

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الدولية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: حقوق

تحت إشراف الأستاذة:

من إعداد الطالب:

حمادي نادية

البرقاوي بشار محمد عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

علاق نوال

الأستاذة

مشرفا مقرا

حمادي نادية

الأستاذة

مناقشا

بوخدي فادية

الأستاذة

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت في: 2023/06/ 08

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۱۴۳۸

الشكر والتقدير

قال تعالى ﴿ وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ﴾ [سورة لقمان آية 12]

بداية نشكر الله عزوجل على إتمام هذا العمل العلمي اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك
الكريم وعظيم سلطانك.

نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة حمادي نادية التي أشرفت على هذا العمل

المتواضع والتي لم تبخل علي بالنصائح والتوجيهات فلها منا كل الشكر والتقدير

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الأستاذة علاق نوال والأستاذة بوخديمي

فادية على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما نشكر أيضاً الأساتذة الذين رافقونا في مشوارنا الدراسي وتلقينا على أيديهم قطوف المعرفة

والعلم.

ولا ننسى أن نشكر كل من مد لنا يد العون لبلوغ هذا اليوم المشهود ونشكر الجمهورية الجزائرية

الديموقراطية الشعبية على منحنا للدراسة في جامعاتها وأخص بالذكر جامعتي جامعة عبد الحميد

بن باديس- كلية الحقوق والعلوم السياسية- مستغانم.

الإهداء

الحمد لله الذي جعل لنا من العلم نوراً نهدي به وبعد أهدي هذا البحث المتواضع إلى من أشتاق إليه بكل جوارحي وطني الغالي فلسطين إلى أرواح الشهداء الأكرم منا جميعاً إلى الأسرى والجرحى إلى روح أبي الذي فارقتني بجسده ولكن روحه ما زالت ترفرف في سماء حياتي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته إلى من قدّمت سعادتي وراحتي على سعادتها أُمي الفاضلة إلى أخوتي وأخواتي وعائلاتهم وأقاربي كنتم خير داعماً لنا إلى أصدقائي وزملائي في الغربة الذين كانوا بمثابة أخوة لنا فعليهم كان المتكأ في ظروفنا الصعبة التي مررنا بها وإلى كل من أراد بنا خيراً اللهم وفقه لكل خير وأعنا على إكرامه والله الحمد من قبل ومن بعد وأعاننا الله في المراحل القادمة.

المقدمة:

يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً حديث النشأة من فروع القانون يختص بتنظيم العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص المشتملة على عنصر أجنبي، وقد حظي هذا الفرع من القانون بإهتمام العديد من فقهاء القانون فكان موضوعاً للبحوث العلمية والمؤلفات الفقهية، و يدخل في نطاقه مجموعة من المواضيع أبرزها موضوع تنازع القوانين، الذي يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، التي من بينها وأهمها مسألة الإلتزامات التعاقدية الدولية والذي هو محور بحثنا، إذ يتم في هذا الصدد الرجوع إلى قواعد الإسناد (التنازع) لإسناد العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازع فيها، دون أن تعطي قاعدة الإسناد الحل النهائي لموضوع النزاع بل يقتصر دورها على التوجيه إلى القانون الواجب التطبيق.

تنقسم مصادر الإلتزام في القانون إلى مصادر إرادية كالعقد والإرادة المنفردة وهي ما يُعرف بالإلتزامات التعاقدية، ومصادر غير إرادية كالفعل الضار والفعل النافع وهي ما تسمى بالإلتزامات الغير التعاقدية.

فالعقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

هذا ويجب أن يكون الأثر القانوني أو التوافق بين الإرادتين ضمن ما يسمى بالقانون الخاص حتى ولو تعلق الأمر بالعقود ذات البعد أو الأثر الدولي، فالإرادة في التصرفات القانونية هي العنصر الأساسي لتلك التصرفات وهي ما يربط آثاره ضمن ما حدده القانون بنصوصه الآمرة والنظام العام والآداب العامة.

يحتل العقد مكان الصدارة في النظم القانونية المختلفة فهو المركز الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي، ويلعب دوراً هاماً في تنظيم العلاقات بين الأشخاص ومن خلاله تنشأ الغالبية الكبرى للحقوق والإلتزامات وتستقر به المراكز القانونية المختلفة.

أن نظرية العقد لها مكانة بارزة ومتطورة في التشريعات المعاصرة ويتردد صداها عند القضاء والدراسات الفقهية.

إن العقود التي تكون محلاً لتنازع القوانين هي العقود الدولية لأنها هي التي تشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر، سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو بتنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو

بمواطنهم، إن دولية العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة، فإذا إتصلت أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر فإنها تكتسب الطابع الدولي لإرتباطها بأكثر من نظام قانوني واحد.

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

من المقرر أن العقود الداخلية تخضع لأحكام القانون الوطني ولا يجوز اللجوء لتطبيق أي قانون أجنبي عليها، أما العقود الدولية فتخضع لأحكام القانون الدولي الخاص التي تسمح للمتعاقدين بإختيار القانون الواجب التطبيق عليها، إن الصفة الدولية للعقد هي الشرط الضروري لصحة إختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، ومن ثم لا يمكن الحديث عن القانون الواجب التطبيق إلا بعد التأكد أولاً من أننا بصدد عقد دولي، فهذا النوع من العقود هو الذي يثير مشكلتي تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، ومن هنا تبدو أهمية تكييف الرابطة العقدية وهو أمر لا يتوقف على إرادة الأطراف بل يتولى القاضي تحديد الطابع الدولي للعقد على ضوء عناصره وخصائصه الذاتية، وهذه مسألة قانونية تخضع لقانون القاضي الذي طرح عليه النزاع تحت رقابة محكمة النقض.

إن هذا المعيار في تحديد دولية العقد يتسم بالطابع القانوني وهو المعيار الموسع والتقليدي السائد في هذا المجال، ولكن البعض حاول تضيقه بالمعيار الإقتصادي وإعتبار العقد دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية أي تتعدى آثاره الإقتصاد الداخلي للدولة من خلال تصدير وإستيراد المنتجات والبضائع والسلع والخدمات، ويستتبع ذلك حركة تنقل الأموال والقيم الإقتصادية عبر الحدود.

والواقع أن المعيار الإقتصادي للعقد تقتصر على بعض عقود المعاملات المالية أو التجارة الدولية ولا تضيف أي جديد، بل هي تطبيق للنظرة القانونية حيث أن إنتقال الأموال والخدمات من خلال العقد بين أكثر من دولة يضيف عليه الطابع الدولي؛ لأنه يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، وهذا العنصر يتمثل في آثار العقد أو تنفيذه الذي يمتد خارج إقليم الدولة وهذا هو المعيار القانوني الذي يكفي وحده لتمييز العقد الدولي.

إن سبب إختيار الموضوع هو الرغبة الذاتية والميول الشخصي نحو دراسة قواعد القانون الدولي الخاص نظرا لما لها من أهمية في تنظيم العلاقات بين الأفراد بالإضافة إلى أن موضوع العقد الدولي أصبح من أكثر المواضيع أهمية على الصعيد الدولي والسائدة فيه، ولذلك يستوجب معرفة ضوابط القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

وتظهر أهمية دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية إلى إبراز ضوابط الإسناد المعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، وذلك حسب الترتيب الذي ورد في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

إن الهدف من دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بدرجة أولى هو التيسير على المتعاقدين بما يحقق مصالحهم ويصون حقوقهم التي تنشأ في ظل العقد والذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني، لذا أصبحت مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية محل إهتمام العديد من الدول والأنظمة القانونية لما تشهده هذه العقود في مساهمتها ودورها في تسيير إقتصاد الدول.

منطلق هذه الدراسة كان من إشكالية قانونية مفادها: ما هي الضوابط التي يحدد بواسطتها القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الخاصة.

وللإجابة على هذه الإشكالية إتبع المنهج التحليلي القائم على إستقراء النصوص القانونية التي جاءت بها أهم التشريعات الحديثة في مجال القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية وتم تقسيم الموضوع إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين.

الفصل الأول تضمن خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة وتم تناول مبدأ قانون الإرادة في (المبحث الأول)، ثم موانع تطبيق قانون الإرادة على الإلتزامات التعاقدية في (المبحث الثاني).

والفصل الثاني تضمن خضوع الإلتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة، أي في ظل غياب قانون الإرادة وتم تناول أعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في (المبحث الأول) ثم خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر في (المبحث الثاني).

الفصل الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة

لقد أجمعت معظم التشريعات الحديثة على تبني قانون الإرادة بإعتباره ضابط في إسناد العقود الدولية، على إعتبار قانون الإرادة الذي إختاره أطراف العقد الدولي بمثابة القانون المطبق على مصدر الإلتزامات التعاقدية ومع ذلك فإن هذا الإختيار يختلف من دولة إلى أخرى وفقاً للأنظمة التشريعية المختلفة.

تعد العقود والإتفاقيات من أنسب الوسائل لتحقيق العدالة في المعاملات المالية الشخصية، وعندما يكون لدى الشخص مصلحة في عقد فإنه يكون راضياً بشكل طبيعي عنها، لأن الموافقة دليل حتى لو لم يكن مطلقاً وعادلاً في نطاق المصلحة العامة يمنح القانون الأفراد حرية تنظيم العقود ووضع شروط تضمن تحقيق مصالحهم هذا هو مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي.

يرى المشرع تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات والإتفاقيات ذات العنصر الأجنبي تماماً كما أن للأطراف المتعاقدة حرية إنشاء العقود وإبرامها لذلك لديهم أيضاً حرية إختيار القانون لتطبيقه والتحكم في سلوكهم الإرادي في العقود الدولية، إذا كانت هذه الأعمال والعقود تنطوي على النظام القانوني لأكثر من دولة فهذا لا يعني أنه موجود في فراغ قانوني بل يجب أن يخضع بشكله وشروطه وتأثيره على قانون أو نظام قانوني معين، وتحديد هذه هي مهمة الأطراف المتعاقدة لذلك لديهم الحق في إختيار القانون الذي يُطبَّق على عقدهم وهذا مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية.¹

في هذا الصدد يعتقد أنصار قانون الإرادة أن حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لا تستند مباشرة إلى مبدأ سلطان الإرادة ولكن على أساس قاعدة الإسناد؛ لأنها تمنح الأفراد الحق في إختيار القانون الذي يحكم عقودهم مما يعني أن المصدر الذي يمنح الاختصاص القضائي للقانون المختار هو أساس الإسناد، أما بالنسبة للإرادة فإن دورها يقتصر على تركيز العقد أي إختيار موقعه عند تحديد موقع العقد،

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية مصر - الإسكندرية، 2008، ص156-157.

حيث يجب مراعاة الأحكام القانونية للموقع الذي اختاره أطراف العقد وفقاً لقواعد الإسناد.² سنتناول في هذا الفصل الأحكام المتعلقة بقانون الإرادة بغية الوصول إلى تحديد نطاق خضوع الإلتزامات التعاقدية الدولية لقانون الإرادة، ودراسة الأحكام المتعلقة به والآثار الناجمة عن إعماله في هذا الإطار بالقدر الذي تقتضيه متطلبات حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وفي ضوء مسألة تنازع القوانين سنتناول مبدأ قانون الإرادة في (المبحث الأول) ثم موانع تطبيق قانون الإرادة على الإلتزامات التعاقدية في (المبحث الثاني).

² - حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان، 2005،

المبحث الأول: مبدأ قانون الإرادة

إذا تمت العودة إلى التطور التاريخي لهذا المبدأ ولأصوله فإنه يتبين أن قانون الإرادة لم يكن يحكم العقود الدولية في القرنين الثاني عشر والثالث عشر في الفقه الإيطالي القديم، وإنما كانت تخضع هذه العقود لقانون بلد الإبرام على أساس أن هذا القانون يفترض أنه كان معروفاً من قبل المتعاقدين.³

وفي القرن الخامس عشر اتخذ الفقيه (Ruchus Curtius) الخطوة الأولى نحو إختصاص قانون الإرادة تماماً وبرر إختصاص قانون بلد الإبرام على أساس أنه القانون الذي إتجهت إليه إرادة الأطراف ضمناً.

في القرن السادس عشر إتخذ الفقيه الفرنسي ديمولان الخطوة الأخيرة نحو إختصاص قانون الإرادة وقال إنه إذا كان قانون بلد الإبرام سارياً؛ لأنه هو القانون الذي اختارته إرادة الطرفان ضمناً ومن الممكن أن يختارا قوانين أخرى غير هذه لتنظيم عقودهم، وهذا إستنتاج منطقي بالنسبة للفقيه ديمولان هو أن العقود تخضع لتطبيق القواعد القانونية لدولة الإبرام في شكل العقد لا مضمونه.

رحب فقهاء القرن الثامن عشر ولا سيما بولينويس بقرار ديمولان بإخضاع العقد لقانون الإرادة للأطراف المتعاقدة.⁴

أما في القرن التاسع عشر كانت لهذه القاعدة صدىً كبيراً لدى تشريعات الدول المختلفة وكانت تحتوي على الكثير من قوانينها، ولكن بمجرد أن تصل هذه القاعدة إلى الإستقرار في قوانين الدول المختلفة حتى بدأت الإنتقادات توجه إليها.

ومن جملة ما وجه إليها من إنتقاد ما يلي:

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة يحول الأشخاص الطبيعيين إلى مشرعين وهذا غير جائز؛ لأن سلطة وضع القوانين وتحديد نطاق تطبيقها من سلطات المشرع فقط لا للأفراد.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 303-304.

⁴ - عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، "تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ط 09، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1986، ص 420-421.

ولعل هذا النقط هو الذي دفع بالفقيه باتيفول إلى القول بأن الأطراف لا يختارون مباشرة القانون الواجب التطبيق على العقد وإنما يقومون فقط بتركيزه في مكان معين وقانون هذا المكان هو الذي سيطبقه القاضي.⁵

ومن الردود على هذا النقط أن إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد سنده قاعدة الإسناد في قانون القاضي فهي التي أعطت لهم حرية إختيار هذا القانون أو ذلك، فيكون بذلك إختيار الإرادة لقانون معين مرده في النهاية إلى سيادة القانون.

ثانياً: هناك حاجة ماسة لقانون يمنح الأطراف سلطة إتخاذ القرار بشأن القانون المعمول به، ومع ذلك لا يمكن أن يكون القانون المختار هو القانون الواجب التطبيق الذي تم إختياره من قبلهم ولا يمكن أن تؤدي الإرادة إلى إختيار القانون الواجب التطبيق؛ لأن ذلك من شأنه أن يوقعنا في حلقة مفرغة مما يبرر القول بأن إختيار القانون الواجب التطبيق غير مستمد من الإرادة.

وقد دفع جانب من الفقه هذا الإعتراض بالقول أن كل عقد يصاحبه عقد آخر هو إختيار القانون الواجب التطبيق والذي لا يخضع لقانون الإرادة وإنما لقانون القاضي.

ثالثاً: قد يؤدي تطبيق قانون الإرادة إلى بطلان العقد وهي نتيجة غير مقبولة لأنه لا يتصور أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل تعاقدهم.⁶

لم تؤثر هذه الجملة من الإنتقادات على إستمرارية الأخذ بقانون الإرادة في مختلف دول العالم فمنها التي نصت على الأخذ به بشكل صريح في تشريعاتها كالدول العربية مثلاً، وبعض الدول الأوروبية مثل بولونيا، واليونان، وإيطاليا⁷، ومنها التي على الرغم من عدم النص على الأخذ به في تشريعاتها قد أخذت به محاكمها مثل فرنسا.⁸

ويثير تطبيق قانون الإرادة بعض التساؤلات يتعين الإجابة عنها منها: هل يمكن الإعتداد بالإرادة الضمنية أو المفترضة للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما؟ وهل يشترط في قانون الإرادة أن يكون له صلة بالعقد أم لا ؟.

⁵ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 304-305.

⁶ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط01، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 649-651.

⁷ المادة 25 من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في 12 نوفمبر 1965 (جريدة القوانين، رقم 46، النص 296).

⁸ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 306.

ولبيان ذلك سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم وموضوع مبدأ قانون الإرادة في (المطلب الأول) ثم أشكال مبدأ قانون الإرادة والشروط الواردة عليه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم وموضوع مبدأ قانون الإرادة

حرية التعاقد هي عندما يختار الشخص إبرام عقد أم لا وإختيار من يبرم العقد معه وتحديد مضمون العقد وما هي القوانين التي ستطبق عليه.

وقد لعبت الإرادة دوراً بارزاً ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، فكان للمتعاقدين أن ينظما علاقاتهما التعاقدية وتحديد حقوقهما والتزاماتهما في حدود النظام العام والآداب العامة بحيث يساعد الأفراد على إبرام عقود عادلة مع بعضهم البعض.

فيما يلي سيتم تبيان مفهوم وموضوع مبدأ سلطان الإرادة من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول أولهما مفهوم مبدأ قانون الإرادة وثانيهما موضوع هذا المبدأ.

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة

في مقابل العلاقات القانونية التي تحكم أفراد الدولة الواحدة وتكون جميع عناصرها محلية تخضع للقانون الداخلي فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية يترك مجالاً لحرية الأفراد لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يرونه مناسباً لهم، وعليه وإضافة إلى إتفاقهم على شروط العقد لهم أن يحددوا بإتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم وما يمكن أن ينشأ حولها من منازعات، وهو ما يُعرف بمبدأ قانون سلطان أو إستقلال الإرادة.⁹

يُعتبر قانون الإرادة الإسناد الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في أغلب التشريعات، ولكن فقه القانون الدولي الخاص إختلف فيما يخص هذه الإرادة وخاصة فيما يتعلق بالأساس الذي بموجبه تختار إرادة الأطراف القانون الذي سيحكم العقد، وعليه سنتطرق إلى تعريف قانون الإرادة ثم إلى الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ.

⁹ - بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011، ص21.

أولاً: تعريف قانون الإرادة

لقد ذهب البعض إلى تعريف قانون الإرادة بأنه "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لوحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يُعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود أو لو وجدت ولكن في صورة مختلفة".¹⁰

وهناك من يُعرِّفه بأنه "الإعتراف للأطراف بحق إختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وإعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقيدهم".¹¹

يُعرِّف قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص بأنه "الحرية المتروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يخضعون له إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلدان مختلفة".¹²

كما يُعرِّف أيضاً بأنه "القانون الذي إختياره المتعاقدين صراحةً أو ضمناً وهو القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية إستناداً إلى إرادة الأطراف، وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرة القانون".¹³

عندما يعقد الأشخاص إتفاقات مع بعضهم البعض يمكنهم إختيار القواعد التي يريدون إتباعها وهذا مهم لأنه يساعدهم على التأكد من أن القواعد عادلة بحيث تعمل معهم، كما أنه يسهل على الأشخاص من أماكن مختلفة العمل بها بما يلائمهم ولا يعرقل مصالحهم.

ثانياً: الأسس التي يقوم عليها مبدأ قانون 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 الإجتماعي حول

¹⁰ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانون للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة الدكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص212.

¹¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص157.

¹² - بلميهور عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الاول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة جيجل، الجزائر، 2013/04/12، ص02.

¹³ - شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراة، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص12.

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 تُثار معه بشأنها مشكلة تنازع القوانين.¹⁴

فمنذ تأييد فقه القانون الدولي الخاص لنظرية ديمولان فقد إستقرت هذه النظرية وراجت فقهيًا وبات من الأمور المسلم بها الإعتراف لإرادة أطراف العقد بحرية إختيار القانون الذي يحكمه.

