في 07/02/1982 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989.

2- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 93.

ويذهب الرأي السائد في الفقه المصري الحديث إلى أن التفرقة بين الأجنب التنظيمي لعقد العمل، و الذي تنظمه نصوص أسرة كالقواعد الخاصة بتحديد الأجر و ساعات العمل و التعويض عن الإصابات و الإجازة، و يرى هذا الفقه إخضاع هذا الجانب التنظيمي لقانون الدولة التي ينفذ فيها العقد لتعلق هذا الجانب بالأمن المدني، إن هذه القواعد تهدف الدولة إلى تطبيقها على كافة العمال داخل إقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمال أو انعقاد العقد، أما الجانب غير التنظيمي لعقد العمل يظل خاضعا لقانون الإرادة، فإذا لم توجد إرادة لا صريحة و لا ضمنية يتعين تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فإذا لم يوجد لهما موطن مشترك تعين تطبيق قانون محل إبرام عقد العمل.(3)

و نظر لان الإرادة الفردية تلعب دورا لا يمكن إنكاره في جميع العقود، و إن كانت الدولة قد تدخلت بنصوص أسرة لتنظيم عقد لعمل إلا أن الإرادة مازالت موجودة لأنها البداية في إبرام أي عقد.(4)

فلقد أقرت مختلف التشريعات حماية العامل و ذلك بالعمل على تطبيق النصوص الأمرة التي أقرها المشرع في تلك الدولة، و هو ما نلمسه في ما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل(1)، حيث وردت به نصوص تنظيمية لا يمكن أن تكون محلا للمنافسة من طرف قانون أجنبي، كتلك النصوص التي تتعلق بشروط التوظيف أو بمدة العمل أو الراحة القانونية... الخ.

كما تعتبر من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروي، تلك القواعد التي تهدف إلى حماية الأهداف السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، و التي من طبيعتها أنها لا تقبل المزاحمة من القوانين الأجنبية، وهو ما ينطبق على القواعد الواردة في قانون النقد و القرض،(2) الذي تعد أحكامه كلها أسرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، حيث يتولى بنك الجزائر توفير أفضل الشروط و الحفاظ عليها في تحقيق النمو الاقتصادي، من خلال ما سبق يمكن القول:

3- عوض الله شبيبة الحمد السيد، مرجع سابق، ص525.

4- باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص248.

1- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 1990/04/21 يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17 لسنة 1990.

2- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد و القرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2003.

- أن النص على قوانين البوليس و الأمن ضمن مبادئ آثار القوانين و تطبيقها (م5مدني) في التقنين يتضح أن المشرع أراد أعمال آثارها لذاتها دون أي اعتبار آخر.

- أن تلك القوانين لا تميز من حيث مجال تطبيقها بين العلاقات الداخلية و العلاقات المتصفة بالأجنبية، وينبني على ذلك أن تطبيقها ليس متوقفا على حالة عدم تنازعها مع نظم قانونية أجنبية، أنها قوانين تفرض منهجيا التنازع بشأن مضمونها.

- و خلافا لقواعد الإسناد التي قد تكون مزدوجة و هي قواعد شكلية، فإن قوانين البوليس و الأمن قواعد منفردة.⁽³⁾

المطلب الثاني

خضوع الالتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا لمنهج القواعد المادية

(الموضوعية)

إن التطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية أدى إلى خلق قواعد عابرة للحدود لم تكن موجودة في منهج التنازع المعتمد في القانون الدولي الخاص الذي يرى ضرورة تطبيق القانون الوطني على العقد التجاري الدولي و يكون قانون دولة لها صلة وثيقة بالعقد أو بالمتعاقدين، ولقد لعبت هذه القواعد دورا هاما في التحكيم التجاري الدولي من خلال النزاع، إلى جانب قواعد التنازع الأخرى.⁽¹⁾

ولقد أدت التطورات الحاصلة على قواعد التجارة الدولية إلى تحول هذه القواعد إلى قواعد قانونية لها كيانها الخاص المستقل عن الأنظمة الداخلية، و كذا عن نظام القانون الدولي العام، لذلك أصبح يطلق عليها القانون التجاري الدولي أو القانون المهني للتجارة الدولية، أو قانون التجارة الجديد، فكل هذه التسميات، و إن اختلفت في الصياغة إلا أنها تعني في مجملها أن القانون ليس بقانون أمة معينة، بل هو قانون العالم التجاري كله، و هذا بعدما أصبح لهذه القواعد نظام قانوني قائم بذاته و مستقل عن بقية النظم القانونية الأخرى.⁽²⁾

3- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص80.

1- شريف هنية، مرجع سابق، ص 187.

2- عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص118، 119.