والسؤال المطروح ما هو الدور الحقيقي لإرادة الأطراف؟ هل هو إختيار أو تحديد قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على العقد الدولي؟، وإن كان الأمر كذلك فهل يخضع القاضي لذلك الإختيار أو التحديد وليس له سلطة إلا تطبيق القانون المختار من طرف المتعاقدين؟، أم أن له تدخل وتوجيه ما تم من إختيار أو حتى تجاهل ذلك وقيامه بنفسه بمهمة تحديد القانون الواجب التطبيق مثلما يقوم بذلك في حالة غياب الإرادة مطلقًا؟.¹⁵

لقد قيل بشأن أساس إختيار الأفراد للقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية نظريتان إحداهما تطلق الحرية لإرادة الأطراف فلا تضع قيوداً على هذا الإختيار بينما النظرية الأخرى، تقيد حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، كما أن لقانون الإرادة أساس قانوني مسلم به في العديد من الإتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول.

1- الأساس الفقهي لمبدأ قانون الإرادة

حتى وإن كان هناك إجماع من قبل الفقه على إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة إلا أن هذا الإجماع يبدو في حقيقة الأمر ظاهرياً بالنظر إلى الإختلاف العميق بين الآراء الفقهية في تحديد الأساس الذي تستند إليه الإرادة في إختيارها للقانون الواجب التطبيق وتجسد هذا الخلاف الفقهي بين نظريتين هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

¹⁴ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، - دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الفقهية الحديثة-، منشأة المعارف للنشر، مصر-الإسكندرية، 2000، ص 67.

¹⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 169.

أ- النظرية الشخصية

تجسد النظرية فكر المذهب الفردي السائد في القرن التاسع عشر والذي يقوم على تقديس حرية الفرد وجعل الإرادة مصدراً للحقوق والالتزامات.

من هذا المنطلق يؤكد أنصار النظرية الشخصية منهم (Luca Louis) على أنه للأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق في علاقاتهم التعاقدية الدولية إستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق.

فالعقد على حد تعبير الفقيه (Rable) شريعة المتعاقدين ولا وجود لقانون سابق عن العقد يمكن إخضاعه لأحكامه¹⁶، وإعطاء المتعاقدين الحرية في إختيار قانون العقد إستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة يقضي إلى نتائج أهمها:

- إندماج القانون الذي تم إختياره في العقد أي تأخذ أحكامه حكم باقي البنود الواردة فيه ويفقد بذلك صفته القانونية ويعامل من قبل القاضي كعنصر من عناصر الواقع، سواء من حيث الحكم به أو إثباته أو رقابة المحكمة العليا على حكم القاضي.

- لا يشترط توفر علاقة بين العقد والقانون المختار ذلك أن الغرض من تكريس قانون الإرادة هو تحقيق الأمان القانوني للمتعاملين في العقود الدولية، ولا شك أن الأطراف هم أكثر إدراكاً للقانون الذي سيحقق لهم هذا الأمان وبالتالي فالأمر لا يستدعي توفر صلة بين العقد والقانون المختار، وإذا كان القانون الذي تم إختياره يتضمن أحكاماً من شأنها أن تؤدي إلى بطلان العقد جاز للأطراف إستبعاد هذه الأحكام لضمان إستمرارية العلاقة التعاقدية.

- ينطبق على العقد أحكام القانون السارية وقت إختياره دون أن يتأثر بالتعديلات التشريعية التي تطرأ فيما بعد، فضلاً عن ذلك للمتعاقدين الحق في الأخذ ببعض الأحكام دون الأخرى حتى ولو كانت تتسم بطابع أمر في أكثر من قانون لينطبق على العقد بل لهم إدراج شروط عقدية لا تخضع لأي قانون داخلي.¹⁷

¹⁶ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 31-32.

¹⁷-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 110-111.

غير أن هذه النظرية كانت محل إنتقاد شديد على أساس أن الإرادة لا يمكن أن تكون مصدراً للحقوق إلا إذا خول لها القانون هذه الصلاحية وبالتالي فإنه لا يتسنى للأطراف إختيار قانون للعقد الدولي إلا إذا منح لهم القانون إمكانية الإختيار.¹⁸

وبالمقابل وجدت النظرية الموضوعية لإعطاء أساس يقوم عليه القانون المختار.

ب- النظرية الموضوعية

إن حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي حسب أنصار النظرية الموضوعية لا يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق، بل مردّه إلى القاعدة القانونية - قاعدة الإسناد - التي خولت للإرادة هذا الحق، وعليه تُعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق؛ تبعا لذلك يطبق القانون الذي تم إختياره بإعتباره قانوناً وليس مجرد شرط من الشروط المدرجة في العقد، إذ لا يجوز للأطراف المتعاقدة إستبعاد أحكامه الآمرة بل يتعين على القاضي إعمال هذه القواعد حتى ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد.¹⁹

وبما أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق في العقود الدولية يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع على نحو تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد تتضمنه هذه القاعدة فإنه يتعين على الأطراف إختيار القانون الأوثق صلة بالعقد؛ لأن إختيار قانون ليس له صلة بالعقد يؤدي إلى تخطي الإرادة للوظيفة الموكلة لقاعدة التنازع المتمثلة في منح المتعاقدين حرية تحديد قانون من بين القوانين المتزاحمة ليحكم الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي المبرمة بينهما.

تبعا لذلك إذا تبين للقاضي أن القانون المختار ليس له صلة بالعقد عليه أن يصحح هذا الإختيار ويطبق القانون الأوثق صلة به، وهو الإتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري بمقتضى المادة (18) من القانون المدني.

من خلال هذا العرض الوجيز لمحتوى النظريتين يتبين أن النظرية الشخصية قد بالغت في تقديس حرية إختيار الأطراف لقانون العقد على نحو جعلت الإرادة تسمو على القانون

¹⁸- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، - الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب -، دار المطبوعات الجامعية، مصر-الإسكندرية، 2012، ص340.

¹⁹- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص95.

الذي تم إختياره، بينما قيّد أنصار النظرية الموضوعية دور الإرادة في إسناد العقد بإشترط توفر صلة بين هذا الأخير والقانون الذي تم إختياره.

لذلك برزت آراء أخرى أخذت بإيجابيات كلا النظريتين كأن تتمح الحرية لأطراف العقد لإختيار القانون الواجب التطبيق حتى ولم يكن هذا الأخير على علاقة جدية بالعقد وفقاً لرأي المذهب الشخصي على ألا يؤدي هذا الإختيار إلى إستبعاد لقواعده الأمرة تبعاً لما أكده أنصار المذهب الموضوعي²⁰، فماذا الآن عن الأساس القانوني لمبدأ قانون الإرادة؟.

2- الأساس القانوني لمبدأ قانون الإرادة:

أصبح قانون الإرادة مبدأ مسلماً به في العديد من الإتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول.

أ- بالنسبة للإتفاقيات الدولية:

حظي مبدأ قانون الإرادة بإهتمام واسع في الإتفاقيات الدولية من بينها إتفاقية لاهاي سنة 1955 تتضمن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية التي نصت في المادة الثانية منها على أنه: " يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدين"، كما خولت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف سنة 1965 للمتعاقدين حق إختيار القانون الواجب التطبيق بمقتضى المادة (1/7) حيث جاء فيها: " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضع النزاع".

إتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية التي تم إبرامها بين دول الاتحاد الأوروبي (1980) خولت بدورها للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد(المادة3)، وكذلك الشأن بالنسبة للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي عمان (1987) حيث تناولت المادة (23) منها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق.²¹

²⁰ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص340.

²¹ الإتفاقيات المشار إليها لدى علي عمران السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص209-211.

ب- بالنسبة للتشريعات الداخلية:

إعترفت التشريعات الداخلية للدول بمبدأ قانون الإرادة بمقتضى نصوص قانونية صريحة حيث غالباً ما تدرج هذه الأخيرة إما في تقنيات القانون الدولي الخاص كالقانون الدولي الخاص للنمسا لسنة 1979 المادة (24)، القانون الدولي الخاص التركي الصادر في 1982 المادة (27)، إلى جانب القانون الدولي الخاص الإيطالي لسنة 1995 أو في إطار أحكام القانون المدني كما هو الحال في القانون المدني المصري المادة (19)، القانون المدني الأردني المادة (20)، القانون المدني الليبي المادة (19).²²

ج- موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة:

تناول المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة في قانونين مختلفين حيث نظمه بمقتضى المادة (18) من القانون المدني: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين...."²³، كما نص عليه في المادة (1050) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف...."²⁴.

يتضح من نص المادة أن المشرع إتخذ ضابط إرادة الأطراف أساساً في إسناد العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي فنصوص المواد في هذا الشأن جاءت واضحة لا تأويل فيها، وحسم بذلك الجدل الفقهي القائم في ظل الصياغة القديمة للمادة (18) من القانون المدني²⁵، بعد معرفة أساس قانون الإرادة فما هو مضمون هذا القانون.

²² النصوص القانونية مشار إليها لدى خالد شويرب، المرجع السابق، ص13.

²³ - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، لسنة 2005.

²⁴ - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالقانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 10، لسنة 2008.

²⁵ أثارت الصياغة القديمة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان...." فالفقهاء الحرفية للنص توحى في نظر البعض أن المشرع جعل من قانون مكان الإبرام ضابطاً أساسياً بينما جعل من قانون الإرادة ضابطاً احتياطياً بحجة أن المشرع أخذ بقاعدة الإسناد وفقاً لظهورها التاريخي في حين يرى البعض الآخر أن قانون الإرادة هو الأساس في إسناد العقد بحكم سيادة قانون الإرادة في واقع التعامل الدولي ...،

الفرع الثاني: موضوع قانون الإرادة

أن أغلب التشريعات تعترف للأطراف ما ينظم علاقاتهم التعاقدية لكن الإختلاف الأساسي يكمن في مدى هذه الحرية، بمعنى أن الغرض من تراجع القانون امام مبدأ الإرادة ليس إلا لأجل الوصول إلى الأحكام ذات الصلة الحقيقية بالمتعاقدين والعقد المبرم بينهما، وعلى هذا الأساس هناك من المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة وأخرى تخرج عن نطاقه.²⁶

أولاً: المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة

- عدا الأهلية والشكل في العقد الدولي فإن قانون الإرادة يحكم العقد من حيث تكوينه وأركانه وشروط صحته وإنقضائه وآثاره خاصة في المسائل التالية:
- 1- موضوع العقد في حدود النظام العام والآداب العامة.
 - 2- ما يتعلق بتكوين العقد وأركانه من رضا وسبب ومحل وشكلية.
 - 3- ما يتعلق بعيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال.
 - 4- الوفاء بالإلتزام ومواعيده وطرقه.
 - 5- تفسير العقد.
 - 6- المسؤولية التعاقدية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ الإلتزامات ما لم يكن ذلك مخالف للنظام العام والآداب العامة فمثلاً لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية الجزائية.
 - 7- القوة القاهرة وقيمة العطل والضرر والتأخير من جرائها.
 - 8- نشوء الإلتزام وإنقضائه وإنتقاله.
 - 9- فسخ العقد ومدى حق أطراف العلاقة في ذلك عند عدم تنفيذ الإلتزامات من قبل أحدهم أو بعضهم.

- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري -تتازع القوانين-، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص324-325.

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية - تتازع القوانين-، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص217.

²⁶- شويرب خالد، المرجع السابق ، ص64.

ثانياً: المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة

تخرج بعض العقود والمسائل عن نطاق قانون الإرادة وتخضع لقواعدها الخاصة وهذه المسائل والعقود هي:

1- غالبية التشريعات تجعل مجال تطبيق قانون الإرادة في نطاق القواعد القانونية المكملّة أو المفسرة المنظمة للروابط الخاصة بين الأفراد دون نطاق القواعد القانونية الأمرّة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، لأن القواعد الأمرّة أو الإلزامية لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها وإستبعاد تطبيقها أصلاً و بالتالي فلا يجوز نقل الإختصاص التشريعي منها إلى قانون آخر مختار، فحرية الأفراد في إختيار القانون الواجب تطبيقه في تصرفاتهم التعاقدية تقتصر على ما تحكّمه القواعد المكملّة أو المفسرة التي يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها و إخضاعها لقانون آخر مختار دون القواعد الأمرّة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة وذلك تطبيقاً لقاعدة الإسناد.

2- من المتفق عليه أن تحديد أهلية أطراف العلاقة تخرج من نطاق قانون الإرادة أيضاً لأنها تخضع لقانون الجنسية.

3- العقود المتعلقة بالعمارة تخرج من نطاق قانون الإرادة؛ لأنها تخضع لقانون موقع العمارة.

4- العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن تكون متعلقة بالمصلحة الخاصة للأفراد دون العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة، كعقد الشركات الذي يخضع لقانون محل مركز إدارتها الرئيسي لأن عقد الشركات من النظام العام ويكون محمياً بأحكام القانون الجزائي.

5- تخرج من نطاق قانون الإرادة المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي حيث أن هذه العلاقات تخضع لقانون العمل والضمان الاجتماعي الوطني، ولا مجال لنقل الإختصاص فيها إلى قانون آخر مختار عن طريق الإرادة، لأنه لا يجوز للأفراد الإتفاق على خلاف الأحكام المتعلقة لمثل هذه العلاقات أصلاً.²⁷

6- إن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب ألا تكون متعلقة بالميراث والوصية، مثل الإتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون خاصة إذا

²⁷- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، ص220-221.

كان الإتفاق متعلقاً بالمال غير المنقول فالإرث والوصية يحكمها قانون المورث و الموصي وقت موتهما.

7- دور الإرادة يقتصر على إختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية وعليه تخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق قانون الإرادة كالزواج والطلاق و النفقة والحضانة.... الخ، حيث تخضع هذه المسائل للقانون الشخصي وفقاً للقواعد الخاصة بها.

8- تخضع عقود التأمين المتعلقة ببعض المنقولات كالطائرات والسفن لقانون بلد التسجيل لا لقانون الإرادة.

9- تخرج من نطاق قانون الإرادة الأموال المنقولة؛ لأنها تخضع لقانون الجهة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى فيها أو فقدها.²⁸

10- هناك مسائل أخرى غير خاضعة لقانون الإرادة فتستثنى من ذلك بعض العقود الدولية كعقد الزواج، عقد العمل، عقد الإيجار، عقود المستهلكين، كما تستثنى بعض الفئات كفئة الأحوال الشخصية وفئة الشكل وفئة الأموال.²⁹

11- حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر لا يطبق عليها قانون الإرادة

المطلب الثاني: أنواع الإرادة والشروط الواردة عليها

إذا كان المشرع قد إترف للمتعاقدين بالحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يجب أن يحكم عقدهم، فإنه من الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدون ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون هذه الدولة أو حتى القواعد الموضوعية التي إستقرت في مجال معين هو الواجب التطبيق عند المنازعة، فإن تم ذلك كنا بصدد إختيار صريح أو إرادة صريحة وواضحة في إختيار قانون معين، أما في حالة غياب الإختيار الصريح يجب البحث عن إرادتهم الضمنية.³⁰

²⁸- شويرب خالد، المرجع السابق، ص 223.

²⁹- عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص370.

³⁰- أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص189.

لذلك يتعين على قاعدة الإسناد في قانون القاضي والتي تخول الأفراد حق إختيار قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية أن توضح ما إذا كان يلزم في الإتفاق على إختيار القانون الأجنبي أن يكون صريحاً أو أنه يكفي أن يكون ضمناً يستخلص من ظروف الحال وملابسات العقد، فضلاً عن وجود أيضاً ما يسمى بالإرادة المفترضة وكذا الإرادة المحتملة.³¹

وبعد التوصل إلى معرفة القانون المختار من قبل أطراف العقد والمعبر عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية فإنه يكون من المهم معرفة الشروط الواردة عليه.

الفرع الأول: أنواع الإرادة

وغني عن القول إن مبدأ سلطان الإرادة هو القانون الذي اختاره الأطراف بحيث يتمتع الأفراد بالحرية الكاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ويمكن أن يأخذ هذا شكل التعبير عن تلك الإرادة التي منحها القانون بدوره العناية اللازمة والتي نص عليها صراحة في المادة 60 من القانون المدني الجزائري³²، والمتمثلة في الإرادة الصريحة (أولاً) والإرادة الضمنية (ثانياً).

³¹ تختلف الإرادات المذكورة أعلاه فيما بينها على النحو الآتي بيانه:

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

- أما الإرادة الضمنية فهي إرادة حقيقية ولكنها غير معلن عنها صراحةً في العقد وإنما يستخلصها القاضي عن طريق تفسير العقد من ظروف الحال.

- أما الإرادة المفترضة فهي إرادة ليست حقيقية وغير موجودة في العقد ولكن القاضي يفترضها بقرائن مستمدة من ظروف العقد، ويقسها بمعيار موضوعي " الرجل المعقول".

- أما الإرادة الإحتمالية فهي مجرد إفتراض تصوري وتختلف عن الإرادة المفترضة من حيث كون هذه الأخيرة تؤخذ على أنها حقيقية تقوم على قرائن، بينما الأولى تقوم على مجرد التخمين والظن راجع: زروتي الطيب، "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن"، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991. ص 113 هامش 01.

³² تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

أولاً: الإرادة الصريحة

يكون الاختيار صريحاً إذا حدد الطرفان في العقود الدولية أنهما يستتجان أن قانون بلد معين يطبق.

فالملاحظ أن بعض العقود الدولية كعقود البيع وعقود التأمين والقرض والعقود البنكية يتضمن أخيراً شرطاً يُعرف باسم شرط الإختصاص التشريعي والذي يحرص عليه الأطراف دائماً لأن الأمر مهم بالنسبة لهم، بالإضافة إلى شرط الاختصاص القضائي يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق مثل الموافقة على أن العقد ملزم بالخضوع للقانون المصري أو الفرنسي أو الإنجليزي في حالة حدوث نزاع.³³

من المهم للأطراف أن يدرجوا في عقودهم شرطاً أو بنداً يحدد القانون المعمول به ولكن لا يوجد ما يمنع ذكر ذلك في إتفاق منفصل بعد إبرام العقد، بدلاً من ذلك يمكن تغيير الخيار السابق من خلال الموافقة على قانون آخر يتوافق مع شروط العقد ومتطلباته الجديدة. يتعامل معظم الفقه مع إمكانية فصل أو تجزئة عقد دولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد حيث يمكن للأطراف تحديد القانون المطبق على كل العقد أو جزء منه، وبالتالي فإن الأهلية تخضع لقانون الأحوال الشخصية للمتعاقدين، ويخضع النموذج (الشكل) لقانون الدولة المتعاقدة، وتخضع الالتزامات لقانون مكان التنفيذ، مع مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري المعمول بها المتعلقة بقانون الدولة المتعاقدة أو القاضي المختص بنظر النزاع.³⁴ يعتبر الإختيار الصريح عنصراً من عناصر قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي من غير المرجح أن يواجه أطراف العقد الذين يتخذون مثل هذا الإختيار صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد المتنازع عليه وذلك ببساطة؛ لأن الإختيار الصريح للشكل المذكور أعلاه من شأنه أن يساعد الأطراف على تركيز العقد في بلد معين، لذا فإن القانون المختار هو الذي يختص بحكم العلاقة التعاقدية ولكن دائماً مع الأخذ في الإعتبار ما هو منصوص عليه في النظام العام الدولي.³⁵

³³ - عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 515-516.

³⁴ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر - الإسكندرية، 2009، ص 433-434.

³⁵ - محمد خالد الترجمان، "تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 49، 1993، ص 93.