وتعالج القواعد الموضوعية أو المادية،⁽³⁾ ذات القصور الذي يشوب قاعدة التنازع الذي يمكن في انتقاد هذه الأخيرة للصفة الدولية، فيرى أنصار تطبيق القواعد الموضوعية بأن أعمال قاعدة التنازع يؤدي إل عقد الاختصاص لقانون داخلي غالبا ما لا يتلاءم مع طبيعة العلاقة و خصوصيتها الذاتية، ويضيفون بان الاعتداد بتلك الخصوصية يدعو إلى صياغة قانون يحكم العلاقات الخاصة الدولية يتضمن قواعد موضوعية تطبق مباشرة على هذه العلاقات، و يستهدف هذا الفقه التوصل تدريجيا لإحلال تطبيق تلك القواعد محل قاعدة التنازع، أو كهدف أكثر تواضعا باستخدام هذه القواعد في ميدان تأخذ فيه المعطيات الاجتماعية أهمية بارزة في ميدان التجارة الدولية.⁽⁴⁾

وتجد العادات و الأعراف التجارية مصدرها أصلا في الممارسة التجارية فهي تستقل بكيانها عن القوانين الوطنية و لذلك فإن الحكم التحكيمي الذي يصدر يكون بعيدا عن الأخذ بالقوانين الوطنية، و بالتالي تشكل هذه القواعد و الأعراف قانونا جديدا يستقل عن القوانين الداخلية، كما نجد هذه العادات و الأعراف مصدرها في الشروط العامة للعقود النموذجية.⁽¹⁾ ولقد حاول البعض من الفقه تعريف العقود النموذجية على أنها: " مشروع عقد إلى أن يقبل الطرف المذعن و بذلك تكون نموذجا لعقد مستقبليين، فالعقود النموذجية تحتوي على شروط عامة و مجردة، وما على المذعن إلا أن ينضم إليها لذلك فهي تتضمن نوعا من عدم التوازن، بحيث تجعل الطرف القوي متميزا في انفراده بوضع تلك القواعد (الشروط التعاقدية) و تحديدها".

وفي نفس السياق يرى جانب آخر من الفقه أن العقود النموذجية "هي نوع من التعسف، ذلك لأنها توكل اختصاصين و فنيين يراعون في تحريرها مصلحة المؤسسة أو المشروع أو الهيئة التي تكلفهم بهذا الإعداد".⁽²⁾

3- إن إطلاق تسمية القواعد المادية للقانون الدولي الخاص على هذا النحو، قد استقر عليه بعض الشراح، على عكس البعض الآخر والذي فضل تسميتها بالقواعد الموضوعية، بل أن البعض الآخر أطلق عليها اصطلاح القواعد المباشرة، و يعيب اصطلاح القواعد الموضوعية أنه يثير الخلط على أساس ما يفهم من مقابلته لاصطلاح القواعد الإجرائية، و من جهة أخرى فإن اصطلاح القواعد المباشرة قد يوقع بدوره في اللبس على أساس أنه يتضمن قواعد البوليس أيضا بوصفها من القواعد ذات التطبيق المباشر و نتيجة لما سبق، يفضل اصطلاح القواعد المادية. راجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص702، هامش02.

4- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص16.

1- كولا محمد، مرجع سابق، ص242.

2- كراشي ليلى، مرجع سابق، ص142،143.

ومهما يكون من أمر تعداد العقود النموذجية التي ظهرت حديثاً في ميدان عقود التجارة الدولية، فإن التكييف القانوني لها لا يخفى، فهي: "تخلق قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية" بالنظر إلى أنها تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها، أو هي على الأقل قواعد عرفية، تعتبر كأنها مندمجة في العقد حتى ولو لم يشترط الأطراف تطبيقها على نحو صريح.⁽³⁾

أما بالنسبة لتعريف القواعد الموضوعية فيمكن القول بأنها: "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي".⁽⁴⁾

ومن المسلم به أن القواعد الموضوعية لا تكتسب أهمية كبرى على المستوى الدولي ما لم تتوج بتوحيد القانون، و من هذا الجانب، وإذا تأملنا بعض المعاهدات الدولية التي سعت إلى توحيد بعض القوانين، فبعض هذه القواعد الموضوعية نجده مطبقاً على العلاقات الدولية في آن واحد، وذلك في الحدود التي يدمج فيها القانون الداخلي للدول الأطراف في نصوص المعاهدة، و من ثم تحكم هذه النصوص وبذات الطريقة العلاقات الداخلية و كذا العلاقات الدولية، لذلك سنقوم في هذا المطلب بالتطرق إلى القواعد المادية (الموضوعية) ذات الأصل الوطني(داخلي) في (الفرع الأول) ثم القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القواعد المادية (الموضوعية) ذات الأصل الوطني

قد يتصدى المشرع الوطني لدى بعض الدول لتنظيم عقود التجارة الدولية بوضعه قواعد تتلاءم و طبيعة هذه العقود، كما أن القضاء الداخلي في غياب تشريع ينظم هذه العقود قد يستقر على تطبيق بعض القواعد المادية ذات الطابع القضائي على تلك العقود، مما يؤدي بالمحكم الدولي إلى إعمالها في النزاعات المثارة أمامه على أساس استجابتها لمقتضيات التجارة الدولية أو نتيجة قبولها من الأطراف في نزاعاتهم التجارية الدولية.

أولاً - القواعد المادية(الموضوعية) ذات الأصل التشريعي الداخلي:

3- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص136.

4- هشام خالد، مرجع سابق، ص09.