نستنتج مما سبق أنه إذا كان العقد يتضمن قاعدة قانونية واضحة لا لبس فيها، فيجب على القاضي فرض هذا الاختيار وعدم وضعه جانباً بشرط أن يكون للعقد طابع دولي وأن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية، نظراً لأن العبرة في الاختيار الصريح هو بيان الإرادة وإعتماد القانون المختار صراحةً من قبل الأطراف من شأنه أن يجلب لهم الراحة؛ لأن تطبيق القانون هو نتيجة إختيارهم ويمكن القول أنه يخدم مصالحهم لا شك، أما إذا لم يفصح الأطراف عن إرادتهم في الإختيار وجب البحث عن إرادتهم الضمنية.

ثانياً: الإرادة الضمنية

من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدولية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بصورة صريحة وواضحة، فهنا تسعى المحكمة إلى البحث عن الإرادة في تحديدها للقانون الواجب التطبيق من خلال أي تعبير ضمني، مثل وجود نص مشتق من قانون دولة معينة في العقد، أو شرط يقضي بإخضاع أي نزاع يثور حول العقد يخضع لإختصاص محكمة دولة معينة يسمى بشرط الإختصاص التشريعي.

تُعرّف الإرادة الضمنية بأنها المظهر الذي إتخذ ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون وجود هذه الإرادة، والإرادة الضمنية في مجال الإختصاص القضائي الدولي يتعين أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمناً، ويحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطن مختاراً لهم في دولة معينة أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم إختصاص المحكمة.

فيعد الإختيار الضمني إختياراً حقيقياً ولكن غير معين يستخلصه القاضي من ظروف الحال، وتؤكد كافة نصوص القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.³⁶

وفيما يتعلق بإختيار القانون الواجب التطبيق فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى إعتبار السكوت تعبيراً عن إختيار قانون معين؟، لأن مشروع إتفاقية روما بشأن الإلتزامات

³⁶- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص32.

التعاقدية وغير التعاقدية يكشف عن نهجين في هذا الصدد الإتجاه الأول يقول أن السكوت يُؤخذ في الإعتبار عند إختيار القانون الواجب التطبيق ويجب أن يخضع للقانون الشخصي للطرف الساكت، والاتجاه الثاني لا يأخذ بالسكوت على الإطلاق.³⁷

في ضوء الفقه الدولي وموقفه من مسألة الإعتماد على الإرادة الضمنية نجد جانباً من الفقه الفرنسي الحديث يرفض الإعتماد على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية³⁸، حيث من المحتمل أنهم يفتقرون إلى الإتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحةً، مما يعني بوضوح أنهم لم يوافقوا على تعريف هذا القانون أو توقعوا مثل هذا الاختلاف منذ البداية، ثم كان القضاة قلقين بشأن العثور على الإرادة الضمنية في هذه الحالات وهم وخيال العدالة، كما لو أن الرأي القائل بأن الكشف عن الإرادة الضمنية هو في الواقع ما يسمى بالإرادة المفترضة.³⁹

من ناحية أخرى يمتلك الفقهاء جانباً أكثر أهمية يميل عادةً إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية ويقود القضاة في الحالات التي يظل فيها المتعاقد ساكتاً عن تحديد قانون العقد صراحةً بطريقة محددة، على الرغم من أنه من الممكن الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد، ومن بين هؤلاء الفقهاء هناك الفقيه فوليكس الذي أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية وهو يعتقد أن دور القضاة في تحديد القانون المطبق على العقود الدولية هو فقط لتفسير الإرادة، لذلك فإن تحديده يقتصر على قانون مكان الإبرام أو التنفيذ ويجب أن يكون الطرفان على دراية بأنه على الرغم من وجهة نظره تم إنتقاد دور الإرادة الصريحة باعتباره إهداراً وكإستثناء من الإرادة الضمنية.⁴⁰

وبالرجوع إلى إتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية نجد أنها تؤكد على إرادة الأطراف التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق هي تلك الإرادة التي يعلن عنها الأطراف صراحةً أو التي تكشف عنها الظروف المحيطة

³⁷- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، طبعة 1، مؤسسة شباب الجامعة، مصر- الإسكندرية، 1990، ص102.

³⁸- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 2001، ص348.

³⁹- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 2007، ص425.

⁴⁰- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003، ص59.

ضمنًا، وبالتالي فإن المادة (1/3) من هذه الإتفاقية تؤكد أن الإختيار يجب أن يكون صريحاً أو يُستدل عليه بطريقة ما من الأحكام أو الشروط التعاقدية للعقد.

كما أدى الاتجاه العام للقضاء الفرنسي للإختيار بين الإرادة الصريحة والضمنية إلى الكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية في هذا الصدد عندما يظنون ساكتين بشأن التحديد الصريح لقانون العقد.⁴¹

تؤكد جميع التقنيات المعاصرة للقانون الدولي الخاص على ضرورة التحقيق في الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة، لذلك نجد أن القانون المدني المصري ينص في مادته (1/19) على أن القانون الذي اتفق عليه الطرفان يسري على العقد وأنه في حالة فشل الاتفاق الصريح ، "يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه".

كما ينص القانون الدولي النمساوي الخاص على أنه في حالة عدم وجود أحكام صريحة "إذا بان من الظروف أن الأطراف قد إعتبروا نظاماً قانونياً معيناً واجب التطبيق فيعد هذا تحديداً ضمنياً".

وينطبق الشيء نفسه على القانون الدولي السويسري لعام 1987 تنص المادة (2/116) على ما يلي: "إختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف".⁴²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري مع الأخذ بعين الإعتبار النص المعدل للمادة 18 فلا يوجد نص على الإرادة الضمنية، مما يترك اجتهاداً مختلفاً حول ما إذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد على الإرادة الضمنية أم لا.

لكن وبالرجوع إلى نص المادة 60 من التقنين المدني الجزائري⁴³، والتي تنص على أنه "... ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

وبما أن المشرع الجزائري في نص المادة 18 أعلاه لا يتطلب تعبيراً صريحاً عن القانون المطبق على الإلتزامات التعاقدية، فقد يقال إنه يعتمد على الإرادة الضمنية وبما أنه يتفق

⁴¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 419.

⁴² - باسم عواد محمود العموش، القانون واجب التطبيق وفقاً لمعيار الموطن: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر - القاهرة، 2006، ص 242-243.

⁴³ أمر رقم 75-58 السابق الذكر.

مع القاضي عندما يُعهد إليه بصلاحيّة إيجاد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في حالة عدم وجود إرادة صريحة للطرفين لإيجاد الإرادة الضمنية للطرفين.⁴⁴ ولأن الإرادة عامل نفسي داخلي لا يمكن للغير رؤيته إلا إذا عبّر عنها صاحبها صراحةً، يمكن للقاضي أن يعتمد فقط على ظروف العقد وملابساته ومحاولة كشف الإرادة على أساس القرائن.⁴⁵

أخيراً يمكن القول أنه بعد إستنتاج القاضي للإرادة الضمنية بناءً على أحد القرائن فإنه يعرف أيضاً القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مما يوضح أن الإرادة الضمنية للأطراف بالإضافة إلى الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لها أهمية حتى لو كانت الإرادة الضمنية تأتي في مرتبة ثانية بعد الإرادة الصريحة⁴⁶، ولكن سواء كانت الإرادة ضمنية أو صريحة يشترط أن تتوافر لديها بعض العناصر فما هي؟.

الفرع الثاني: الشروط الواردة على قانون الإرادة

يجب أن تختار الإرادة أحد القوانين التي تحكم العقود الدولية طالما أن دورها كمعيار لإسناد أحد قواعد التنازع، فإن هي تجاوزت دورها في حل مشكلة تنازع القوانين التي تؤدي إلى هروبهم من القواعد الآمرة في القوانين ذات الصلة المرتبطة بها وتتعارض مع الأهداف التي تسعى إليها قواعد الإسناد.⁴⁷

نظراً لأن أطراف العقد يختارون قانون العقد وفقاً لقواعد تنازع القوانين فإن هذه الحرية في إختيار قانون العقود يجب أن تكون مقيدة بضرورة وجود صلة جادة وحقيقية بين قانون العقد وبين العقد أو بين قانون العقد وبين المتعاقدين فإذا انعدمت هذه الصلة فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون الواجب التطبيق على العقد وغشاً نحوه، بحيث تكون الإرادة قد تجاوزت دائرة التنازع التي تعمل فيها مما يشكل انتهاكاً لأهداف القاعدة.⁴⁸

⁴⁴ - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 59.

⁴⁵ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 421.

⁴⁶ - عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل-الجزائر، 2008، ص 48.

⁴⁷ - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 453.

⁴⁸ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 46.

تتقسم تفسيرات الفقهاء لكن معظم الفقه يعترف بضرورة إختيار القانون مع وجود أقرب صلة تربط القانون المختار بالمتعاقدين أو العقد.

فيما يتعلق بالإتجاه الرفض للشرط يببر رأيه بالقول أن للأطراف حرية كاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق بدون تقييد بأي صلة إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة إذا لم ينطوي هذا الإختيار على غش نحو القانون.

أما عن الإتجاه المؤيد على سبيل المثال في القضاء الأمريكي وبعض الفقهاء الأوروبيين، يُعتقد أن الإختيار غير المشروط القائم على حقيقة أن هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والأطراف المتعاقدة أو العقد هو تحايل على القانون الواجب التطبيق وتهرباً من القواعد الإلزامية الواجبة التطبيق لذلك لا يمكن النظر في هذا الإختيار.⁴⁹

عكس المشرع الجزائري ذلك في المادة 18 من القانون المدني الجزائري بناءً على حقيقة أن الإرادة تلعب دوراً في تحديد شروط العلاقة التعاقدية وأنها ملزمة بتوفير صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وهذا ما سنتناوله من خلال (أولاً) إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين ثم (ثانياً) إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد.

أولاً: إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين

الإرادة لها وجود مادي عندما يتم إصدارها من قبل أحد الأطراف المتعاقدة ولها وجود قانوني عندما يتم إخطار الطرف الآخر بالتعبير عنها ويهدف الإخطار إلى الإشارة إلى التعبير للطرف الآخر في العقد، وبالتالي فإن التعبير موجود في الطرف الصريح (أي المتعاقد الأول) مباشرة بعد صدوره منه ثم يكون مستقلاً عن الشخص الذي أصدره، ويشترط القانون أن تصل الإرادة إلى علم الشخص الموجه إليه وإلا فلا أثر له كما نصت المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أن: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، يعتبر وصول رسالة بريدية قرينة قانونية على العلم لكنها تقبل أدلة على عكس عدم وصولها، وللموافقة على إرادة الأطراف المتعاقدة يجب على الطرف أن يقدم إيجاب للآخر أو آخرين بهدف إبرام عقد بينهما.⁵⁰

⁴⁹ - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 40-41.

⁵⁰ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 237.

من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد..."، والتي يتضح منها أن المشرع الجزائري نص على أن مجموعة الشروط التي تسمح للمتعاقدين بإختيار القانون الذي يحكم علاقته التعاقدية هي:

- أن يكون العقد دولياً: يجب أن يحتوي العقد على عنصر أجنبي سواء كان موضوع العقد أو سبب العقد أجنبياً، علماً أن بعض التشريعات تتطلب أن يكون العنصر الأجنبي مؤثراً حتى نقول إن العقد دولي.⁵¹

- تخضع العقود للشكل المتفق عليه قانوناً: الأصل في القانون المدني الجزائري هو أن التعبير عن الإرادة يكون بالشكل الرضائي لكن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة كتابياً، وبما أن المشرع الجزائري لم يذكر في نص المادة 18 ليكون في شكل خاص للإتفاق في اختيار القانون الذي يحكم العقود الدولية أي أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون إما عن طريق الموافقة بالتراضي أو كتابة⁵²، وبالإشارة إلى القواعد العامة في القانون المدني يعتبر المشرع الجزائري أن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً⁵³.

- أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين: الحقيقة هي أن هذا الشرط الأخير يحد من حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار أي قانون يحكم علاقاتهم التعاقدية، حيث أن المشرع الجزائري قد تأثر بالنظرية الموضوعية في تأسيس حق الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية.

فهو على عكس ما كان عليه قبل التعديل لنص المادة 18 أين كانت تمنح للأطراف إرادة مطلقة في إختيار أي قانون، لكن بعد تعديل المادة ألزم الأطراف أن يختاروا قانوناً له صلة بهم أو بالعقد المبرم وأن تكون هذه الصلة حقيقية.

يقصد بالصلة الحقيقية أن لا مكان لتطبيق قانون الإرادة وفقاً للمشرع الجزائري إلا إن كان يمثل صلة بالمتعاقدين كأن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتها أو أن يمثل صلة بالعقد كأن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد.

⁵¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص370.

⁵² - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص325.

⁵³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 309.

لكن المشرع يشترط أيضاً أن تكون هذه الصلة حقيقية بمعنى يجب أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة أي يجب أن يكون الأوثق إلى المتعاقدين أو الأوثق إلى العقد بمعنى أن يؤخذ بالقانون الذي له صلة أكبر، وفي هذه الحالة لا يوجد إلا قانون واحد فقط له مثل هذا الطابع الوصفي (أن يكون على صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد).⁵⁴

ثانياً: اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد

ينقسم فقه القانون الدولي الخاص حول ضرورة وجود صلة بين القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة والعقد الدولي، والذي سيخضع لأحكام القانون المختار كما اختلفوا أيضاً حول المقصود بتلك الرابطة الواجب توافرها.

• "هناك اتجاه فقهي يميل إلى عدم ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار، فأطراف العقد عندهم يستطيعون ابتداءً وانتهاءً وبناءً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود بصفة عامة وضع أي شرط في عقدهم، وبالتالي فهم يستطيعون إدراج نصوص أي قانون يختارونه ضمن هذا العقد فتصبح جزءاً منه فإذا كان لهم ذلك يكون لهم من باب أولي 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".⁵⁵

• "ويرى اتجاه ثالث التخفيف من غلو الرأي الثاني ويقرر أنه يجب من حيث المبدأ استلزام رابطة أو صلة بين العقد والبلد الذي أختير قانونه لحكمه، بحيث يجب أن لا 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 عقود دولية معينة مثل عقود التجارة الدولية وتقبله أوساط التجارة الدولية، أو أن يختار أطراف العقد قانوناً معيناً في

⁵⁴ - بلميهور عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الاول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة جيجل، الجزائر، 2013/04/12، ص08.

⁵⁵ - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: الجنسية و مركز الأجنب، طبعة 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص178.

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".⁵⁶

بالرجوع إلى القانون الوطني نجد أن معظم التشريعات الوطنية تنص على وجود صلة بين العقد والقانون المختار وهو موقف المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني كما ورد في المادة 18 من التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري على وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، لكن مع الإشارة إلى إستحالة تطبيقه إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة أو إذا تبيّن لقاضي الإختصاص بقيام أطراف التعاقد بغش نحو القانون.

المبحث الثاني: موانع تطبيق قانون الإرادة على الإلتزامات التعاقدية

إن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تشير إلى تطبيق القوانين الأجنبية، وعندما يوافق القاضي على محتواها يجد أن محتواها يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته لذلك يتم إستبعاد تطبيقه باسم النظام العام.

قد يفهم القاضي أيضاً أن اختصاص القانون الأجنبي بشأن النزاع المقدم إليه هو نتيجة تحايل الفرد على قواعد الإسناد من خلال تغيير ضابط الإسناد من أجل التمكن من التهرب من أحكام القانون المختص، لأنه كما نعلم من خلال تغيير ضابط الإسناد يتم تغيير القانون المختص.

ونتيجة لذلك تناول الفقه والقضاء في معظم الدول السبل لغلق الطرق أمام تحايل الأطراف، أي استبعاد القانون الأجنبي الذي يُشار إلى أنه يتمتع بالإختصاص من خلال تطبيق قواعد الإسناد بسبب هذا التحايل ويتم هذا الإستبعاد بتطبيق نظرية الغش نحو القانون.

يمكن ملاحظة أن هناك حالتين يتم فيهما إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على الرغم من إختصاصه الأولي: حالة تطبيق فكرة النظام العام (المطلب الأول) والثانية: حالة تطبيق فكرة الغش نحو القانون (المطلب الثاني).

⁵⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 192-193.

المطلب الأول: النظام العام كمانع من تطبيق قانون الإرادة

يسمح المشرع الجزائري للقضاة بتطبيق القانون الأجنبي في الجزائر إذا لم يتبين أن قواعد الإسناد الوطنية مختصة، لكن هذا لا يعني أن المشرع يفتح الباب أمام كل القوانين الأجنبية بغض النظر عن محتواها بل يربط قوانينها المطبقة بشرط أن لا يتعارض محتواها مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع.

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الجزائر...".
وعليه فإنه على القاضي الجزائري وفقاً لنص المادة 24 من القانون المدني عندما يجد القانون الأجنبي وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه مخالفاً للنظام العام أو الآداب أن يقوم باستبعاده.

فكرة النظام العام أخذت كأداة لإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية المختصة في معظم دول العالم وتنص عليها في تشريعاتها؛ لأنها تشكل عقبة أمام القوانين الأجنبية التي تؤثر على المبادئ الأساسية السائدة فيها، وبالتالي لا تسمح لها بدخول مجتمعها.
بعض الفقهاء شبه الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن⁵⁷.

الفرع الأول: مفهوم فكرة النظام العام

لتحديد مفهوم النظام العام نقوم بالتطرق لنشأة فكرة النظام العام (أولاً) ثم محاولة توضيح الفرق بين كل من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي (ثانياً).

أولاً: نشأة وتطور فكرة النظام العام

تميز مدرسة الأحوال الإيطالية بين الظروف المرغوبة والمرفوضة بينما يمتد تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم، تظل الثانية مقصورة على المنطقة ومن أمثلة الأحوال المرفوضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث وما يمنع الزوجة من توريث زوجها.

رأى الفقه في هذا التمييز البداية الأولى لفكرة النظام العام لكن هذه الفكرة لم تتطور كما ينبغي، لأن التنازع في ذلك الوقت لم يكن تنازعاً دولياً بل تنازعاً بين ظروف مدن مختلفة

⁵⁷ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 165-167.

وهذه الظروف قريبة من بعضها البعض، لأنها مشتقة من القانون الروماني وهو الشريعة العامة من جهة والمسيحية من جهة أخرى.⁵⁸

في القرن التاسع عشر ظهر الفقيه الإيطالي مانشيني وأقام فقهه القانوني في تنازع القوانين على مبدأ الشخصية القانونية أي امتداد القانون يجب على الشخص الخضوع لقوانين الدولة التي تنتمي إليها بجنسيته سواء أكان داخل الدولة أم خارجها.

ومع ذلك لم يلتزم الفقيه بشكل صارم بهذا المبدأ حيث ذكر عدة استثناءات أولها يتعلق بتطبيق القانون الإرادة على العقود، والثاني يتعلق بتطبيق القانون الوطني على شكل التصرفات، والثالث قواعد خاصة بالقانون العام والقوانين المتعلقة بالأمن المدني وملكية العقارات والمسؤولية التقصيرية، ونجد فيه قوانين تتعلق بالنظام العام يقول إنها تُطبق على الإقليم وتُطبق على جميع المواطنين والأجانب في المنطقة.

يلاحظ الفقهاء إجتهد مانشيني بأنه يخطئ بين مفهوم النظام العام وأقليمية القانون بحيث يكون لهما معنى واحد بالنسبة له، وأن مفهوم النظام العام هو أداة في يد القضاة يستخدموها عندما تستند القوانين الأجنبية إلى قوانينهم عندما يكون القانون الأجنبي مختصاً وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه فإنه يستبعد بالتالي تطبيقها، وعلاوة على ذلك لا يوجد شيء معروف حالياً حول فكرة النظام العام ومن المستحيل قبل قراءة محتوى قانون أجنبي أن نقول مسبقاً ما إذا كان مخالف للنظام العام أم لا.⁵⁹

في ألمانيا دعا الفقيه (سافيني) إلى فكرة الشراكة القانونية بين المجتمعات الغربية قائلاً إنهم يشاركون بعضهم البعض في العقيدة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني، وقد ساعد هذا الوضع في تطبيق قوانين بعضها فوضع حلولاً للتنازع الذي يقوم بين قوانين هذه الدول، ولكن إذا كان هناك تنازع بينها وبين قوانين دولة أجنبية ليس لهم دور قانوني فيها وجب على القاضي الإمتناع عن تطبيقها.