إن تصدي المشرع الداخلي لوضع تنظيم مادي شامل لعقود التجارة الدولية هو فرض نادر في الواقع العملي، كما تشير إليه الدراسات المقارن للتشريعات المعاصرة و يرجع ذلك إلى أن المشرع الداخلي لا يهتم عادة إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية، و حتى في الفروض التي يتجه فيها المشرع للتنظيم المادي للروابط المتعلقة بالتجارة الدولية فهو يفضل في هذه الحالة أن يحقق هذا الهدف من خلال المعاهدات الدولية.⁽¹⁾

ولقد وضعت بعض التشريعات الداخلية مثل هذه القواعد المادية، بحيث راعى المشرع الوطني عند سنها خصوصية المعاملات التجارية الدولية، و من أمثلتها الأحكام التشريعية الخاصة بالتعاون التنموي و الصناعي، و تحويل التكنولوجيا الواردة في التقنيين اليوغسلافي الصادر سنة 1978 و أحكام تقنيين التجارة الدولية التشيكسلوفاكي لسنة 1963 و أحكام تقنيين العقود الاقتصادية الدولية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية لسنة 1976، و كذلك الأحكام المقررة في مدونة المصطلحات التجارية الأمريكية، فقد روعي في سن هذه الأحكام كلها المتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي، و تطبق إذا ثبت الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها حسب نظام الإسناد عملا بمبدأ قانون الإدارة أو تركيز العقد.⁽¹⁾

ثانيا - القواعد المادية (الموضوعية) التي أرساها القضاء الداخلي:

فمن بين القواعد المادية التي أرساها القضاء الفرنسي ما يتعلق باستقلالية شرط التحكيم حيث انتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 13 ديسمبر 1965 حيث كان الأمر يتعلق بعقد أبرم بين شركة هولندية و أحد الفرنسيين أدرج فيه شرط التحكيم، و نتيجة خلاف بين المتعاقدين رفع الطرف الفرنسي دعوى أمام المحاكم الفرنسية دفع الطرف الهولندي بعدم اختصاص القضاء الفرنسي، استنادا لشرط التحكيم المدرج في العقد الذي يقضي بضرورة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المثارة بين المتعاقدين، و دفع الطرف الفرنسي بكونه ليس تاجرا و أن الطبيعة، المختلطة للعقد تحول دون صحة شرط التحكيم، غير أن محكمة النقض الفرنسية قضت في مضمون حكمها: "بأنه تتوافر للعقد الصفة الدولية و أنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية، و دون أن يكون هناك مجالا في هذه الحالة للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، فإنه يكفي التأكيد على استقلال شرط

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص709.
1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص76.

الفصل الثاني..... خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة
التحكيم المنشأ للتحكيم في العقد الدولي، و اعتباره قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص،
فهذا الشرط يكون صالحا للاستقلال عن الرجوع إلى قانون أية دولة...".⁽²⁾

ولكن تظل القواعد الموضوعية التي يصدرها القضاء عاجزة في حد ذاتها عن تحقيق أحد أهداف و طموحات أنصار هذا المنهج، ألا و هو خلق قانون موضوعي عام، و لا ريب أن عدم قدرة القواعد الموضوعية التي يصوغها القضاء الوطني على تحقيق مثل هذا القانون العام، تتجم من كون القاضي مسوقا في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته وفقا لما تقضي مصالحها، الأمر الذي جعل بعض الفقه يتوجس خيفة من أن يؤدي تعدد القواعد الصادرة عن تلك الدول، إلى التوصل لنظام يتسم بخصوصية شديدة في حل المشاكل التي تثيرها العلاقات التجارية الدولية، مما يقلل من إمكانية توحيد هذه القواعد.⁽³⁾

الفرع الثاني

القواعد المادية (الموضوعية) ذات المصدر الدولي

يتكون المصدر الأكثر أهمية لهذه القواعد الموضوعية من المعاهدات التي تتبنى قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، كما أن خصوصية هذه العلاقات أفرزت أيضا عادات يتعامل بها فرقاء التجارة الدولية و تمخضت عن مبادئ كرستها القرارات التحكيمية.

أولا - القواعد المادية (الموضوعية) المنبثقة عن المعاهدات:

وهي قواعد متعددة خاصة في مجال التقلبات البحرية و الجوية و الحديدية فبعض القواعد المادية، و هي نادرة في الواقع، تطبق على العمليات الدولية و الداخلية، و في هذه الحالة، تدمج المعاهدة في القانون الداخلي للبلدان الموقعة و مثال ذلك اتفاقية جنيف حول السندات التجارية و الشيك لعامي 1930 و 1931، غير أن قواعد مادية أخرى، تسمى موحدة، تطبق على العكس على العمليات الدولية انفراديا، هذه حالة اتفاقية لاهاي المؤرخة في 15 جوان 1955.⁽¹⁾

2- منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص 62.

3- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 22، 23.

1- إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازل، مرجع سابق، ص 121، 120.

فأحيانا تعمد الدول لتوحيد بعض النظم القانونية بشأن تنظيم مراكز دولية كالاتفاقيات الغربية و أنظمة التصدير و الاستيراد و المعاهدات الخاصة بالملكية الصناعية و الفنية، فتصبح القواعد الاتفاقية ذات أصل دولي.