وبالتالي فإن سافيني يرى أن النظام العام هو أداة لإستبعاد تطبيق القانون في الدول التي لديها شراكات قانونية مع الدول الغربية.⁶⁰

⁵⁸- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص148.

⁵⁹- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، طبعة:2001، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص119.

⁶⁰- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص302.

الفقه الحديث إستقاد من فكرة سافيني لكنه لم يتبنى معيار وحدة المصدر فيصبح المقصود بفكرة المشاركة القانونية مجرد تقارب بين المبادئ العامة في التشريع، والذي لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي غير متوافق تماماً مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي، وبالتالي إنتهى تطور فكرة النظام العام إلى إعتبار الدفع بالنظام العام دفعاً استثنائياً عاماً يُقيد من حُكم قواعد الإسناد ، ويقصد به هو إستبعاد القانون الأجنبي المختص ذي الاختصاص العادي طبقاً لقاعدة الإسناد في كل حالة يتخلّف فيها الإشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي.

يحاول الفقهاء تعريف النظام العام حتى لو لم يتمكنوا ككل من تقديم تعريف شامل له، التعريف المقترح من طرف كتاب إنجليز بقولهم: "النظام العام هو المبدأ الذي يستوجب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الوطني أو قواعد الآداب العامة أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظام السياسي فيها".

وعرفه بعض الفقهاء بأنه "طريقة تستبعد القانون الأجنبي المطبق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب إختلافه إختلافاً جوهرياً عنه والذي لا يتماشى مع المصالح الحيوية للدولة".

إذا اختلفت تعريفات النظام العام فمن المتفق عليه أنه يمثل مجموع الأسس السياسية والإقتصادية والثقافية والدينية التي يقوم عليها مجتمع معين في وقت معين ولكن يختلف محتواها في مجتمع من عصر إلى آخر.⁶¹

لا شك أن هناك قواعد قانونية تحقق المصالح العامة سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية وتؤثر على أعلى مستويات المجتمع، فالمصلحة السياسية تقوم على قواعد القانون العام من دستورية و إدارية ومالية، والمصلحة الإجتماعية تقوم على قواعد القانون العام الجنائي وقواعد القانون الخاص مثل القواعد المتعلقة بالعمل، والمصلحة الإقتصادية كما في القواعد التي تجعل التنافس حراً مفتوحاً بابه للجميع، أما

⁶¹ - عبد النبي مصطفى، شعاشعية لخضر، مجالات تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية والإستثناءات الواردة عليه، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، المركز الجامعي غرداية، الجزائر، 2011، ص07.

المصلحة الأخلاقية فهي أساس الآداب العامة والتي من خلالها يمكننا أن نرى أن نطاق النظام العام واسع لأنه يشمل الآداب.⁶²

تؤدي الآداب العامة إلى إستبعاد القوانين الأجنبية ومعنى الآداب العامة هو "مجموعة من القواعد الأخلاقية الأساسية اللازمة لإقامة المجتمع وبقائه والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق".⁶³

فلا يعقل أن تسمح للأطراف بمخالفتها كونها تؤدي إلى الإنهيار الأخلاقي في المجتمع لذلك أصبحت هذه القواعد جزءاً من النظام العام.

يؤكد الفقه الحديث ككل على أهمية دور النظام العام كأداة تستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان محتواه يتعارض مع الأسس الأساسية للمجتمع.

إن فكرة النظام العام هذه هي فكرة مرنة ودائمة التطور وغامضة وبالتالي يصعب تحديدها بدقة لأنها تتغير بمرور الوقت وإختلاف المكان، فهناك ما يكون مخالفاً للنظام العام في دولة ما قد لا يكون مخالفاً للنظام العام في دولة أخرى، وأيضاً في نفس الدولة هناك ما يكون مخالفاً للنظام العام في زمن معين قد يصبح غير مخالف في زمن آخر.⁶⁴

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا سادت النزعات الفردية فسيضيق نطاق النظام العام، لأن هذه المذاهب تطلق حرية الفرد فلا تتدخل الدولة في شؤونه ولا تحميه الدولة إذا كان ضعيف ولا توقفه إذا كان قوي، فالدولة تتولى الأمور التي أوكلت إلى الأفراد في الماضي وتتولى مسؤولية حماية الضعيف من القوي، لأنها تنطوي على العديد من المصالح الشخصية التي يهتم بها المجتمع ويحرص على تحقيقها كمصلحة عامة للجميع.⁶⁵

لقد قرر الفقه ترك تقدير فكرة النظام العام للقضاء في كل دولة والتي تطورت وفقاً لتطور مبادئ وأخلاق وتقاليد بلدها وعصرها، ويستخدمها كاستثناءات ضد تطبيق قوانين أجنبية تختلف اختلافاً جوهرياً عن قوانينها سواء من الناحية المفاهيمية أو للأهداف الأخلاقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

⁶² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات: - نظرية العقد -، دار الفكر، لبنان - بيروت، 1934، ص492.

⁶³ - 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 معمّر - تيزي وزو، الجزائر، 2005، ص79.

⁶⁴ - فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص119.

⁶⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص493.

يستوجب على القاضي التقيّد بالمفهوم السائد للنظام العام في دولته عند إصدار حكم، لأنه الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي وعندما يتعارض هذا القانون عند تطبيقه مع المفهوم القانوني السائد في بلد القاضي كان عليه الامتناع عن العمل به.⁶⁶

إذا تقرر أن قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام فهذا يعني أن القاعدة ملزمة والالتزام هنا له معنى أقوى من الالتزام في أي قاعدة قانونية، لأننا نعلم أن جميع القواعد القانونية هي ملزمة سواء أكانت من النظام العام أم لا، ويمكن للمتعاقدان الاتفاق على تعديل من هذه القواعد مثل القاعدة القانونية التي تقضي بأن البائع يضمن للمشتري تعرض الغير لذلك فهي قاعدة ملزمة ما لم يتفق البائع والمشتري على الضمان، وهذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام فيجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

كما أن هناك قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز لأحد تعديلها أو مخالفتها لأنها تعتبر جزء من النظام العام، مثل القاعدة التي تلزم البائع بالضمان للمشتري التعرض الشخصي الصادر منه لذلك فهذه القاعدة ملزمة على البائع وهي من النظام العام ولا يمكن للبائع الاتفاق مع المشتري على مخالفتها.⁶⁷

ثانياً: النظام العام في القانون الداخلي وفي القانون الدولي الخاص

لا يوجد تمييز بين مفهوم النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي النظام العام له مفهوم وطني، ولا يمكن تصور وجود نظام عام وطني ونظام عام دولي آخر إذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك على الأقل في المبادئ الضرورية والأساسية، مثل مبدأ عدم التمييز بين الأفراد على أساس لون البشرة أو العرق أو العقيدة، فإن هذه القيم على الرغم من عالميتها هي جزء لا يتجزأ من النظام الداخلي للدول.⁶⁸

من المستحيل دولة تعمل على حماية النظام العام الدولي لأنه غير موجود ولا يوجد مجتمع متماسك في تقاليده وآرائه فالنظام العام سواء كان داخلياً أم دولياً لا يمكن أن يكون

⁶⁶- ريس أمينة، النظام العام والغش نحو القانون كمواع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربي بن مهدي - أم البواقي، الجزائر، 2007، ص 07.

⁶⁷- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 490-491.

⁶⁸- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 152-153.

في حقيقة الأمر إلا وطنياً، فأى محاولة تهدف إلى التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة لأن مصطلح "النظام العام الدولي" يشير إلى وجود نظام عام مشترك بين الدول على الرغم من الطابع الوطني لهذا النظام الأخير وهو تمييز خاطئ لأن ما يسمونه بالنظام العام الدولي هو في الواقع نظام عام داخلي.⁶⁹ إذا كانت فكرة النظام العام فكرة وطنية تهدف إلى حماية الأسس الأساسية المختلفة التي تعتمد عليها أي دولة، فإن وظيفة النظام العام ستختلف وفقاً للطبيعة المختلفة للعلاقات التي تشكل إعتداء على هذه الأسس؛ قد يؤدي ذلك إلى ضمان عدم خروج الأفراد عن أحكام القواعد الآمرة بإلغاء هذه العلاقة، ولكن في القانون الدولي الخاص يلعب النظام العام دوراً حصرياً يتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يتعارض مع الأحكام الوطنية.

1- دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية

يظهر النظام العام في القانون المدني بمفهومه الحالي والغرض منه هو منع الأفراد من الإتفاق على مخالفة القواعد القانونية الآمرة، فالإرادة حرة لكن هذه الحرية يجب أن تمارس في النطاق الذي يسمح به القانون، فمبدأ النظام العام الداخلي يسعى إلى ضمان عدم الخروج عن القواعد القانونية الآمرة بإتفاق المتعاقدين وذلك يعتبر قيد على إرادتهم. يتمتع الأفراد بحرية إبرام العقود وتحديد شروط القبول لأنفسهم ولكن فقط ضمن الإطار الذي يسمح به القانون وتكمن القوة الملزمة للعقد في احترام الأطراف للقانون لا سيما القانون المتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وطالما توفرت جميع الشروط المنصوص عليها في القانون يصبح العقد هو القانون بين الطرفين فكل إتفاق يُخالف القواعد الآمرة يكون من الأسباب المؤدية إلى إبطال العقد، فإعمال فكرة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية لا يؤدي إلى تغيير الإختصاص التشريعي بل العكس فهي تؤكد على إختصاص هذا القانون.⁷⁰

⁶⁹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين - دراسة مقارنة - ، دار المطبوعات الجديدة، مصر- القاهرة، 2002، ص506.

⁷⁰ - تنص المادة 106 من القانون المدني على ما يلي : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

2- دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية

تسمح قواعد الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القوانين الأجنبية شريطة أن لا تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها التشريع الوطني، ولكن إذا تعارضت مع هذه القواعد يتم إستبعادها وفقاً للدور الذي يلعبه النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية.⁷¹

وفقاً لهذه الحالة فإن النظام العام هو الذي يراقب القواعد القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لأن القاضي الوطني لا يعرف أحكام القانون إلا بعد تولي تطبيقه. في هذا السياق يعتقد الفقيه "بيلت" أن النظام العام له وظيفة مراقبة محتوى القانون الأجنبي.⁷²

يمكن تعريف الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية من خلال هذه الوظيفة بأنه " الوسيلة القانونية التي يَسْتَبْعِدُ بها القاضي الوطني إختصاص القانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني في دولة القاضي"، لكن هذا لا يمنع تطبيقه إذا كانت الأحكام لا تختلف عن القوانين الموجودة في القانون الوطني.⁷³

تميل العديد من التشريعات إلى التأكيد على الدور الإستبعادي للنظام العام والذي يظهر في النصوص القانونية التي تحرس على عدم مخالفة الأحكام الأساسية لقانون القاضي، كما هو الحال على سبيل المثال في المادة (28) القانون المدني المصري والمادة (29) من القانون المدني الأردني والمادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على

⁷¹ يتجلى دور النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية في إستبعاد القانون المعين من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي إذا كان يتناقض مع القانون الوطني، فله دور إستبعادي وهذا يترتب عنه أثر سلبي كون القانون المختص لا يمكن تطبيقه في هذه الحالة.

⁷² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص174.

⁷³ هناك من يفضل إستعمال مصطلح " النظام العام الدولي " بإعتباره أدق من تعبير " النظام العام "، فتوحي التسمية الأولى إلى العلاقة الخاصة الدولية فهذا ما يجب عدم خلطه مع النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الداخلية - محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، العدد04، الكويت، 2003، ص 147.

لكن هناك من يرى خلاف ذلك، فهذه التسمية منتقدة حسب هذا الرأي؛ لأنها توحي بوجود نظام عام مشترك بين الدول فالنظام العام هو دائماً وطني سواء كان ذلك في القانون الداخلي أو في القانون الدولي الخاص.

- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص333. زيادة على ذلك، إذا سلمنا بوجود النظام العام الدولي فإن هذا يدخل في إطار القانون الدولي العام لأن هناك قواعد مشتركة بين الدول تهدف مثلاً إلى مكافحة القرصنة والاتجار بالأسلحة والمخدرات.... فكل هذا يخرج من نطاق تنازع القوانين.

أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

بالإضافة إلى إتفاقية روما لسنة 2008 أخذت بالدور الإستبعادي للنظام العام التي نصت على أنه يُستبعد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه في قواعد الإسناد في قانون القاضي ما دامت أحكامه تتعارض مع أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الوطني، وهذا الإستبعاد يخص كل الحالات التي تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي بما فيه القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري والنص المقابل في القانون المقارن جاءت بعبارات عامة ليشمل في نطاق تطبيقه جميع الأعمال التي تشمل على عنصر أجنبي فهذا ما يجعل تطبيق قانون العقد سواء تم تعيينه من قبل الأطراف أو من قبل الضوابط الإحتياطية يمكن أن تكون محل الإستبعاد إذا ثبت أن هذا يتعارض مع أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الوطني.⁷⁴

الفرع الثاني: تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام

يتم إستبعاد القانون الواجب التطبيق المخالف للنظام العام الوطني إذا توفرت مجموعة من الشروط (أولاً)، وبعد ذلك تطرح مسألة البحث عن القانون المختص حتى لا يبقى النزاع بدون قانون يحكمه أي آثار تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام (ثانياً).

أولاً: شروط تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام

في بعض الحالات يتم إستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية ليس للتقدم بفكرة النظام العام ولكن كنتيجة لتنفيذ الدفوع الأخرى التي تم النظر فيها قبل تطبيق دفع النظام العام، فإذا تناقضت أحكام القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد مع القانون الوطني وفي نفس الوقت لا يقبل الإختصاص لأنه يحيلنا إلى قانون القاضي أي الإحالة من الدرجة الأولى لذلك لا يتم تطبيق قانون القاضي كنتيجة لتطبيق فكرة النظام العام ولكن لأنه يقبل الإحالة.

⁷⁴ - محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 156.

ومع ذلك فإن هذا الافتراض لا يتوافق مع العقود الدولية لأنه وفقاً للاتجاه السائد لفقهاء القانون الدولي الخاص يرفض قبول الإحالة لأن هذا يتعارض مع قانون الإرادة، لذلك تطبق القواعد الموضوعية لهذا القانون ما لم تكن أحكامه تتعارض مع النظام العام الوطني.

إذا تم اختيار قانون العقد بشكل يتعارض مع الشروط التي يطلبها المشرع لصحة الاختيار على سبيل المثال إذا كان الاختيار لا علاقة له بالعقد أو الأطراف المتعاقدة وإذا تعارضت أحكام ذلك القانون مع قانون القاضي، فيُستبعد هذا القانون ليس وفقاً لفكرة الدفع بالنظام العام ولكن لأنه لم يكن مؤهلاً للاختيار أي لا تتوفر فيه الشروط اللازمة فيتولى القاضي بنفسه تركيز العقد في أحد الأنظمة القانونية.

إذا تم اختيار القانون الأجنبي لتطبيقه على أموال عقارية موجودة في قانون القاضي لأنه قانون المكان الذي يوجد فيه العقار وهذا القانون يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، فلا يُطبَّق هذا القانون ليس لأنه يتعارض مع النظام العام ولكن في تطبيق الاستثناء الوارد في قاعدة الإسناد التي تبيّن القانون الواجب التطبيق على الأموال العقارية كما هو مذكور في الفقرة الأخيرة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "...غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

لم يتم تطبيق النظام العام وفقاً للحالات السابقة على الرغم من الأحكام المتناقضة للقانون الأجنبي مع القانون الوطني حيث كانت هناك دُفع أخرى تسبق أعمال الدفع بالنظام العام، بخلاف الحالات المذكورة أعلاه يتم تطبيق الدفع بالنظام العام إذا تم توفر الشروط التالية:

1. الشرط الأول: أن يكون القانون واجب التطبيق طبقاً لقواعد الإسناد في دولة القاضي

إذا كان من الممكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأسباب أخرى مثل أن يكون قانون القاضي سياسياً أو إقليمياً⁷⁵، وبعبارة أخرى فإن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يكون مختصاً مما يعني أنه ينص عليه أنه كضابط إسناد في قانون القاضي، وعلى هذا الأساس لا يُثار الدفع بالنظام العام ضد القانون المختص بحكم العقد إذا كان من الممكن استبعاد القانون المختص لأسباب أخرى بحيث إذا إتفق المتعاقدان على تطبيق القانون الأجنبي الذي تم تعيينه صراحةً أو ضمناً ليحكم علاقتهم التعاقدية، ولكن بعد ذلك يوضح للقاضي الذي عرض عليه النزاع أن القانون المختار لا صلة له بالعقد أو الأطراف المتعاقدة كما

⁷⁵ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 91.

أنه مخالف للنظام العام لدولته، لذلك فإن قانون الإرادة هنا يستبعد بقانون آخر مناسب بسبب عدم وجود صلة وليس لمخالفة النظام العام لأن هذا الدفع لا يثار مع وجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي.

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

بمعنى أن تكون المخالفة عند رفع الدعوى، إذا كان القانون الأجنبي المُختار لا يخالف النظام العام في دولة القاضي ولكن بعد تعديل القانون الأجنبي عدة مرات أصبح يخالف النظام العام الوطني في هذه الحالة يتم إستبعاده وفقاً لفكرة الدفع بالنظام العام.⁷⁶

3- الشرط الثالث: أن يكون القانون الأجنبي يُخالف أهم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني.

ولا يزال هذا الشرط هو الشرط الأساسي لتطبيق النظام العام الوطني لأنه ليس فقط الإختلاف في القوانين هو الذي يُثير هذا الدفع ولأن هذا الاختلاف هو من طبيعة تنازع القوانين، ولكن إذا وصل هذا الاختلاف إلى تناقض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني فهنا يجب استبعاده.⁷⁷

وتطبيق الدفع بالنظام العام لا تُحْص فقط القوانين نفسها بل يشمل أيضاً القرارات والأوامر الصادرة عن دول أجنبية، كانت المحكمة العليا الفرنسية قد رفضت سابقاً باسم النظام العام إعادة أسطول تجاري تمكن من الوصول إلى ميناء مرسيليا بعد أن تم تأميمه من قبل الحكومة السوفيتية دون دفع تعويض عادل لأصحابه لأن هذا القرار يُخالف النظام العام الفرنسي.⁷⁸

بشكل عام يجب تطبيق مثل هذا الدفع بحذر شديد في مجال العلاقات الدولية خشية تعطل آليات تنازع القوانين وينهار السبب من وجود قواعد الإسناد خاصة في مجال العقود الدولية.

⁷⁶- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص153.

⁷⁷- محمود إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة، طبعة 01، دار الفكر الجامعي، مصر- الإسكندرية، 2001، ص37.

⁷⁸- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، المرجع السابق، ص160-161.

ثانياً: آثار تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام

يُفَرِّقُ الفقهاء بالنسبة لأثر الدفع بالنظام العام بين أثره بالنسبة لإنشاء حق في دولة القاضي، وأثره بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي.

1- أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يُراد إنشاؤها في دولة القاضي:

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

أ- الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية لكن القانون الأجنبي قد لا يتعارض مع النظام العام الأمر الذي يطرح التساؤل التالي: هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم أنه يستبعد القانون الأجنبي كلياً؟.