ولكن في الواقع، مهما حاول القانون الإتفاقي تلافى نظام الإسناد، فإن هذا الأخير يستعيد دوره كليا أو جزئيا لسد ما يوجد من نقص أو لتفسير الاتفاقية أو الإحالة إليه فيما لم يرد بشأنه نص. (2)

ثانيا - القواعد المادية (الموضوعية) المنبثقة من مصادر دولية أخرى:

إن التحكيم يتمتع بخطوة استثنائية في عالم التجارة الدولية، و القضية الأساسية التي يطرحها التحكيم تتمثل في معرفة مدى اتساع سلطة المحكمين و خاصة إذا كان بوسعهم أن يتحرروا من قواعد الدولة، فإذا كانت توجد في القانون الداخلي أحكام اختيارية يحق للأطراف استبعادها، فإننا لا نرى كيف يمكن للمحكمين أن يستبعدوا أحكاما أمره في حالة تحديد قانون واجب التطبيق يتعين عليهم أن يصدروا الحكم على أساسه. (1)

لقد لجأ المحكم في كثير من الأحيان إلى تطبيق القوانين المشتركة أو المبادئ العامة في القانون، رغبة منه في تدويل العقد و إخرجه من دائرة اختصاص القوانين الداخلية، أو سعيا منه للاستجابة لرغبة الأطراف في ذلك، و يقصد بالمبادئ القانونية المشتركة النظم القانونية المتكاملة للأمم المتقدمة، و من هذه المبادئ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و قاعدة تنفيذ العقد لحسن نية، و قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق... الخ.

إن العدالة في ميدان عقود التجارة الدولية هي مجموع الأفكار و المفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية، و من أمثلتها فكرة التوازن الاقتصادي من العقود التجارية الممتدة لفترة طويلة، مثل عقود الإنتاج، و ذلك عند تغيير الظروف على نحو يخل بهذا التوازن و أيضا فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة رغم أن القوي القاهر تعفى أصلا المدين من التزامه. (2)

2- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 78، 77.

1- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: قواعد التنازل، مرجع سابق، ص 121.

2- منسول عبد الكريم، مرجع سابق، ص 69 و ما بعدها.

الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدليل عن قانون الإرادة

وهكذا، إذا كان القصد من وضع هذه القواعد استبعاد منهج الإسناد، إلا أنه و في الواقع

العملي، لا يكون الاستبعاد إلا جزئياً، بحيث يمكننا القول بأن هناك نوعاً من التعايش قواعد

التنازع و تلك القواعد الموضوعية.⁽³⁾

3- أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص24.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يمكن استخلاص ما يلي:

- الأصل والمبدأ أن للأطراف أن يختاروا القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية بغض النظر عن الكيفية التي يتم بها هذا الاختيار (اختيار صريح أو ضمني)، و إن كان هذا الأخير يختلف عن سابقه نظرا لكونه باطني لا يتم التوصل إليه إلا بالاستناد إلى ظروف ووقائع أو بالاعتماد على قرائن مختلفة.

- يتولى القاضي البحث عن إرادة الأطراف في هذا الاختيار و عند تمكنه من ذلك تأتي مرحلة تحققه من سلامة هذا الاختيار، بحيث يركز عمله حول ما إذا كانت هناك صلة بين هذا القانون المختار و العقد محل النزاع كأن يكون قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذ العقد، أو أن تكون لهذا القانون المختار صلة بالمتعاقدين أنفسهم كأن يكون قانون جنسيتهم المشتركة أو قانون موطنهم المشترك.

وبمعنى آخر، يقوم الأطراف بتركيز العقد و يتولى القاضي التحقق من سلامة هذا التركيز، يتولى الأطراف اختيار قانون العقد و يقع على القاضي توجيه هذا الاختيار.

- إن إعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية لا يفهم منه أنه يجب الأخذ بالإرادة كضابط للإسناد في كل الأحوال و القول بغير ذلك - كما هو الحال بالنسبة لأنصار النظرية الشخصية- ينتج عنه ما يلي:

* لأطراف العقد أن يختاروا أي قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية حتى ولو لم تكن له صلة بالعقد.

* للأطراف الحق في اختيار قانون يبطل العقد، و هذا كله غير صحيح.

لذلك، تعتبر إرادة الأطراف مقيدة أحيانا إذا ما تعلق الأمر بمخالفة النظام العام الدولي و كذا في حالة ثبوت قيامهم بالغش نحو القانون، و إن كان مفهوم النظام العام الدولي مفهوما غير دقيق، كما أن الغش نحو القانون يؤخذ عليه أن أحد عناصره (نية الغش)، أمر باطني يصعب على القاضي التوصل إليه.

- للقاضي كما للمحكم في حالة عرض النزاع على التحكيم التجاري الدولي، سلطة في البحث عن القانون الواجب التطبيق بنفسه إذا لم يقر الأطراف باختياره صراحة، و تعذر التوصل إلى هذا الاختيار ضمناً.

والملاحظ بالنسبة للإرادة الضمنية، أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في المادة 18 من القانون المدني الخاصة بالالتزامات التعاقدية على خلاف بعض التشريعات التي نصت عليها، الأمر الذي يستوجب الأخذ بما جاء في نص المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري مادام لم يوجد في نص المادة 18 ما يفيد عدم الأخذ بالإرادة الضمنية.

ونتيجة لحرص المشرع على تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، و تقادياً لتعسف القضاة في هذا التحديد وفقاً لسلطتهم التقديرية، نص المشرع على ضوابط احتياطية يتم إعمالها من طرف القاضي المطروح عليه النزاع، و ذلك حالة غياب الإرادة تماماً، و لقد هدف المشرع من وراء ذلك تركيز العقد من طرف القاضي وفقاً لما يسمى بنقاط التركيز المكاني، أو بمعنى آخر البحث عن مركز الثقل الفعلي للرابطة العقدية.

فبالنسبة لضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين، فإن تطبيق هذا القانون، أي قانون الجنسية المشتركة، يؤخذ عليه أنه و إن كان لجنسية الأطراف أهمية في مسائل الأحوال الشخصية فإن هذه الأهمية تعتبر قليلة بالنسبة لمسألة العقود الدولية، فمن ناحية أن شخصية الأطراف ليست دائماً محل اعتبار بقدر ما يكون اعتبار لأموالهم، ثم أن هذا الضابط يثير مشكلة تعدد الجنسيات و من ناحية ثانية، قلما تتحد جنسية أطراف العقد الدولي.

وإن كان قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الراجح و المفضل حسب أنصار قانون الموطن، على النحو الذي بيناه سابقاً، فإنه يثير أيضاً مشكلة تعدد المواطن، كما أنه قلما يشترك أطراف العقد الدولي في موطن واحد نظراً لتباعد المسافة بينهم.

ويأتي قانون محل إبرام العقد الدولي في مرتبة أخيرة للضوابط الاحتياطية، لكن إعماله تعترضه عقبات، مفادها أنه قد يكون محل إبرام العقد عرضياً، و ذلك في الحالة التي يبرم فيها الأطراف عقودهم على وجه الصدفة، و يزداد الأمر صعوبة و تعقيداً في تحديد محل الإبرام، إذا تعلق الأمر بتعاقد بين غائبين.

و نظرا لما تشهده التجارة الالكترونية من رواج في التعامل يصعب معه تحديد زمان و مكان انعقاد العقد، فحتى بالرجوع لنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري التي تشير إلى اعتبار مكان و زمان العلم بالقبول هو مكان و زمان إبرام العقد الذي تم بين غائبين، إلا أن المشكل يبقى مطروحا حول كيفية تحديد ذلك ما دام الأمر مرتبطا بتصريح الطرف الذي يعلم بالقبول.

ونتيجة لما سبق، تتجه الأنظار نحو الأخذ بقانون مكان تنفيذ العقد على اعتبار أن لهذا القانون أهمية تتجلى في أن التنفيذ يعتبر آخر مرحلة في العقد، كما أن هدف الأطراف من إبرام العقد هو أن ينتج هذا الأخير آثاره، و حتى في حالة افتراض تعدد أماكن تنفيذ العقد، يمكن حسم الأمر بإعمال قانون مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد.

ويلاحظ أيضا بخصوص نص المادة 18 بعد تعديلها، أن المشرع الجزائري قيد إرادة الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، بنصه على اختيارهم قانونا له صلة، و أكثر من ذلك حقيقية، لذلك يبدو و كأن المشرع نص على تطبيق القانون الذي له صلة و ليس على القانون المختار، و بمعنى آخر، كأن المشرع نص على أنه يطبق على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد، باعتبار هذه هي الحالات التي يكون فيها القانون له صلة بالعقد وبالمتعاقدين.

لذلك أرى أنه من الضروري ترك الحرية للأطراف أولا في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية ما دام الأمر يتعلق بإرادتهم في ذلك، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار الصريح أو الضمني يتولى القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق و الذي تكون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، و يكون ذلك بإعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

◀ باللغة العربية:

أولا - الكتب:

- 1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
- 2 - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، طبعة 1990، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.
- 3 - // ، تنازع مناهج تنازع القوانين، طبعة 1989، مؤسسة شباب الجامعة.
- 4 - إسعاد موحند ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 5 - // ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 6 - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة.
- 7 - // ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ، طبعة 2003، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.
- 8 - السيد محمد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون ، نظرية الالتزام، طبعة 1999.
- 9 - أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى 2003، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان -الأردن.
- 10 - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية.