يرى بعض الفقه أن إستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفته للنظام العام يجب أن يكون كلياً؛ لأن إستبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى لا يتماشى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ هي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً وليس بعض أحكامه، كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه.⁷⁹

يرى الفقه السائد أن هذا الجزء من القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام يُستبعد ولا شيء آخر حتى نحتفظ بأكبر قدر من صلاحية القانون الأجنبي وقواعد الإسناد التي تحدد تطبيقه.⁸⁰

نشير إلى أن المحكمة النقض الفرنسية تبنت هذا الحل في جزء من قراراتها فإستبعدت الجزء فقط من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له.

⁷⁹- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص151.

⁸⁰- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء 02: تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، ص145.

ويمكن أن تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام بحيث يتعذر على القاضي أن يكتفي فقط بإستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء. في هذه الحالة لا مفر من إستبعاد القانون الأجنبي كلياً لأن الإكتفاء بإستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي المختص، ومثال هذه الحالة أن يكون قانون جنسية الزوجين تحظر الزواج بين زوجين مختلفي اللون لا يمكن لهذا القانون أن يمنعهم من الزواج في الجزائر، لأن النظام العام فيها يستبعد تطبيق هذا القانون عليهما رغم اختصاصه، وإذا ما تم رفع نزاع في المستقبل أمام قاضي جزائري يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقاً لأحكام القانون الجزائري فعليه إستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار إستبعاداً كلياً، لأنه من غير المعقول أن يُطبق هذا القانون على آثار زواج يعد باطلاً وفقاً لأحكامه وذلك حتى في الفرض الذي لا يتعارض فيه القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الجزائري.⁸¹

ب- الأثر الإيجابي للنظام العام:

يتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المُستبعد بإسم النظام العام وإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وهو نفس الحل الذي إستقر عليه القضاء المصري وأيده غالبية الفقه وتطبيقاً لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي اللون فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته للنظام العام ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج.

يرتبط الأثر الإيجابي بالأثر السلبي في الفروض التي يظهر فيها أنها لا تحتاج إلى تطبيق قانون القاضي عليها بمعنى الإكتفاء بالأثر السلبي فقط مثل الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقة زوجية لا يسمح بنشئها في قانون القاضي كالزواج بين مسلمة وغير مسلم فالقانون الفرنسي يجيز هذا الزواج، وفي الجزائر يعتبر مخالفاً للنظام العام.

وفي الجزائر قد إكتفى المشرع في المادة 24 من القانون المدني بإبراز فقط الأثر السلبي للنظام العام وكما رأينا أن الأثر السلبي وحده غير كافٍ لأنه يجعل العلاقة بدون قانون

⁸¹- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص152.

يحكمها وعليه ينبغي على القضاء الجزائري أن يربط الأثر السلبي بالأثر الإيجابي المتمثل في إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد⁸².

2- أثر الدفع بالنسبة للنظام العام بالنسبة لحق اكتسب بالخارج ونريد التمسك بآثاره في دولة القاضي

أ: الأثر المخفف للنظام العام

للأخذ بالأثر المخفف للنظام العام هي التمييز بين مرحلتين مرحلة إنشاء الحقوق ومرحلة ترتيب الحقوق لآثارها.

ففي المرحلة الأولى مرحلة الإنشاء يتمثل دور القاضي في البحث إذا كان هذا الإنشاء يتعارض أو لا يتعارض مع النظام العام في دولته فإذا تحقق من وجود التعارض فهنا يتصدى النظام العام.

أما المرحلة الثانية فهي التي يراد فيها التمسك بآثار حق مكتسب أو مركز قانوني نشأ خارج إقليم دولة القاضي نشأة صحيحة وإستنفذ 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 النظام العام في دولته أم لا، فإذا ما حدث هذا التعارض يكون دور النظام العام هو التصدي لعدم الإعتراف بهذه الآثار وبالتالي عدم السماح بسريانها في دولة القاضي.

يعبر الفقه أثر النظام العام على الحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام والذي لا يسمح لها بالظهور في دولة القاضي ويمكن قبول الإحتجاج بها حتى لو نشأت بالخارج.

يرجع الاختلاف في أثر النظام العام في الحالتين إلى أن قانون القاضي لا يتأثر بمركز قانوني أو حق مكتسب موجود في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر بنفس المركز المراد إنشاؤه في دولة القاضي⁸³.

⁸²- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص181.

⁸³- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص150.

وقد إستمد الفقه من القضاء الفرنسي أمثلة للأثر المخفف للنظام العام منها:

- جواز الإحتجاج في فرنسا قبل سنة 1884 بالطلاق الذي يتم في الخارج بين الأجانب على الرغم من أن إيقاعه في فرنسا يُعتبر في هذه الفترة محظوراً على الفرنسيين ومخالفاً للنظام العام في فرنسا.

وفي الوقت الحالي يمكن الإحتجاج في فرنسا بالطلاق الذي تم بين الأجانب في الخارج لأسباب لا يُقرّها القانون الفرنسي لكن إيقاعه في فرنسا لنفس الأسباب يعتبر مُخالفاً للنظام العام الفرنسي.

- يجوز لزوجة الأجنبي الثانية المُطالبة في فرنسا بحقها في النفقة بالرغم من أن تعدد الزوجات في فرنسا يعتبر مخالفاً للنظام العام.

من البديهي أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني الإستبعاد الكامل لفكرة النظام العام في هذا المجال، لأنه في حالة الحقوق المكتسبة في الخارج والتي تكون آثارها مخالفة للنظام العام، فلا يجوز للقاضي الإحتجاج بها في دولته على سبيل المثال عدم جواز الإحتجاج في فرنسا بآثار نزع الملكية في الخارج بدون تعويض

ب: الأثر الإنعكاسي للنظام العام

قد ينشأ حق في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام ومخالف للقانون الأجنبي المُختص فهل يمكن الإحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني؟.

مثلاً تزوج بولنديان في بلجيكا وفقاً للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولندي المُختص والذي إستبعد لمُخالفته للنظام العام لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة فهل يجوز التمسك بهذا الزواج في فرنسا؟.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية وأن قانون الدولة الأجنبية المطبقة على فكرة النظام العام لا يمتد أثره إلى دولة أخرى حتى لو لم يكن مفهوم النظام العام مختلفاً بين الاثنتين، لذلك لا يمكن التمسك في دولة القاضي بآثار الحق الذي إكتسب في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام ومخالفاً لقانونها المُختص وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، في المثال السابق لا يُمكن للزوجان البولنديان الحفاظ على صحة زواجهما في فرنسا بالرغم من تطابق فرنسا وبلجيكا في مفهوم النظام العام.

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقاً معه.

ففي الحالة الأولى يُصبح الإحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقاً لمقتضيات نظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون المختص، وعليه فإنه يمكن في المثال السابق للزوجين البولنديان التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقاً لمقتضيات النظام العام البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا.

أما في الحالة الثانية فإنه لا يمكن الإحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقاً لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.⁸⁴

ويقول الفقه الحديث في تبريره لهذا الرأي أن تطابق دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه نفس النتيجة المتوصل إليها إذا طرح النزاع أمام القاضي في البداية.

في المقابل يتم رفض الحل فقط لأنه تمت صياغته مع وضع متطلبات النظام العام في الاعتبار إذا كانت هذه المتطلبات متوافقة مع متطلبات النظام العام لبلد القاضي.

من غير المعقول أن يتم رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية أخصاً بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي⁸⁵، إلى جانب فكرة الدفع بالنظام العام التي تمنع تطبيق قانون الإرادة إذا كان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي هناك مانع آخر وهو قيام المتعاقدين بغش نحو القانون أو التحايل على القانون بغرض تطبيق القانون الأجنبي وليس قانون دولة القاضي.

⁸⁴ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 182-184

⁸⁵ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 152.

المطلب الثاني: الغش نحو القانون كمانع من تطبيق قانون الإرادة

من موانع تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي هو الغش نحو القانون حيث إن القانون الأجنبي لا يستبعده القاضي الوطني الذي ينظر في النزاع، ولكن يتم استبعاده عمداً من قبل الأطراف عن طريق تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة قانونية.

فالغش نحو القانون هو محاولة التحايل على ضوابط قواعد الإسناد بهدف التهرب من القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وغالباً ما يقع هذا التحايل بتغيير ضابط الجنسية للتهرب من حكم القانون في دولته ليطبق عليه قانون آخر يحقق له مصلحته، ويقع التحايل أيضاً بتغيير ضابط الموطن وتغييره أسهل من تغيير الجنسية ويمكن تغيير موقع المنقول بنقله لدولة أخرى.

المبدأ هو أن الأفراد يغيرون هذه الضوابط ليكون لها تأثيرها الكامل ولكن إذا دخلت نية إحتيالية في هذا التغيير الإرادي أي أن تغيير ضابط الإسناد تم بهدف التهرب من أحكام قانون معين وسعياً لتطبيق قانوناً آخر، والقانون يتدخل هنا تطبيقاً للقاعدة القانونية "الغش يبطل كل شيء" وبالتالي يُحرم الغشاشون من الحق في الإستفادة من الغش من خلال إستبعاد القوانين الأجنبية التي ثبت لها الإختصاص عن طريق الغش في القانون.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الغش نحو القانون

لتحديد مفهوم النظام العام نقوم بالتطرق لنشأة نظرية الغش نحو القانون (أولاً) ثم تعريف نظرية الغش نحو القانون (ثانياً).

أولاً: نشأة نظرية الغش نحو القانون

عُرف الغش نحو القانون منذ زمن بعيد ففي عصر المقاطعات الفرنسية كانت كل مقاطعة تطبق عرف خاص بها، كانت العادة في مقاطعة نورماندي تنص على أن النظام المالي بين الزوجين كان الدوطة أي الزوجة التي تدفع المهر لزوجها، وكان النظام العرفي السائد في باريس هو الإشتراك القانوني وانتقل الزوجان إلى باريس ليتزوجوا فيها حتى يخضع النظام المالي بينهم للإشتراك القانوني ثم يعودان إلى نورماندي.

تم اقتراح نظرية الغش نحو القانون لأول مرة كأداة لاستبعاد القوانين الأجنبية أمام القضاء الفرنسي في قضية الأميرة بوفرمون Princesse de Bauffremont، التي تتلخص وقائعها أن أميرة من أصل بلجيكي تزوجت من أمير فرنسي وإستقرت معه في فرنسا وإكتسبت الجنسية الفرنسية، بعد خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق لكن بما أن القانون الفرنسي في ذلك الوقت كان يحظر الطلاق لم تستطع لذلك لجأت إلى التجنس في إحدى الولايات الألمانية التي يسمح القانون فيها بالطلاق، وبعد ذلك تمكنت من تطليق زوجها ثم تزوجت من الأمير الروماني بيبسكو وإستقرت معه في فرنسا وذلك بعد أن رفع زوجها الأول دعوى قضائية لإلغاء الزواج الثاني بسبب أن الطلاق لا يعتبر صحيحاً لأنه حدث قبل تغيير الجنسية، محكمة النقض الفرنسية قضت بأن الزواج الثاني كان باطلاً على أساس أن الطلاق حدث بعد تغيير الزوجة للجنسية مما يشكل غش نحو القانون.⁸⁶

وإذا تبنى القضاء في بلجيكا وإيطاليا النظرية وضيق نطاق تطبيقها فإن تطبيقها في دول أخرى نادراً بينما في البلدان الأنجلو سكسونية لا يلتفت إليها الفقه، لكن في الجزائر تبني المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب المادة 1/24 من القانون المدني بقوله: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي.... أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون".⁸⁷

ثانياً: تعريف نظرية الغش نحو القانون

لم يُعرّف المشرع الجزائري الغش نحو القانون ولا القضاء أيضاً، وبالتالي نلجأ إلى إجتهدات الفقه في تعريفه عرّف الفقهاء الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في معناه العام يعرف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين منها قول أحدهم "الغش هو اتخاذ إجراء إرادي بوسائل تؤدي إلى التخلص من قوانين دولة مختصة في العادة بحكم علاقة قانونية وإستبدالها بقوانين دولة أخرى تحقق الغرض المقصود بشكل أكثر فعالية لتحقيق النتائج المطلوبة".⁸⁸

⁸⁶ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

⁸⁷ - ريس أمينة، المرجع السابق، ص 12.

⁸⁸ - حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02، مطبعة الإرشاد، العراق - بغداد، 1992، ص 120.

ومنهم من يعرفه بأنه: " إتخاذ إجراء إرادي مشروع ضد قصد الشارع ولو بغير قصد لتحقيق نتيجة غير مشروعة".⁸⁹

وعرّف بعض الفقهاء الغش نحو القانون على أنه "ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة التي يخضع لها عن طريق إستخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الإنحراف بها من معناها الحقيقي، وبذلك يكون تغيير ضابط الإسناد بهدف التحايل".⁹⁰

من خلال هذه التعريفات وغيرها الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد بإعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، إلى جانب سوء النية من أجل تحقيق نتيجة إنشاء مركز قانوني متفق مع صياغة النص خلافا لغرضه الحقيقي مع مراعاة أحكامه من أجل تحقيق الرغبات الفردية ضمن الإطار القانوني، بحيث لا يمكن تحقيقها في إطار القانون الأصلي الواجب التطبيق، إذا لم يحدث التحايل يلجأ الطرف إلى الغش نحو القانون بداية يقوم بإستعمال وسيلة مشروعة لتحقيق غاية غير مشروعة بما يتماشى مع التشريع وأهدافه.⁹¹

الفرع الثاني: تطبيق نظرية الدفع بالغش نحو القانون

يرى بعض الفقهاء أن فكرة الغش نحو القانون القانون مظهراً من مظاهر فكرة النظام العام، بينما يرى آخرون أن الغش نحو القانون هو مفهوم مستقل قريب جداً من النظام العام ، وعند تشابه النتيجة التي يحققها الدفع بالنظام العام والدفع بنظرية الغش نحو القانون أي إستبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد فيلاحظ وجود إختلاف واضح بينهما.⁹²

⁸⁹ - زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 261.

⁹⁰ - شريف هنية، المرجع السابق، ص 103.

⁹¹ - دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، العدد الثاني، الجزائر، 05/سبتمبر/2017، ص 78.

⁹² - يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص لتطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية لتنازع القوانين والمعاهدات، "التحكم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 185.

أولاً: شروط تطبيق نظرية الدفع بالغش نحو القانون

إتفق الفقه على ضرورة توافر شرطين لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون بالإضافة إلى شروط أخرى مختلف فيها.

1- الشروط المتفق عليها:

تتمثل في شرطان أساسيان يمكن إستنباطهما من مضمون نص المادة 24 القانون المدني الجزائري وهما كالآتي:

أ: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يُشترط للدفع بالغش نحو القانون توفر عنصر مادي في الغش وهو إجراء تغيير في ضابط الإسناد ويكون ذلك على سبيل المثال بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول. كما يشترط أن يكون هذا التغيير فعلياً إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صورياً لا حاجة لتطبيق الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذه الحالة التمسك بأحكام صورية لإخفاء كل أثر لهذا التغيير فإذا غير الشخص موطنه صورياً فلا عبرة في هذا التغيير فالعبرة بالموطن الحقيقي.

ويشترط أيضاً أن يكون التغيير مشروعاً وإذا كان التغيير غير مشروع مثلاً يتم تغيير الجنسية بواسطة الغش في أحكام قانون الجنسية في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش ويتم الأخذ بالجنسية الأولى.⁹³

ب: نية التحايل أو الغش نحو القانون

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول أنه ارتكب غشاً نحو القانون، وإنما يشترط أن يكون الدافع الرئيسي من تغيير ضابط الإسناد هو نقل الإختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى أي التهرب من أحكام قانون واللجوء إلى قانون آخر تعينه قاعدة الإسناد، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير وجود نية الغش من عدمها وقد يواجه الأمر صعوبة من الناحية النظرية إذ أن المعيار الشخصي للبحث عن النية صعب التحقق فيلجأ

⁹³ - بوعلي سعيد، شريفي نسرين، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين الجنسية، طبعة أكتوبر 2021، دار بلقيس، دار البيضاء - الجزائر، ص 88.

القاضي إلى المعيار الموضوعي ويستخلص النية من وقائع كل قضية لوحدها من خلال بعض القرائن مثل:

-التزامن بين تغيير ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير له هذا الضابط.
- التسهيلات التي يقوم عليها القانون الجديد لصالح الشخص الذي ثام بتغيير ضابط الإسناد.

2- الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون:

بالإضافة إلى الشرطين السابقين يشترط بعض الفقهاء توافر شروط أخرى:

أ: أن يحصل الغش نحو قانون القاضي

أما إذا ارتكب الغش نحو القانون الأجنبي فلا مجال للدفع به في مواجهته؛ لأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في مهامه حماية القانون الأجنبي.

ب: أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها أحكام أمرة

أما إذا كانت أحكام مكملة فلا يتحقق الغش نحو القانون لأن الأحكام المكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

ويرى الفقه أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص ذلك لأن لهذه القواعد نفس الصفة الإلزامية للقواعد الأمرة، فإذا لم يتفق الأفراد على مخالفتها كانت ملزمة لهم.⁹⁴

ج: إعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة إحتياطية:

أي إعتبار الدفع بالغش نحو القانون هو مخالفة غير مباشرة للقانون المراد التهرب من أحكامه، لأنه إن كانت المخالفة مباشرة ضد أحد قواعد الإسناد فيتم إستعمال الدفع الأصلي المناسب لهذه الحالة لإستبعاد القانون الأجنبي المطبق في الخارج بدون اللجوء إلى الدفع

⁹⁴- بوعلي سعيد ، شريقي نسرين ، المرجع نفسه، ص88-89.

بالغش نحو القانون⁹⁵، مثال على ذلك توطن شخص في إنجلترا بهدف تطبيق زوجته لأن قانونه الشخصي لا يسمح له بذلك وحقق هدفه طبقاً لقانون الموطن في إنجلترا، وبالتالي فالقانون المختص أصلاً هنا حسب قواعد الإسناد في قانونه الشخصي هو قانون دولته وليس قانون إنجلترا، وعليه فلو قام القضاء البريطاني بمخالفة مباشرة ضد قانونه الشخصي وتعدى على إختصاصه فيبقى حكم القضاء البريطاني غير معترف به لدى قضاء دولته وهذه هي مخالفة مباشرة يُدفع بها بإختصاص قواعد إسناد قانون جنسيته الشخصي، وليس قانون موطنه.⁹⁶

وهناك بعض الفقهاء يضيف شروط أخرى كشرط تحقق نتيجة غير مشروعة بفعل الغش أو شرط عدم وجود دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون.

ثانياً: آثار الدفع بنظرية الغش نحو القانون

يترتب على حصول الغش نحو القانون إستبعاد القانون الأجنبي الذي تم الغش بقصد تطبيقه إحلال قانون القاضي المطروح عليه النزاع محله وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني.

تساءل الفقهاء بإعتبار أن الغش هو إستعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غاية غير مشروعة عن نطاق هذا الإستبعاد وإذا كان يشمل الوسيلة المستخدمة والغاية معاً أم أنه يشمل النتيجة فقط بإعتبارها الدافع الرئيسي للغش؟
لقد انقسم الفقه في هذه المسألة إلى إتجاهين:

1- الإتجاه الأول:

يرى بعض الفقهاء أن هذا الإستبعاد يشمل النتيجة أي إستبعاد القانون الأجنبي دون الوسيلة المستخدمة وهي الأفعال التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد، لأن الوسيلة من حق الشخص وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة فيعترف بها مع إستبعاد القانون الأجنبي الذي تم الغش بهدف تطبيقه أي النتيجة.

⁹⁵- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 267.

⁹⁶- دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 80.