- 11 - إبراهيم احمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: الجنسية و مركز الأجنب، طبعة 1993.
- 12 - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر.
- 13 - توفيق فرج ، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، طبعة 1993، الدار الجامعية.
- 14 - حفيظة السيد حداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 15 - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005.
- 16 - حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية 1995 ، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 17 - زورتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية ، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، سنة 2000.
- 18 - // ، الوسيط في الجنسية الجزائرية،(دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.
- 19 - طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد ، طبعة 2000 ، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 20 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، طبعة 2000، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 21 - محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، طبعة 2003، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 22 - محمود إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة، طبعة 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

- 23 - **محمودي مسعود**، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 24 - **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، طبعة 2000، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 25 - // ،قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995 .
- 26 - **ممدوح عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005.
- 27 - **مصطفى أحمد فؤاد**، القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية و شخص القانون الداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 28 - **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية 2004، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر.
- 29 - **محمد حسنين**، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، 1985.
- 30 - **محمد حسين منصور**، نظرية الحق، طبعة 1997، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 31 - **محمد حسين قاسم**، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون و الالتزامات، طبعة 1997، الدار الجامعية، بيروت – لبنان.
- 32 - **محمد الصغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر و التوزيع.
- 33 - **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، النظرية العامة للالتزام: (نظرية العقد)، دار الفكر، بيروت 1934.
- 34 - **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية.

- 35 - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومة.
- 36 - // ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر.
- 37 - عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، سنة 1997.
- 38 - عبد السلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، الطبعة الثانية 1998، منشورات الجامعة المفتوحة.
- 39 - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
- 40 - // ، القانون الدولي الخاص، طبعة 1996، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- 41 - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية و الموطن، الطبعة العاشرة 1977، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 42 - // ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
- 43 - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب.
- 44 - فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، طبعة 2002، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 45 - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص (تقنية و حلول النزاعات الدولية الخاصة)، الطبعة الأولى 1994، دار العلوم العربية للطباعة و النشر، بيروت-لبنان.
- 46 - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (اتفاق التحكيم)، منشأة المعارف بالإسكندرية.

- 47 - سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى 1999، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان.
- 48 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 2001، دار الفكر العربي، الإسكندرية.
- 49 - // ،دروس في تنازع القوانين، طبعة 2003.
- 50 - هشام صادق علي صادق، حفيفة السيد حداد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، طبعة 2001، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 51 - هشام خالد ، العقود الدولية و خضوعها للقواعد الموضوعية، طبعة 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 52 - // ، اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، (دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي)، طبعة 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

ثانيا - الرسائل و المذكرات الجامعية:

- 1 - باسم عواد محمود العموش، القانون واجب التطبيق وفقا لمعيار الموطن: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون ، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2006.
- 2 - بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1988.
- 3 - جبار محمد، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1988.

- 4 - **خليفاتي عبد الرحمان**، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1987.
- 5 - **زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1990-1991.
- 6 - **كولا محمد**، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، السنة الجامعية 2000-2001.
- 7 - **كراشي ليلي**، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، سبتمبر 2001-2002.
- 8 - **منسول عبد السلام**، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000/2001.
- 9 - **مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.
- 10 - **نور الدين ابن الشيخ**، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر.
- 11 - **عيد عبد الحفيظ**، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2005.
- 12 - **شريف هنية**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر.

ثالثا- المقالات:

- 1 - أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد و الخمسون، 1995.
- 2 - // "المسائل الأولية في نظرية التنازع الدولي بين القوانين"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع و الأربعون، 1991.
- 3 - أحمد السمدان، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشر، العددان الأول و الثاني، 1993.
- 4 - آلان بلانتيه، "خواطر حول السياسة العامة للتحكيم"، مجلة المحامون السورية، الإعداد الرابع و الخامس و السادس، 1992.
- 5 - خالد محمد الجمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق، السنة الثانية و العشرون-العدد الثالث، 1998.
- 6 - زروتي الطيب، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، الجزء 35، العدد 01، 1997.
- 7 - محمد طلعت الغنيمي، "شرط التحكيم في اتفاقات البترول"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، العددان الأول و الثاني ، السنة العاشرة، 1960-1961.
- 8 - عبد الله الخاني، "التحكيم و دور المحكمة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية"، مجلة المحامون السورية، الإعداد الرابع و الخامس و السادس، 1992.

رابعاً- المداخلات:

- 1 - بلميهوب عبد الناصر، حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول "تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني"، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثلجي-الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007.
- 2 - بوراس عبد القادر، مدى حجية الدفع المتعلقة بالنظام العام و أثرها على تنفيذ قرارات التحكيم في الجزائر:دراسة مقارنة مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول التحكيم

التجاري الدولي في الجزائر "بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية"، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة ميرة- بجاية في: 14 و عبد الرحمان 15 جوان 2006.

3 - **بلعيد جميلة**، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول تحكيم التجاري الدولي في الجزائر"بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية" كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية في: 14 و 15 جوان 2006.

4 - **بولخضرة نورة**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في مجال المحروقات من خلال اتفاق التحكيم، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي- الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007.

5 - **بلقنيشي حبيب**، دور التحكيم التجاري في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية"، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية في: 14 و 15 جوان 2006.

6 - **جمال الدين عنان**، الاستثناءات الواردة على أعمال فكرة النظام العام في مجال تطبيق القانون الأجنبي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية"، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية في: 14 و 15 جوان 2006.

7 - **رايس أمينة**، النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007.

8 - **محمد دمانة، محمد عماد الدين عياض**، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات طبقا للقانون الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي

الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007.

9 - **عبد النبي مصطفى، شعاشعية لخضر،** مجالات تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية و الاستثناءات الواردة عليها، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، أيام: 10/09/08 أبريل 2007.