وبالرجوع إلى قضية "الأميرة بوفرمون" فإنه يجب أن يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ تطبيقها في فرنسا وعم نفاذ زواجها الثاني دون تجنسها بالجنسية الألمانية، وعليه فإن جميع الآثار الأخرى غير الطلاق والزواج الثاني أي التي يمكن أن تترتب على إكتسابها للجنسية الألمانية لا يمكن أن يمتد إليها أثر الغش، معنى ذلك أي نزاع في المستقبل مثلاً نزاع يتعلق بأهليتها سيخضع لقانون جنسيتها الجديدة أي القانون الألماني لأنها لم تغير جنسيتها بهدف التهرب من أحكام القانون الفرنسي بشأن الأهلية وإنما تهربت منه بشأن الطلاق والزواج الثاني فقط.

وهذا الرأي منتقد لتعارضه مع المنطق السليم لأنه يؤدي إلى إنشاء آثار قانونية متناقضة، فالغاش يخضع للقانون الذي تهرب من أحكامه بتغيير ضابط الإسناد بالنسبة للنتائج المراد تحقيقها وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى.

2- الإتجاه الثاني:

الرأي الغالب في الفقه الفرنسي ذهب إلى أن الإستبعاد يشمل النتيجة والوسيلة معاً ففي قضية "الأميرة بوفرمون" مثلاً يجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة وإنما يجب أن يمتد أيضاً إلى الوسيلة التي إستعملتها أي تجنسها بالجنسية الألمانية فتبقى مواطنة فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين وإنما أيضاً بالنسبة لجميع المجالات الأخرى، فإذا تم تغيير الجنسية مثلاً للتحايل على ضابط الإسناد وكان هذا التغيير مشروعاً من حيث الأصل إلا أنه يُحكم بعدم نفاذه داخل إقليم الدولة، لأن القصد من وراءه غير مشروع وهو التحايل على القانون فلا يعترف القانون حسب هذا الرأي بالجنسية الجديدة ونستنتج مما سبق أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب للمنطق السليم.⁹⁷

⁹⁷- بوعلي سعيد، شريفى نسرين، المرجع السابق، ص 89-90.

خلاصة الفصل الأول:

تم تناول مبدأ قانون الإرادة كضابط في إسناد العقود الدولية بإعتباره القانون الذي إختاره أطراف العقد الدولي وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لا تستند مباشرة إلى مبدأ سلطان الإرادة ولكن على أساس قاعده الإسناد، أما بالنسبة للإرادة فدورها يقتصر على تركيز العقد أي إختيار موقعه، فالأساس الذي تستند عليه الإرادة في إختيارها للقانون الواجب التطبيق كان محل خلاف الفقه من خلال نظريتين أحدهما تعطي الحرية لإرادته الأطراف ولا تضع قيوداً على إختيارهم وهي النظرية الشخصية، بينما النظرية الأخرى تُفِيد حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وهي النظرية الموضوعية، كما عرفنا أيضاً أن لقانون الإرادة أساس مسلم به في العديد من الإتفاقيات الدولية مثل إتفاقية لاهاي سنة 1955، إتفاقية جنيف سنة 1965 وإتفاقية روما...، والتشريعات الداخلية.

كما تناولنا أيضاً مضمون قانون الإرادة أي المسائل التي تدخل في نطاقه وهي أن قانون الإرادة يحكم العقد من حيث تكوينه وأركانه وشروط صحته وإنقضاءه وآثاره.... ، ولكن هناك بعض المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة وتخضع لقواعدها الخاصة لأنها قواعد أمرة لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها مثل الأهلية تخضع لقانون الجنسية والعقود المتعلقة بالعقار تخضع لقانون موقع العقار وعقد العمل يخضع لقانون العمل والضمان الاجتماعي....

ورأينا أيضاً ان المشرع إعترف للمتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ويمكنهم الإعلان عن إرادتهم صراحةً أما في حاله سكوتهم عن ذلك ينبغي على القاضي البحث عن إرادتهم الضمنية وإستخلاصها من ظروف الحال وملابسات العقد، وبعد التوصل الى معرفة القانون المختار صراحةً او ضمناً فإنه يرد عليه شروط وهي أولاً إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين بشرط أن يكون العقد دولياً، وأن تخضع العقود للشكل المتفق عليه قانوناً، وأن تكون هذه الصلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين. بالإضافة إلى ثانياً إشتراط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد مع الإشارة الى إستحالة تطبيق قانون الإرادة أولاً إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، ويشترط لتطبيق فكرة الدفع بالنظام العام (أن يكون القانون

واجب التطبيق طبقاً لقواعد الإسناد في دولة القاضي، أن تكون المخالفة للنظام العام حالية أي عند رفع الدعوى وأن يكون القانون الأجنبي يُخالف أهم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني) ،وثانياً إذا تبين لقاضي الإختصاص بقيام أطراف العقد بغش نحو القانون وهي وسائل تنفذها الأطراف للتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة وإشترط الفقه على ضرورة توافر شرطين لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون وهي التغيير الإرادي لضابط الاسناد، توافر نيه التحايل أو الغش نحو القانون بالإضافة إلى شروط مختلف فيها وهي أن يحصل الغش نحوه قانون القاضي، أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها احكام أمره، وإعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة إحتياطية وبالتالي يؤدي إلى إستبعاد تطبيق القانون المختار.

لكن عندما لا يكون لدى المتعاقدين إرادة صريحة لإختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وتعذر على القاضي الكشف عن إرداتهم الضمنية، أو كان القانون المختار ليس له صلة بالمتعاقدين ولا بالعقد يقوم بإستبعاده، فلا يمكن للقاضي أن يُطبّق قانونه مباشرة أو يرفض الفصل في النزاع ولكن يجب عليه الإجتهد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وعليه تطبيق قواعد الإسناد الأخرى وهي ما تسمى بقواعد الإسناد الإحتياطية أو نقاط التركيز المكاني بالإضافة إلى وجود قواعد دولية آمرة يتم تطبيقها على العقود الدولية بصفة مباشرة من طرف القاضي التي سيتم تناولها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

عندما لا يكون لدى المتعاقدين إرادة صريحة لإختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ولا يمكن الكشف عن نيتهم الضمنية، فإنه لا يمكن للقاضي أن يطبق قانونه أو يرفض الفصل في النزاع ولكن يجب عليه الإجتهد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.⁹⁸

المشرع أعطى القاضي سلطة الأخذ بقانون الإرادة أو إستبعاده ومعنى ذلك أنه يعترف للقاضي بدور أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية عن طريق البحث عن تركيز العقد المبرم بين الأطراف، فإذا توصل إلى ذلك طبق القانون المختار أما إذا رأى أن القانون المختار ليست له صلة بالمتعاقدين أو العقد يقوم بإستبعاده.⁹⁹ تشترط الكثير من الدول أن يكون القانون المختار له صلة بالعقد مثل الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا، سويسرا، فرنسا..؛ لأن المتعاقدين عند إختيار قانون ليست له صلة بالعقد يهدف إلى التحايل على القانون الواجب التطبيق.¹⁰⁰

نستنتج مما سبق أن للقاضي دور مهم في تطبيق ضوابط الإسناد المحددة في القانون ومراقبة إختيار الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية. بالإضافة إلى وجود قواعد دولية آمرة يتم تطبيقها على العقود الدولية بصفة مباشرة من طرف القاضي، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، إعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في (المبحث الأول)، خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر في (المبحث الثاني).

⁹⁸- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص196.

⁹⁹- بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص8-9.

¹⁰⁰- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول "قواعد التنازل المادية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص267.

المبحث الأول: أعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية

إذا لم يعبر أطراف العقد عن إرادتهم الصريحة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد والقاضي تعذر عليه الكشف عن إرادتهم الضمنية على القاضي تطبيق قواعد الإسناد الأخرى، بمعنى أن العقد الدولي يجب أن يحكمه قانون معين يختاره الأطراف أو يعينه القاضي وهو ما يسمى بتركيز العقد.¹⁰¹

الفقيه "سافيني" قام بتسليط الضوء على فكرة تركيز العقد من خلال بحثه حول مركز العلاقات القانونية القائم على فكرة الخضوع الإرادي لتبرير تطبيق قانون مركز العلاقة، لأن العقد يخضع لقانون مركز العلاقة التعاقدية حيث يلتزم الطرفان تلقائياً بهذا القانون، وما يقوله سافيني عن فكرة تركيز العلاقات القانونية نجد أساسه في الإتجاهات الفقهية الحديثة في نظرية تنازع القوانين مثل الفقيه "جيرك" تحدث عن مركز الثقل في العلاقة القانونية، والفقيه باتيفول تحدث عن توطين العلاقة.¹⁰²

لذلك يلجأ القضاة إلى توطين أو تركيز العقود في دولة معينة حيث ينتج العقد آثاره حتى يعتبر قانون الدولة هو قانون العقد، على الرغم من أن فكرة التركيز والبحث عن القانون الذي له صلة بالعقد يعطي القضاة المجال في الإجتهد والتقدير بناءً على ذلك يقوم القانون الوضعي بإدخال ضوابط إحتياطية يجب تنفيذها بشكل صحيح.¹⁰³

يُعبّر عن الإسناد بالطريقة السابقة بالإسناد الجامد ويقصد به "إسناد الرابطة العقدية إلى أقرب القوانين صلة بها وفقاً لما يراه المشرع مثل قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ".¹⁰⁴

101- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، طبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، الأردن-عمان، ص 170.

102- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 29-30.

103- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 197.

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

يتميز هذا الاتجاه بكونه يضمن للمتعاقدين فرصة العلم مسبقاً بالقانون الواجب التطبيق على العقد في حالة سكوتهم عن الإختيار مما يحقق لهم الأمان القانوني الذي يسعون إليه من جهة، ومن جهة أخرى يحقق الإستقرار المتطلب للعقود الدولية.¹⁰⁵

عمل المشرع الجزائري مثله مثل المشرعين في الدول الأخرى على وضع ضوابط إسناد إحتياطية يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية حيث نص على ذلك في المادة 18 من القانون المدني.

هناك نقاشات أثرت بشأن المادة 18 من القانون المدني قبل التعديل حول تعيين ضابط الإسناد الرئيسي قبل ذكر الضوابط الأخرى المذكورة في المادة 18 من القانون المدني بعد تعديلها.

يرى بعض الفقهاء في شرحهم للمادة 18 من القانون المدني أن المشرع الجزائري أخذ بمكان إبرام العقد وفي حالة تعذر تطبيقه يلجأ إلى قانون الإرادة، و بذلك تكون القاعدة الأساسية هي قاعدة مكان إبرام العقد و القاعدة الثانوية هي قاعدة سلطان الإرادة، وعلى هذا الأساس فإن قاعدة مكان إبرام العقد هي القاعدة الواجبة التطبيق أولاً ويمكن للقانون الذي يقوم الطرفان بإختياره أن يحل محل قانون مكان إبرام العقد، لأن المشرع الجزائري لو أراد أن يجعل من قانون الإرادة القاعدة الأساسية لكانت صياغة المادة على النحو الآتي: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره الطرفان، و في حالة غياب ذلك يكون قانون محل إبرام العقد".

إن المشرع الجزائري أخذ بقواعد الإسناد المتعلقة بالعقود وفقاً لظهورها التاريخي، وأخذ هذه الحلول عن القانون المدني للإتحاد السوفياتي.¹⁰⁶

والواقع أن هذا الرأي غير صحيح للأسباب التالية:

- من المستحيل أنه لا يوجد ضابط محل إبرام العقود إذا قبلناه كضابط رئيسي في كل الأحوال، فحتى في العقود التي تتم بالمراسلة والهاتف والفاكس، فالقضاء استقر بشأنها على حلول معينة يتحدد بموجبها مكان وزمان إبرام العقد مما لا يتصور اللجوء إلى الضابط

¹⁰⁵ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 549.

¹⁰⁶ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 325.

الإحتياطي (قانون الإرادة) حسب هذا الرأي، ومن ثم فإن وضع قانون الإرادة في المرتبة الثانية يقصد منه إستبعاد اللجوء إليه بصفة غير مباشرة، وهذا شيء غير معهود في العقود الدولية.

- إن المادة 18 من القانون المدني تُفَضِّل قانون محل الإبرام من خلال صياغتها ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، مما يفيد أن الأصل هو تطبيق إرادة المتعاقدين والإستثناء هو الأخذ بقانون محل إبرام العقد.¹⁰⁷

- إن الترتيب الذي ورد بموجبه الضابطان قانون محل إبرام العقد ثم قانون الإرادة فضلاً عن وضع عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك) أي أن هناك نوع من التقييد هو أن المشرع الجزائري كرس ضابطاً أساسياً هو قانون مكان الإبرام و ضابطاً إحتياطياً هو قانون الإرادة، فإذا أخذنا بعين الإعتبار السيطرة التي يمارسها قانون الإرادة في مجال العقود الدولية ، فإنه من المُرجَّح أن قانون الإرادة سيحتل المكان الأول بينما قانون محل الإبرام يدخل بصفة مكملة في حالة سكوت الأطراف، والواقع أن إتساع العلاقات الدولية أدى من مصداقية الفكرة القائلة أن الأطراف يهملون عادةً تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن متعاملي التجارة الدولية أصبحوا يتأثرون بصورة متزايدة بالجوانب القانونية لعملياتهم.¹⁰⁸

وبالرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه المادة 18 سواء القانون المصري أو القانون السوفياتي يتبين أن هذين القانونين يأخذان بقانون الإرادة بالدرجة الأولى، ففي القانون السوفياتي إستقر الفقه والقضاء 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.¹⁰⁹ أما الرأي الثاني وهو الرأي الغالب فقد إتجه إلى إعتبار أن قانون الإرادة يمثل ضابط إسناد أصلي بينما يُعتبر قانون محل الإبرام ضابطاً إحتياطياً، حسب هذا الرأي لا يتم تطبيق قانون محل الإبرام من طرف القاضي إلا في حالة غياب قانون الإرادة.¹¹⁰

¹⁰⁷- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص222.

¹⁰⁸- إسعاد موحد، المرجع السابق، ص362.

¹⁰⁹- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 222-223.

¹¹⁰- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص310.

وبعد عرضنا للآراء الفقهية المختلفة حول مسألة الضابط الأصلي والضابط الإحتياطي هل هو قانون محل إبرام العقد أم قانون الإرادة، نقوم بدراسة المادة 18 الفقرة الثانية بعد تعديلها وتسليط الضوء على ما تحويه من ضوابط إحتياطية جديدة يتم اللجوء إليها وتطبيقها في حالة سكوت الأطراف عن إختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية... وفي حالة عدم إمكان ذلك يُطبَّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يُطبَّق قانون محل إبرام العقد...".¹¹¹

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

كما يُلاحظ أيضاً أن هذا التعديل غيّر من ترتيب هذه الضوابط بحيث جعل من محل إبرام العقد في مرتبة رابعة بعدما كان يحتل مرتبة ثانية بعد قانون الإرادة قبل التعديل. وما سنقوم به في هذا المبحث هو دراسة هذه الضوابط وفقاً للترتيب الذي وردت به في نص المادة 18 بحيث نتطرق إلى إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين وهما قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين في (المطلب الأول) ثم إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد وهما قانون محل الإبرام أو قانون بلد التنفيذ في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

للمتعاقدين الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إستناداً إلى قاعدة من قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون القاضي المطروح عليه النزاع، فضوابط الإسناد مثل الجنسية والموطن... الخ تُعتبر وسيلة في يد الأفراد ويمكن تغييرها وفقاً لإرادتهم، لكن مسألة تطبيق مبدأ قانون الإرادة على العقد يفرض علينا تحديد هذا القانون بصفة دقيقة من أجل عدم الوقوع في لبس، لأنه ليس كل إختيار من قبل الأطراف المتعاقدة تتطابق فيه صفة

¹¹¹ قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني، المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد، 44 لسنة 2005.

القانون فهناك حالات لا يأخذ بها القاضي وتُستبعد حتى ولو إختارها الأطراف، وبناءً على ذلك سنحاول التطرق لضوابط الإسناد ذات الصلة بالمتعاقدين في فرعين يتضمن الأول قانون الموطن المشترك أما الثاني فسيخصص لقانون الجنسية المشتركة.

الفرع الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين

يَعْتَبَرُ أنصار تطبيق قانون الموطن هو القانون الذي يَعْرِفُهُ المتعاقدون أكثر من غيره وإعتادوا على تنظيم سلوكهم وفق أحكامه بناءً على ذلك يكون بإمكانهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم.¹¹²

وعلى هذا الأساس نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا في الموطن، فإن إختلفا في الموطن يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.¹¹³

إن المشرع الجزائري ومعظم التشريعات الأخرى منحت أفضلية لتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على قانون محل إبرام العقد وذلك بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين و قبل قانون محل إبرام العقد، والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني و لهذا يَعتَبَرُ أغلب الفقهاء بأن الموطن هو المكان الذي يُقيم فيه الشخص أو يَتَّخِذُ منه مركزاً لأعماله فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين، وتجدر الإشارة إلى أنه يصعب الأخذ بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة التعاقد بين غائبين حيث يكون التعامل مثلاً عبر شبكة الإنترنت ويعتمد على العناوين الإلكترونية، لذا لا يوجد مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، بالإضافة إلى أن هناك

¹¹² - القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، منتديات ستار تايمز الحقوقية، موقع: www.startimes.com بتاريخ 2023/04/1 الساعة 02:00 مساءً.

¹¹³ - تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية".

عناوين لا ترتبط ببلدان معينة، ولعل هذه الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين.¹¹⁴

نظم المشرع الموطن كغيره من التشريعات في نصوص القانون المدني بحيث عرّف الموطن وبيّن أنواعه.

لذلك سنقوم أولاً بتعريف الموطن وبيان أهميته وأنواعه وثانياً نتناول القانون المختص بتحديد الموطن.

أولاً: تعريف الموطن وبيان أهميته وأنواعه:

1. تعريف الموطن:

يمكن تعريف الموطن على أنه المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة¹¹⁵، كما يُعرّف الموطن على أنه مكان الإقامة المعتاد بالنسبة للشخص الطبيعي ومركز الإدارة بالنسبة للشخص المعنوي.

لقد عرّف المشرع المصري الموطن في نص المادة 40 من القانون المدني المصري بأنه "المكان الذي يُقيم فيه الشخص عادةً".

يلاحظ أيضاً من خلال هذا التعريف أن المشرع المصري تبني الوصف الواقعي للموطن أي وجود إقامة معتادة ومستقرة للشخص فيتحدد الموطن بالمكان الذي يُقيم فيه الشخص عادةً، ويُقصد بالإقامة المعتادة الإقامة المستقرة الدائمة حتى لو تخللتها فترات غياب متقاربة أو متباعدة.¹¹⁶

¹¹⁴ - سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، لبنان - بيروت، 2011، ص 204.

¹¹⁵ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص 146.

¹¹⁶ - حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1995، ص 07.

وقد نصت المادة 39 من القانون المدني الأردني على أن: "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن وإذا لم يكن للشخص مكان يُقيم فيه عادةً يُعتبر بلا موطن"¹¹⁷.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرّف الموطن في نص المادة 36 من القانون المدني الجزائري على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت"¹¹⁸.