10 - **قاشي علال،** أساس تطبيق القانون الأجنبي و مركزه أمام القاضي الوطني، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق و العلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، أيام: 10 /09/08 أبريل 2007.

خامسا - النصوص التشريعية:

1 - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 28 أبريل 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 27 لسنة 1993، و بالقانون رقم 01-05 المؤرخ في 22 مايو 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 92 لسنة 2001.

2 - أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و الموافق بالقانون رقم 05-08 المؤرخ في 04 مايو 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2005.

3 - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 18 لسنة 1988، و بالقانون رقم 89-01، المؤرخ في 07 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989 و بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، لسنة 2005.

- 4 - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003.
- 5 - أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2003.
- 6 - قانون رقم 02-89 مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989.
- 7 - قانون رقم 11-90 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 17 لسنة 1990.
- 8 - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

◀ باللغة الفرنسية:

1-**DERRUPÉ Jean** , Droit international privé , 13^{ème} édition , Dalloz , paris , 1999.

2-**LOUSSOUARN Yvon & BOUREL pierre** , Droit international privé, 5^{ème} édition , Dalloz , paris , 1996.

3-**NIBOYET J-P** , Cours de droit international privé, Français , Librairie du Recueil Sirey , paris, 1949.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
/	كلمة شكر
/	إهداء
1	مقدمة
5	الفصل الأول خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
8	المبحث الأول: معالم فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
10	المطلب الأول: تطور فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
11	الفرع الأول: موقف الفقه من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
11	أولا - موقف المدارس الفقهية القديمة من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
12	1 - المدرسة الإيطالية القديمة
13	2 - المدرسة الفرنسية القديمة
15	3 - المدرسة الهولندية
17	ثانيا - موقف الفقه الحديث من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
17	1 - مذهب فوليكس
17	2 - مذهب سافيني
19	3 - مذهب مانشيني
20	الفرع الثاني: موقف التطبيق الدولي من فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة
21	أولا - تكريس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في القوانين الوطنية
25	ثانيا - تكريس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية
27	المطلب الثاني: أسس فكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
28	الفرع الأول: النظرية الشخصية كأساس لفكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
28	أولا - مضمون النظرية الشخصية
29	ثانيا - النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الشخصية
31	ثالثا - الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية
32	الفرع الثاني: النظرية الموضوعية كأساس لفكرة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
33	أولا - مضمون النظرية الموضوعية
34	ثانيا - النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الموضوعية
35	ثالثا - الانتقادات الموجهة للنظرية الموضوعية
37	المبحث الثاني: مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
38	المطلب الأول: كيفية التعبير عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
38	الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
45	الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
50	المطلب الثاني: مجال القانون المختار للتطبيق على الالتزامات التعاقدية
54	الفرع الأول: تطبيق القانون المختار على العقد من حيث تكوينه
55	أولا - التراضي
58	ثانيا - بالنسبة لمحل العقد
58	ثالثا - بالنسبة لسبب العقد
59	الفرع الثاني: تطبيق القانون المختار على العقد من حيث آثاره
59	أولا - آثار العقد بالنسبة للأشخاص
59	ثانيا - آثار العقد بالنسبة للموضوع

64	المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية
65	المطلب الأول: النظام العام كمانع من تطبيق القانون المختار
66	الفرع الأول: المقصود بفكرة بالنظام العام
66	أولا - نشأة وتطور فكرة النظام العام
70	ثانيا - النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص
73	الفرع الثاني: إعمال فكرة النظام العام
73	أولا- شروط إعمال فكرة النظام العام
73	1- الشرط الأول: أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي
73	2 - الشرط الثاني: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية
74	3 - الشرط الثالث: أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي
74	ثانيا - آثار إعمال فكرة النظام العام
74	1 - الأثر السلبي للنظام العام
75	2 - الأثر الايجابي للنظام العام
76	3 - الأثر المخفف للنظام العام
77	الفرع الثاني: الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون المختار
78	أولا - المقصود بنظرية الغش نحو القانون
78	1 - نشأة نظرية الغش نحو القانون
79	2 - تعريف الغش نحو القانون
79	ثانيا - إعمال نظرية الغش نحو القانون
79	1 - شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون
79	أ - الشرط الأول: تغيير ضابط الإسناد
81	ب - الشرط الثاني: توافر نية الغش (وجود سوء نية)
82	2 - آثار الدفع بالغش نحو القانون
84	الفصل الثاني خضوع الالتزامات التعاقدية لبدل عن قانون الإرادة
86	المبحث الأول: إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
90	المطلب الأول: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين
93	الفرع الأول: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن
93	أولا - التعريف بالموطن
93	1 - تعريف الموطن و بيان أهميته
93	أ - تعريف الموطن
95	ب - أهمية الموطن
96	2 - أنواع الموطن
96	أ - الموطن العام
96	ب - الموطن الخاص
98	ثانيا - إعمال قانون الموطن
98	1 - مبررات الأخذ بقانون الموطن في مجال تنازع القوانين
100	2 - القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد المواطن
100	أ - أن تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي
100	ب - ألا تكون دولة القاضي إحدى مواطن الأجنبي
100	الفرع الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