ويُشترط في الموطن توافر عنصرين هما:

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

- العنصر الثاني معنوي (نية البقاء والإستقرار) ويعني الإقامة بشكل عادي أي الإقامة الفعلية والقيام بأنشطته اليومية بحيث يكون هو عنوان مراسلاته وإخطاراته وإلتزاماته المالية.¹¹⁹

وما يُلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يُعرّف الموطن بطريقة مُطلقة كما فعلت بقية التشريعات المقارنة والتي إعتمدت مصطلح "موطن كل شخص"، وذلك لأن إستعمال المشرع الجزائري في تعريفه الموطن لعبارة "موطن كل جزائري" يجعل من هذه المادة لا تتماشى مع جميع نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي كالمواد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

ولقد إعتبرت المادة 37 من القانون المدني الجزائري المكان الذي يُمارس فيه الشخص حرفة معينة أو تجارة بمثابة موطن بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه المهنة أو التجارة، في حين إعتبرت المادة 38 من القانون المدني الجزائري أن موطن كل من القاصر والمفقود

¹¹⁷ - سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، 1999، ص140.

¹¹⁸ - قانون رقم 05-10 السابق الذكر.

¹¹⁹ - محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والإلتزامات، طبعة، الدار الجامعية، لبنان - بيروت، 1997، ص192.

والمحجور عليه والغائب هو موطن من يقوم بالنيابة القانونية عن هؤلاء، أما المادة 39 من القانون المدني فقد أجازت أن يقوم الشخص بإختيار موطن معين من أجل تنفيذ تصرف قانوني.¹²⁰

2- أهمية الموطن:

تبدو أهمية تحديد موطن الشخص من نواحي كثيرة منها:

- الأوراق القضائية المطلوب إعلانها للشخص كالإعلان والإنذار والتتبيه وصحيفة 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 إختصاصها موطن المدعى عليه.
 - الوفاء بالإلتزامات التي يكون محلها شيئاً من الأموال كالنقود يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء.
 - يتم إتخاذ 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.¹²¹
- إن للموطن في المعاملات الدولية أهمية بالغة فقد جعل منه المشرع ضابطاً إسناداً إحتياطي، وفي حالة تخلف الإشتراك في الموطن أو مركز الأعمال يعقد الإختصاص لقانون الموطن المدني أو مركز أعماله، وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في بعض أحكامه وكذا القضاء الانجليزي والألماني وإتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن بيع المنقولات المادية.

¹²⁰ - العشاوي سيد علي، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الدولي الخاص، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة-الجزائر، 2019، ص50-51.

¹²¹ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص193.

يركز النص على تطبيق قانون مركز الأعمال على العقود النموذجية التي تبرمها المؤسسات التجارية والصناعية والنقل وهي عقود تتصف بالإذعان.¹²²

3- أنواع الموطن

يمكن تقسيم الموطن إلى نوعين أساسيين هما:

أ- الموطن العام:

ويُقصد به "الموطن الفعلي أو الواقعي الذي يُقيم فيه الشخص عادةً فيكون مقر سكناه ويقيد به قانوناً بالنسبة لنشاطه وعمله وعنواناً لمراسلاته وهو ما يسمى بالموطن العام الإرادي".¹²³

أما الموطن العام القانوني أو الإلزامي فهو "المكان الذي يحدده القانون لإقامة الشخص كما هو الحال بالنسبة لموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب".¹²⁴

ب- الموطن الخاص:

قد يكون للشخص موطناً خاصاً بالنسبة لبعض الأعمال وأهم أنواعه هي موطن الأعمال الموطن التجاري أو المهني أو الحرفي أو الموطن المختار. فالموطن التجاري أو الحرفي هو المكان الذي يُباشر فيه الشخص أعمالاً تجارية أو أعمال خاصة بحرفة معينة، لذلك يُعتبر هذا المكان موطناً خاصاً بالنسبة لأعمال هذه التجارة أو الحرفة أما غيرها من الأعمال فيؤخذ بالموطن العام.¹²⁵

¹²² - زروتي الطيب، "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن"، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص 235-236.

¹²³ - حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 136.

¹²⁴ تنص المادة 1/38 من القانون المدني على أن "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً".

¹²⁵ - محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، "المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزام"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، 1999، ص 162.

لقد نصت المادة 37 من القانون المدني الجزائري على ما اطلق الفقهاء عليه تسمية موطن الأعمال على النحو التالي: "يُعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة". هذا الموطن لا يكون إلا لمن له تجارة أو حرفة مثلاً لا يمكن أن يكون للموظف موطن أعمال.

أما الموطن المختار فهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين بحيث يكون خاص بهذا العمل وحده، ويتم تحديد ذلك الموطن إما بالإرادة المنفردة لصاحبه أو بموجب عقد يبرمه مع شخص آخر كإتفاق الأطراف على أن يكون الإختصاص بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة معينة وهنا يكون إختيار موطن خاص للتقاضي، أو مثلاً إذا إشتري شخص أرضاً بعيدة عن موطنه فيتفق مع البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع، أو مثلاً إذا إختار الشخص مكتب محاميه موطناً خاصاً تعلن فيه كل الأوراق القضائية المتعلقة بعقد أو تصرف قانوني أو منازعة معينة ويشترط الكتابة لإثبات وجود الموطن.¹²⁶

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

الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".¹²⁷

فالمنازعات الخاصة بالشركاء في الشركة يعقد الإختصاص للمحكمة التي يوجد بها مقر الشركة الرئيسي، وبالنسبة لفرع الشركة إن وجدت يكون مكان كل فرع موطن للشريك فيما

¹²⁶ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، "نظرية القانون، نظرية الحق"، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، ص147-148.

¹²⁷ أمر رقم 75-58 السابق الذكر.

يتعلق بمجال نشاطه، فالشخص المعنوي يأخذ حكم الشخص الطبيعي من حيث الموطن أي يجوز أن يكون له موطن عادي أو موطن مختار.¹²⁸

ثانياً: القانون المختص بتحديد الموطن

عرّف الرومان فكرة الموطن باعتبارها تطبيقاً للنظام القانوني لمختلف الجماعات المدنية حيث يتحمل الشخص الإلتزامات المدنية ويخضع للقضاء والقوانين التي تحكمه، ويخضع كل شخص لقانون دولته الذي هو قانون المدينة الأصلية له.

تظهر مشكلة تنازع القوانين كشكل من أشكال التنازع الداخلي من القرن الثاني عشر إلى القرن السابع عشر والبحث عنها في قوانين أي مدينة أو أي إقطاعية يحكمها. وعندما أصبح تنازع القوانين بالصيغة الدولية لم يتخلف قانون الموطن عن معالجته، وإستقرت مكانة قانون الموطن في ميدان التنازع الدولي للقوانين في سائر بلاد القارة الأوروبية وفي البلاد الأنجلو أمريكية إلى يومنا هذا.¹²⁹

ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول الأخذ بفكرة الموطن كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة في مجال تنازع القوانين لذلك سنقوم بإبراز حجج أنصار الأخذ بقانون الموطن، ثم نتناول الحل المتبع في حالة تعدد المواطنين.

1. مبررات الأخذ بقانون الموطن في مجال تنازع القوانين:

تأخذ دول قانون الموطن وأهمها الدول الأنجلو أمريكية (إنجلترا، الولايات المتحدة) ففي هذه الدول يطبق قانون الموطن بصفة مطلقة بإعتباره القانون الشخصي، ومن هنا يتسع مجال الموطن ليشمل الدور الذي تقوم به الجنسية والموطن في دول قانون الجنسية.

¹²⁸ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984 ص 246.

¹²⁹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأبحاث)، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1988، ص 578-579.

وفقاً لذلك يطبق القضاة في مختلف الدول قانون الموطن على مجموعة متنوعة من القضايا بحيث يحكم القانون حالة الشخص وأهليته، والنظام المالي للزوجين، والمسائل المتعلقة بميراث المنقولات.

وعليه فإن قضاة الدول يطبقون قانون الموطن على مختلف المسائل بحيث يحكم هذا القانون حالة الشخص وأهليته، والنظام المالي للزوجين، كما يحكم المسائل المتعلقة بميراث المنقولات.

ولعل موطن هذه الدول وصل إلى درجة تعمق الفقه فيها بحيث حدد قواعد الحصول عليه وتغييره وكما أكد الفقه والقضاء لإثبات هذا التغيير.¹³⁰

ومن الحجج التي إستند عليها الفقه الذي أخذ بقانون الموطن لتبرير موقفه: يعتقد أنصار قانون الموطن أن هذا القانون ظهر قبل قانون الجنسية وقد أثبتت التجربة أنه أكثر فاعلية وأكثر إنسجاماً مع احتياجات العلاقات الدولية الخاصة، فالموطن هو مركز المصالح الشخصية وهو مركزه القانوني الذي تترتب فيه حقوقه ويمارسها فيه، مما يجعل من الطبيعي والعاقل للشخص أن يخضع لقانون دولته مثله مثل المواطنين في دولته. إلى جانب ذلك فإن تطبيق قانون الموطن يتيح العديد من المزايا العملية من أهمها سهولة فهم الغير لقانون الموطن أكثر من فهمهم لقانون الجنسية، وهو ما يتوافق مع ضرورة توفير الثقة في المعاملات وكذلك سهولة تفسير قانون الموطن وتطبيقه من طرف القاضي المطروح عليه، ومن ناحية أخرى فإن تغيير الشخص إلى موطنه ليس بالمهمة السهلة في جميع الحالات لأن الموطن لا يخضع في تغييره للإرادة فقط.

أخيراً يضيف الأخذ بقانون الموطن حجة مهمة مفادها أن وحدة النظام القانوني الذي تخضع له الأسرة يقتضي الإعتداد بضابط الموطن بإعتبار أن الأسرة تتوطن عادةً في مكان معين حتى لو اختلفت جنسية الزوجين.¹³¹

¹³⁰ - حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1995، ص 97.

¹³¹ - هشام علي صادق، حفيفة السيد حداد، مبادئ القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 258.

2. القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد المواطن:

تسمى هذه الحالة بالتنازع الإيجابي للمواطن ولا يكون هذا التنازع إلا في الدول تسمح بتعدد المواطن للشخص أما الدول التي لا تسمح بتعدد المواطن لا يكون هناك تنازع أصلاً كما في المشرع الجزائري نص في المادة 36/2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".¹³² يتم حل التنازع الإيجابي للمواطن عن طريق التفريق بين فرضين:

أ. أن تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي:

في هذا الفرض على القاضي أن يُطبّق قانونه الوطني بإعتبار الشخص الأجنبي متوطناً بدولته هو دون الأخذ بقوانين الدول الأخرى والتي تُعتبر نفس الشخص له موطن فيها وفقاً لقوانينها.

ب. أن لا تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي:

وفي هذا الفرض تُعتبر دولة القاضي من الدول الغير وعليها أن ترفع أحد المواطن التي يتمتع بها الشخص حتى يتحدد مركزه القانوني على أساسه، والحل الأمثل لهذا الفرض هو الأخذ بموطن الشخص في الدولة التي يقيم بها إقامة فعلية ويرتبط بها أكثر من غيرها، ويدخل ذلك في الأمور الواقعية التي تخضع لسلطات قاضي الموضوع بإعتبارها مسألة تقديرية ويستنتج المواطن من خلال الأوراق المعروضة عليه دون رقابة محكمة النقض.¹³³ فإذا تعذر تحديد موطن المتعاقدين أو عدم إتحاد الأطراف من حيث الموطن فما هو الحل؟ يلجأ المشرع الجزائري إلى ضابط إحتياطي آخر وهو ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

¹³² قانون رقم 05-10 يتضمن تعديل القانون المدني.

¹³³ - حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 79.

الفرع الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین

تستخدم قوانين معظم الدول الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة كضابط إسناد إحتياطي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وهذا عند سكوت الأطراف عن إختيار القانون صراحةً أو ضمناً، ولكن الاختلاف هو أن يتم إعطاء الأولوية لقانون الجنسية المشتركة عن بقية الضوابط الأخرى، مثل القانون الإيطالي جعل الجنسية المشتركة للمتعاقدین في المرتبة الأولى قبل قانون محل إبرام العقد والقانون المدني الإسباني جعلها قبل قانون الموطن المشترك.¹³⁴

أما المادة 18 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه: "في حالة عدم إختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يُطبَّق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة". من خلال أحكام هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة للمتعاقدین ضابط إسناد إحتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم إتحاد الأطراف من حيث الموطن، أي أن المشرع الجزائري قد أنتهج طريقة التدرج في إعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية ويمكن تبرير تبني المشرع الجزائري لهذا المعيار إلى أن الأفراد عادةً ما يكونون على علم بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل ويُفترض فيهم ذلك، بالتالي فهم لا يتفاجئون بتطبيق قانون أجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع. ولقد إعتمدت أغلب قوانين الدول العربية ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدین كضابط إحتياطي يتم اللجوء إليه عند غياب قانون الإرادة، لكنهم قد إختلفوا في ترتيبه ومدى الأولوية عن باقي الضوابط.¹³⁵

كما نجد من التشريعات العربية لم يذكر ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدین كضابط إسناد إحتياطي كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري قبل تعديله للقانون المدني سنة 2005، والمشرع الأردني حيث نصت أحكام المادة 20 من القانون المدني الأردني على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للأطراف فإن لم يتحدا من

¹³⁴ - سلطان عبدالله محمود الجواربي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 165.

¹³⁵ - العشاشي سيد علي، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الدولي الخاص، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة-الجزائر، 2019، ص 53

حيث الموطن فيُطبَّق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أي عند غياب قانون الإرادة، وهو نفس التوجه الذي إتجه إليه المشرع المصري ضمن أحكام المادة 19 من القانون المدني المصري والمادة 25 من القانون المدني العراقي.¹³⁶ أما الإتفاقيات الدولية بدورها لم تهتم بضابط الجنسية كمعيار يتم الإعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي، ومن ذلك نجد إتفاقية روما لسنة 1980 ضمن المادة 04 منها و التي جاءت تحت عنوان القانون المُطبَّق في حالة غياب الإختيار، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: " إذا لم يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً لأحكام المادة الثالثة 03 من هذه الاتفاقية فإن العقد يخضع لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً، كما نصت على أن الجزء القابل للفصل من العقد له علاقة أوثق بدولة أخرى قد يكون على سبيل الإستثناء محكوماً بقانون تلك الدولة الأخرى.

فما يستنتج من هذه المادة أن القاضي في حالة غياب قانون الإرادة يكون حراً في تحديد الدولة الذي يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً.

ونلاحظ مما سبق بيانه أن الجنسية المشتركة للمتعاقدین تجد مكانة لها في بعض الدول حيث تمنحها الأولوية عن بقية الضوابط أو تجعلها ضمن الضوابط الإحتياطية على سبيل الترتيب، على عكس بعض الدول التي تَسْتَبَعِدُ إعتمادها كضابط إسناد يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة.¹³⁷

لقد أدخل المشرع الجزائري بعد تعديله لنص المادة 18 الخاصة بالإلتزامات التعاقدية ضابط الجنسية وجعل منه مرتبة ثالثة بعد ضابط الموطن المشترك.

لذلك سنقوم في هذا الفرع بالتعريف بالجنسية وبيان أهميتها وأنواعها (أولاً) ثم نتطرق إلى مسألة القانون المختص بتحديد الجنسية المشتركة (ثانياً).

¹³⁶ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون العراقي، الجزء الأول،

"الجنسية والمواطن ومركز الأجنب"، ص132.

¹³⁷ - العشاشي سيد علي، المرجع السابق، ص54.

أولاً: تعريف الجنسية وبيان أهميتها وأنواعها

1- تعريف الجنسية

يُعرّف غالبية الفقهاء الجنسية بأنها "رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة"، فكونها رابطة سياسية تعني بأن الجنسية تُعبّر عن ولاء الفرد للدولة التي يحمل جنسيتها وما يترتب عن هذا الولاء من واجبات وحقوق كواجب أداء الخدمة الوطنية (العسكرية) إستعداداً للدفاع عنها، وواجب 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 تُعرّف الجنسية بأنها "صفة يترتب منها من طرف الدولة للفرد إختصاصاً شخصياً لها تجاهه يُحتج به قبل الدول الأخرى"، وهذا التعريف يركز على الجانب الدولي للجنسية دون الجانب الداخلي لها.

هناك تعريف آخر للجنسية مفاده أن الجنسية "نظام قانوني تضعه الدولة لتحديد به ركن الشعب فيها وتكسب به الفرد صفة تُقيّد إنتمائه إليها".

الملاحظ أن هذا التعريف أهمل الطبيعة السياسية لإنتماء الفرد إلى الدولة التي ينتسب إليها والذي يُعبّر عن ولاءه لها والمُتمثل في إستعداده للقيام بما يفرضه عليه هذا الولاء من واجبات.¹³⁸

2- أهمية الجنسية

تظهر أهمية الجنسية في العصر الحديث بالنسبة للفرد والدولة كمعيار للتمييز الوطني والأجنبي، ويترتب على قيام رابطة الجنسية بين الفرد والدولة نشوء حقوق وإلتزامات بالنسبة لكل منهما على الصعيدين الوطني والدولي.

وتكمن أهمية الجنسية على الصعيد الوطني في منح الدولة الوطني المتمتع بجنسيتها دون الأجنبي مجموعة من الحقوق التي تختلف من دولة إلى أخرى ومن أهمها الحقوق

¹³⁸- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار

هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص83-84.

السياسية التي هي ممنوعة على الأجانب مثل الحق بالتوظيف في النيابة، الحق بالإنتخاب، الحق بالتوظيف العمومي... الخ.

أما على الصعيد الوطني فإن رابطة الجنسية تفرض على الدولة السماح لرعاياها بالإقامة على كامل التراب الوطني للدولة صاحبة الجنسية عكس الأجنبي الذي لا يمكنه الإقامة في إقليم الدولة بصفة دائمة إلا برخصة منها، كما لا يجوز إبعاد المواطن عن إقليمها ولا منعه من الرجوع إليه بعكس الأجنبي الذي يجوز إبعاده ومنعه من الدخول إلى إقليمها.

وتبرر رابطة الجنسية حق الدولة في حماية رعاياها (مواطنيها) في الخارج إذا لحقهم ضرر في إقليم دولة أجنبية وهذا ما يعرف بالحماية الدبلوماسية والتي قد تصل إلى حد مباشرة دعوى قضائية ضد دولة أخرى في حالة إذا تقدم أحد الرعايا بإحتجاج في ذلك.¹³⁹ كما تظهر أهمية الجنسية أيضا في مجال تنازع القوانين وفي مجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب.

ففي مجال تنازع القوانين تظهر أهميتها من ناحيتين أولهما أن العلاقة القانونية التي تكون محلاً لتنازع القوانين هي العلاقة التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي والتي يمكن أن يتطرق إليها عن طريق أطرافها بحيث يكون أحدهما أو كلاهما من الأجانب، ومن الناحية الثانية عندما 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 الحالة يختلف حسب الجنسية التي يحملها الشخص.¹⁴⁰

أما في مجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي تظهر أهمية الجنسية عندما يكون قانون الدولة المطروح على قضائها النزاع تشترط لثبوت الإختصاص لها أن يكون أحد أطراف النزاع من الحاملين لجنسيتها.¹⁴¹

¹³⁹ - بوعلي سعيد، شريفي نسرين، المرجع السابق، ص 93-94.

¹⁴⁰ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 91-92.

¹⁴¹ - عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، المرجع السابق، ص 103.

3- أنواع الجنسية

يحصل الشخص على الجنسية من الدولة و هي حرة -كقاعدة عامة- في منحه إياها، وإن كانت تتقيد ببعض القيود فالدولة تُراعي وجود إرتباط بينهما و بين الشخص الذي تمنحه جنسيتها وهي لا تبحث في تحقيق هذا الإرتباط 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 آباءه أو في الزواج، والدول 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.¹⁴²

أ . الجنسية الأصلية:

وهي الجنسية التي تثبت للشخص عند ميلاده، حيث نص المشرع الجزائري على طريقتين للتمتع بالجنسية الأصلية وهي نفسها في القوانين المقارنة، فنجد أن المشرع تبنى حق الدم كقاعدة عامة وحق الإقليم في أحوال معينة مراعيًا المصلحة الوطنية دون تجاهل المصالح الدولية للقضاء على ظاهرة إنعدام الجنسية.