101	أولا - التعريف بالجنسية
102	1 - تعريف الجنسية و بيان أهميتها
102	أ - تعريف الجنسية
103	ب - أهمية الجنسية
104	2 - أنواع الجنسية
104	أ - الجنسية الأصلية
107	ب - الجنسية المكتسبة
110	الفرع الثاني: إعمال قانون الجنسية
111	أولا - مبررات الأخذ بقانون الجنسية
112	ثانيا - القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات
116	المطلب الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون محل الإبرام
117	الفرع الأول: محل الإبرام العرضي
120	الفرع الثاني: التعاقد بين غائبين
123	أولا - نظرية إعلان القبول
123	ثانيا - نظرية تصدير القبول
123	ثالثا - نظرية تسليم القبول
124	رابعا - نظرية العلم بالقبول
126	المبحث الثاني: دور القاضي أو المحكم في المبحث عن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية
127	المطلب الأول: دور القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية
131	الفرع الأول: مدى سلطة القاضي في تطبيق نظرية الإحالة
134	أولا - حجج أنصار الأخذ بالإحالة
135	ثانيا - حجج أنصار رفض الإحالة
137	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات
138	أولا- إعمال قاعدة التفويض
140	ثانيا - الحل المتبع عند استحالة إعمال قاعدة التفويض
141	المطلب الثاني: دور المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية
144	الفرع الأول: دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
146	الفرع الثاني: دور المحكم كمفوض في الصلح
148	المبحث الثالث: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا للمنهج المباشر
151	المطلب الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا لمنهج قواعد البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري)
152	الفرع الأول: المقصود بقواعد البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري)
156	الفرع الثاني: إعمال قواعد البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري)
159	المطلب الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقا لمنهج القواعد المادية (الموضوعية)
162	الفرع الأول: القواعد المادية (الموضوعية) ذات الأصل الوطني
162	أولا - القواعد المادية(الموضوعية) ذات الأصل التشريعي الداخلي
163	ثانيا - القواعد المادية(الموضوعية) التي أرساها القضاء الداخلي
163	الفرع الثاني: القواعد المادية (الموضوعية) ذات المصدر الدولي
164	أولا - القواعد المادية (الموضوعية) المنبثقة عن المعاهدات
164	ثانيا - القواعد المادية (الموضوعية) المنبثقة من مصادر دولية أخرى

166	خاتمة
169	قائمة المراجع
169	باللغة العربية
179	باللغة الفرنسية
180	فهرس المحتويات

ملخص:

لإرادة الأطراف دورا مهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فالأطراف هم الذين يحددون - كأصل عام - القانون الذي يحكم عقدهم، و هذا ما كرسته مختلف التشريعات و كذا الاتفاقيات الدولية.

إلا أن إعطاء الأطراف الحرية في اختيار قانون العقد لا يمكن أن يأخذ على إطلاقه، فالمشرع يشترط أن تكون لهذا القانون المختار صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين، مما يمكن القول معه أنه ضيق من مجال هذه الحرية، و هذا ما لا يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية و ما تتطوي عليه من عقود. و إذا كان للقاضي، كما للمحكم في حالة عرض النزاع على التحكيم التجاري الدولي، أن يتدخل بتوجيه و مراقبة إرادة الأطراف في الاختيار، فإنه من باب أولى أن يتدخل في حالة عدم اختيارهم أصلا و ذلك بإعماله لضوابط إسناد احتياطية، يتم تحديدها مسبقا من طرف المشرع، و يجب على القاضي أن يراعي الترتيب الذي وردت به تلك الضوابط في قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية. و رغم تعدد و اختلاف الضوابط المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إلا أن الهدف واحد و هو التوصل إلى قانون يحكم الروابط العقدية الدولية.

Résumé :

La volonté des parties a joué un rôle important dans le choix de la loi applicable aux obligations contractuelles, sont les parties qui déterminent - sur un bien - la loi régissant leur contrat, ce qui est inscrit dans la législation, ainsi que diverses conventions internationales.

Toutefois, étant donné aux parties la liberté de choisir le droit des contrats ne peut pas prendre sur sa libération, exigeant des législateurs qui seront sélectionnés pour cette loi, un lien authentique ou sous contrat, lui permettant de dire que réduire la portée de cette liberté, c'est ce qui est sans commune mesure avec les exigences du commerce international et Les conséquences de plusieurs décennies.

Et si le juge, l'arbitre dans le cas soumettre le différend à l'arbitrage commercial international, d'intervenir et de rapprocher les parties permettra de contrôler la sélection, c'est la première porte à intervenir en cas de non initialement sélectionné et que ses œuvres d'assigner un contrôle de sauvegarde, à déterminer à l'avance par le législateur , Et le juge doit prendre en compte l'ordre dans lequel elles sont reçues par ces contrôles en une référence spécifique aux obligations contractuelles.

Malgré la multiplicité des différentes disciplines et a adopté pour déterminer la loi applicable aux obligations contractuelles, toutefois, que l'on est une loi régissant les relations internationales nodale.