ولا يمنع من إعتبار الجنسية أصلية أن يتأخر إثباتها إلى ما بعد الميلاد، فقد يحتاج الأمر إلى إثبات نسب الولد 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 يرجع أثرها إلى وقت الميلاد وتعتبر جنسية أصلية.¹⁴³

وتنفرد الجنسية الأصلية بالخصائص التالية:

- أنها جنسية مفروضة تثبت للشخص بقوة القانون دون الإعتداد بإرادته.
- أنها جنسية نهائية سببها الميلاد وترجع إلى وقت الميلاد فتقوم على واقعة قانونية هي واقعة الميلاد.

¹⁴²- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص71.

¹⁴³- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص194.

ويطلق الفقه على هذه الجنسية تسميات مختلفة كالجنسية الممنوحة والجنسية المفروضة وجنسية الميلاد ولكن أكثر الإصطلاحات شيوعاً وتداولاً في تقنيات الجنسية وكتب الفقه هي الجنسية الأصلية "Nationalité Originnaire".

كما تقوم الجنسية الأصلية على إعتبار قانوني مفاده أن المشرع عند وضعه لقواعد الجنسية قدّر وجود قرينة كافية للإندماج الواقعي منذ لحظة ميلاد الفرد الذي ينتسب لأحد الأبوين الوطنيين أو هما معاً، وهذه هي الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم أو الأصل الجغرافي.¹⁴⁴

كما تقوم الجنسية الأصلية على حق الدم أو البنوة بمعنى حصول الفرد على جنسية الدولة التي يتمتع بها أبوه بمجرد ميلاده.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 06 من قانون الجنسية بقوله: "يعتبر جزائرياً الولد من أب جزائري أو أم جزائرية".¹⁴⁵

ولا يعني حق الدم هنا المعنى القوي الذي يفيد وراثة العرق و السلالة كالجنس الآري أو السامي و الجنس الأبيض أو الأسود، أو الإنتماء إلى وحدة إجتماعية مصغرة كالأسرة والقبيلة لأن الجنسية ليست رابطة عنصرية ولا 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 أيضاً جنسية البنوة، وهي تسمية أدق في الدلالة على مقصودها، معناها أن الطفل يتلقى التربية الوطنية من أسرته، مما يوثق ولاءه لدولته و يزيد في إخلاصه لها.¹⁴⁶ ويتم عادةً إثبات الجنسية الجزائرية للأب عن طريق إبراز شهادة الجنسية، وفي حالة تعذر

¹⁴⁴ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، "دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي"، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 129-130.

¹⁴⁵ أمر رقم 01-05 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم بالأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43، لسنة 2005.

¹⁴⁶ - زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 130-131.

إثبات الجنسية لهذا الأخير بواسطة هذه الطريقة لابد من اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى الواردة في قانون الجنسية الجزائرية.

وتجدر الإشارة إلى أن النص السابق لا يفرق بين البنية الشرعية والبنوة الطبيعية أو الغير الشرعية إذ تكفي الولادة من أب جزائري أو من أم جزائرية، ويعتبر هذا الحل موقفاً لأن الإبن الغير شرعي ستكون له جنسية على الأقل على المستوى الدولي.¹⁴⁷

هذا و يجب أن يكون الأب أو الأم جزائرياً وقت ميلاد الولد حتى يتمكن من تلقي جنسية والده ولا يثير الأمر صعوبة فيما لو كان الأب جزائرياً خلال فترة الحمل وعند الميلاد، و إنما يختلف الأمر فيما لو تغيرت جنسية الأب بين فترة الحمل والميلاد أو تغيرت جنسيته بعد الميلاد.

والمستقر عليه أن المادة 06 من قانون الجنسية تعدد بجنسية الأب وقت الميلاد، و معنى ذلك أنه لو كان الأب أجنبياً عند الحمل ثم أصبح جزائرياً عند ميلاد الولد فإن هذا الولد يكتسب الجنسية الجزائرية وفقاً لهذه المادة.

كما أن تغيير الأب لجنسيته بعد الميلاد لا يؤثر على إكتساب الولد للجنسية الجزائرية فضلاً عن أن موت الأب الجزائري بعد الحمل وقبل ميلاد الولد، فإن الرأي الراجح لدى الفقه يؤكد إكتساب الإبن لجنسية أبيه الجزائرية بحسبان إن هذه الجنسية كانت ستتقل بطبيعة الحال إلى الإبن لو استمرت حياة الأب حتى تاريخ الميلاد.¹⁴⁸

إن أساس الإقليم السائد في نظم قانونية، العبرة فيه بواقعة الميلاد في إقليم الدولة والحصول على جنسيتها كجنسية أصلية ولو تأخر إثبات حصول الميلاد في إقليم تلك الدولة إلى ما بعد الميلاد فإنه يرد بأثر رجعي على وقت الميلاد ويجعل الطفل بموجبه يحصل على جنسية دولة الميلاد.

وتختلف الدول في تبني هذا الأساس فهناك البعض ممن يأخذ بأساس الإقليم بشكل مطلق وهناك من يشترط بعض الشروط كتوطن أسرة المولود في إقليم الدولة أو اشتراط

¹⁴⁷- إسعاد موحد، المرجع السابق، ص153-154.

¹⁴⁸- هشام خالد، إكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، دار الفكر الجامعي، مصر - الإسكندرية، 2001، ص202-203.

ثبوت النسب للأب في الدولة التي تبني أصلاً جنسيتها على حق الدم من ناحية الأب أو الأم أو إشتراط ميلاد أب الطفل في إقليمها.

ومن القوانين التي أخذت بحق الإقليم بشكل مطلق قانون الجنسية البرازيلي لسنة 1949، قانون الجنسية البريطاني لسنة 1948، قانون الجنسية الأرجنتينية لسنة 1954، كما توجد دول أخرى تعزز حق الإقليم بإشتراط ميلاد الأب فيها أيضاً كما هو الشأن في القانون الفرنسي لسنة 1993.¹⁴⁹

وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الجنسية الجزائرية الذي نص في المادة 07 على أنه "يُعتبر 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 جزائرياً قط إذا أثبت خلال قصوره، إنتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقاً لقانون جنسية أحدهما.

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

الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تُمَكِّن من إثبات جنسيتها".¹⁵⁰

ب . الجنسية المكتسبة:

"وهي جنسية يمنحها القانون لشخص توافرت فيه شروط تؤهله إلى أن يكون من وطني الدولة وتجعل من المفترض فيه الولاء لدولة هذه الجنسية والإرتباط بها".¹⁵¹

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

- أن يكون الزواج قانونياً وقائماً فعلياً منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنيس.

¹⁴⁹- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 135-136.

¹⁵⁰ أمر رقم 05-01، السابق الذكر.

¹⁵¹- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 195.

- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية لمعيشته".¹⁵²

وتتميز الجنسية المكتسبة عن الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم في أن هذه الأخيرة يتمتع بها الفرد بالميلاد وحده، وثبتت من وقت الميلاد وليس لاحقاً، كما يتميز إكتساب الجنسية عن طريق القانون في أنه يتوقف على تقديم طلب من المعنى بالأمر، بعد توافر الشروط القانونية المطلوبة، ثم تبت في الطلب الجهة المخولة قانوناً بمنتهى سلطتها التقديرية، على هذا الأساس يعتبر إكتساب الجنسية بفضل القانون هو حق للفرد الذي توافرت فيه الشروط المطلوبة.¹⁵³

كما يمكن إكتساب الجنسية عن طريق التجنس، و يترتب على ذلك أنه يمكن للفرد إذا لم يريد 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 لإكتساب جنسيتها، لذلك يقال أن التجنس لا يفرض على عكس الجنسية الأصلية التي تثبت للفرد منذ ميلاده دون الاعتداد بإرادته، فقوام التجنس هو تحرك إرادة الفرد و إن كانت هذه الإرادة لا تكفي لوحدها لإكتساب الجنسية حتى و لو توافرت في الفرد كافة الشروط المطلوبة للتجنس، و إنما يلزم لذلك موافقة الدولة.¹⁵⁴

وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الجنسية الجزائرية نجد أن المشرع الجزائري نص على إكتساب الجنسية عن طريق التجنس بقوله: " يمكن للأجنبي الذي يقدم طلباً لإكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط:

1. أن يكون مقيماً في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل بتاريخ هذا الطلب.
2. أن يكون مقيماً في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.
3. أن يكون بالغاً سن الرشد.
4. أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف.

¹⁵² أمر رقم 05-01، السابق الذكر.

¹⁵³ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 134.

¹⁵⁴ - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 89-90.

5. أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته.
6. أن يكون سليم الجسد والعقل.
7. أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري.
- ويقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده¹⁵⁵. إلا أن المادة 11 أوردت إستثناءات مفادها: " أن الأجنبي الذي قدم خدمات إستثنائية للجزائر أو المصاب بعاهة أو مرض من جزاء 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 وأولاده وكان 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 تجنسهم¹⁵⁶.
- أغلبية الفقه والتشريعات الوضعية ترى أن للشخص المعنوي جنسية تتميز عن جنسية أعضائه ولكنهم إختلفوا حول الأساس الذي تقوم عليه هذه الجنسية.
- يرى البعض من الفقهاء أنه 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 إدارتها الرئيسي، فتكون لها جنسية الدولة التي يوجد بإقليمها مركز إدارتها الرئيسي بغض النظر عن ممارسة النشاط.
- أما بالنسبة لقانون الجنسية الجزائري لم يتعرض لجنسية الشخص المعنوي، وإكتفى المشرع الجزائري بالنص في المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أن للشخص المعنوي جنسية بقوله "...: الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر..."،

¹⁵⁵ أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 105، لسنة 1970.

¹⁵⁶ أمر رقم 05-01، السابق الذكر.

كما نص في المادة 10 الفقرة 2 و3 من ق.م.ج على أنه "...: الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجتماعي الرئيسي والفعلي. غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

هل يستخلص من هذا النص الوارد بصدد تطبيق قانون الجنسية على الحالة والأهلية إن الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر تكون لها الجنسية الجزائرية؟. ويقابل هذا النص نص المادة 11 من القانون المدني المصري الذي يشير أن الأشخاص الاعتبارية تكون لها جنسية الدولة التي يوجد بها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي إلا إذا كانت تمارس نشاطها الرئيسي في مصر، فتكون لها الجنسية المصرية والقانون المصري هو الذي يسري¹⁵⁷، فبعد تناول تعريف الجنسية وأهميتها وأنواعها فكيف يتم أعمال ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

ثانياً: القانون المختص بتحديد الجنسية المشتركة

يعد ضابط الجنسية المشتركة أحد ضوابط الإسناد التي تؤسس عليها قاعدة تنازع القوانين، نظراً لأن الجنسية تلعب دوراً محددًا في إسناد واختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مما يمنح هذا الضابط العديد من المزايا في حل تنازع القوانين إلا أنه تعرض لانتقادات بسبب عيوبه.

1- مزايا الأخذ بقانون الجنسية المشتركة

إستحداث ضابط الجنسية المشتركة يساعد القاضي على حل النزاع عكس قانون المواطن فيه صعوبات على القاضي أو الغير ممن يتعاملون مع الشخص، وذلك لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي بالإضافة إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة على الإلتزامات التعاقدية يؤدي إلى تقليل حالات الغش نحو القانون.¹⁵⁸

¹⁵⁷ - علي علي سليمان، مذكّرت في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 175-176.

¹⁵⁸ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 124.

بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيقه يساعد في الكشف الجزئي أو الكلي عن تركيز إرادة الأطراف المتعاقدة، ويحاول ضابط الجنسية المشتركة إزالة عقبات القاضي خاصة وأن القاضي يجب عليه الفصل بالنزاع المطروح عليه؛ لأنه في حالة عدم فصله بالنزاع يتم إتهامه بجريمة إنكار العدالة¹⁵⁹، كما يوفر ضابط الجنسية إستقرار المعاملات التعاقدية الدولية خاصة لما للجنسية من صلة بالمتعاقدين.¹⁶⁰

2- الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية المشتركة

أثار إعمال ضابط الجنسية إشكالات قانونية وعلى الرغم من أن معظم الدول التي تُطبق ضابط الجنسية المشتركة بما في ذلك القانون الجزائري، وإسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة فقد تم انتقاده وبجميع المزايا التي ذكرناها يقال أن ضابط الجنسية المشتركة يتميز بضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وقانون العقد، ليس هذا فقط ولكن تطبيق قانون الجنسية المشتركة يتطلب التحقق من هوية المتعاقدين ومكان وجودهم وقت إبرام العقد وهو أمر بالغ الصعوبة ويصعب التحقق منه خاصة في مجال المعاملات التعاقدية.¹⁶¹

وعليه فإن إعمال ضابط الجنسية المشتركة كضابط احتياطي يُطبق على الرابطة العقدية يثير عدة إشكالات عملية بالنسبة للمتعاقدين وأيضاً بالنسبة للقاضي كهيئة قضائية يتوجب عليه الفصل في النزاع المطروح أمامه، وأهم هذه الإشكالات حالة تعدد الجنسيات وكذا حالة إنعدام الجنسية.

أ- حالة تعدد الجنسيات

ويسمى أيضاً التنازع الإيجابي للجنسيات يقصد به تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في نفس الوقت ويترتب على هذا الوضع بروز مشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق

¹⁵⁹ - عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 361.

¹⁶⁰ - زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 131.

¹⁶¹ - سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 205.

إستنادا إلى معيار الجنسية، لذلك يتوجب في المقام الأول المفاضلة بين الجنسيات المطروحة أمامه لحل النزاع، وفي هذا الإطار سعت التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى إيجاد حلول لما يمكن أن يشوب ضابط الجنسية من إشكاليات من خلال التمييز بين فرضين: أولهما كون جنسية دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع من بين الجنسيات المتزاحمة، والثاني أن لا تكون جنسية القاضي من الجنسيات المتزاحمة.¹⁶²

• تعدد الجنسيات ومن بينها جنسية دولة قاضي النزاع

في هذه الحالة لا يوجد تنازع جنسيات إذ تلعب جنسية دولة قاضي النزاع دورا لاغياً تجاه جنسيات الدول المتواجدة فهي تطبق دون سواها، لأن قواعد الجنسية هي عامة وإقليمية التطبيق وترفض أي فكرة للتزاحم.

فالمشروع الوطني ينفرد بتحديد شروط إكتساب جنسيته أو شروط زوالها ثم إن إكتساب الفرد جنسية دولة يمنع مسبقاً كل بحث في توافر شروط دولة أخرى.

فالقاعدة العامة في شأن ترجيح جنسية دولة القاضي هي الإستجابة من قبل السلطات القضائية لتشريعات دولتها إذا كانت من بين الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية من الخصوم بجنسيته متجاهلة في نفس الوقت انتسابه إلى أية دولة أخرى.

وهذا ما أكدته اتفاقية لاهاي لسنة 1930 في مادتها الخامسة ، كما كرسته المادة الثالثة من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بقولها: "إذا كان شخص ممكنا عده فيما يتعلق بعضوية المحكمة متمتعاً برعوية أكثر من دولة واحدة فإنه يعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية".

حيث أجازت هذه النصوص لكل دولة يتمتع أحد متعددي الجنسية بجنسيتها أن تعتبره من رعاياها¹⁶³، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 22 الفقرة الثانية حيث أعطى الأفضلية للقانون الجزائري في حالة وجود الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي

¹⁶² - حسام الدين فتحي ناصف، تعدد الجنسيات وحق الترشح لعضو مجلس الشعب، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص08.

¹⁶³ - جندوبي فاطمة الزهراء، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 55-56.

يملكها الشخص والمنصوص فيها: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".¹⁶⁴

• تعدد الجنسيات دون أن تكون من بينها جنسية دولة قاضي النزاع

في هذه الحالة يكون التنازع بين الجنسيات بسبب عدم وجود جنسية دولة القاضي فلا مجال للبحث عن الحذف، بل البحث عن المفاضلة والإختيار بين الجنسيات المختلفة المطروحة.

تعددت الحلول والمعايير الفقهية المقترحة فبعضهم فضّل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون الجنسية في دولة القاضي وهو ما يطلق عليه بمعيار الجنسية الملائمة لمصالح دولة القاضي، والبعض الآخر فضّل معيار أقرب الجنسيات إلى جنسية القاضي، في حين ذهب جانب آخر إلى ترجيح معيار الجنسية السابقة بإعتبار أن للشخص فيها حق مكتسب لا يمكن إهداره طالما لم يؤدي إكتسابه للجنسية الجديدة إلى فقد الجنسية الأولى.

ويتمثل الحل المعتمد في اختيار الجنسية التي يعيشها الشخص في حياته اليومية بإعتبار أنها تتفق مع الأساس الذي تقوم عليه فكرة الجنسية: إرتباط الشخص إرتباطاً حقيقياً في مجتمع وطني وتُعرف بالحالة الواقعية التي تقوم على أقوى رابطة بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها.¹⁶⁵

ب- حالة إنعدام الجنسية

إن الفقه يسمي هذه الظاهرة بالتنازع السلبي للجنسيات وهو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحق للميلاد مجرداً من حمل جنسية أي دولة من الدول.¹⁶⁶

¹⁶⁴ - قانون رقم 70-86، السابق الذكر.

¹⁶⁵ - جندوبي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 132-133.

¹⁶⁶ - عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجنبي في جامعة الدول العربية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، لبنان، 1987، ص 51.

وكذلك يُعرّف جانب آخر من الفقه أن عديم الجنسية "هو الشخص الذي لا يُعتبر رعية لأية دولة من دول العالم فجميعها يُعتبر أجنبياً عنها"¹⁶⁷.

في حين يرى البعض بأن التنازع السلبي للجنسيات يحصل عندما تتخلى قوانين الجنسية في جميع الدول عن شخص معين فلا يعد من وطني أية دولة¹⁶⁸، ولقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإقامة في حالة إنعدام الجنسية.¹⁶⁹

وفي حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف وتعذر القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية وإذا لم يكن لهم جنسية مشتركة أو محل إقامة أو موطن مشترك ينبغي على القاضي تطبيق ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد.

المطلب الثاني: أعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد

عند سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد صراحةً أو ضمناً، يُفصّل المشرع أن يعيّن مسبقاً القانون الذي يعتبره الأكثر صلة بالعقود الدولية وهذا ما يميز أطراف العلاقة القانونية ويكون لهم فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم في حالة سكوتهم عن الإختيار؛ ويحقق لهم ذلك الأمان القانوني والإستقرار الذي يسعون اليه.

يعبر هذا الإسناد الجامد والمسبق للرابطة العقدية عن رأي القاضي أو المشرع بشأن القانون الذي يعتبره الأقرب صلة بالعقد، مثل قانون الدولة التي ينتمي إليها أطراف التعاقد بحكم جنسيتهم أو موطنهم، أو قانون محل إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، ونتيجة لذلك فإن الكثير من تشريعات القانون الدولي الخاص تعتمد في تعيين قانون العقد عند غياب الاختيار الصريح للأطراف وتعذر القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية لهم على قانون

¹⁶⁷ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، المرجع السابق، ص179.

¹⁶⁸ - بشير شريف يوسف، تنازع الجنسية بين الواقع والقانون، ط1، دار البداية للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص19-20.

¹⁶⁹ - قانون رقم 70-86، السابق الذكر.

محل إبرام أو قانون محل التنفيذ وذلك إذا لم يكن لهم جنسية مشتركة أو محل إقامة أو موطن مشترك.¹⁷⁰

وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الأول خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون محل إبرام العقد ثم الفرع الثاني خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون بلد تنفيذ العقد.

الفرع الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون محل إبرام العقد

في ظل المدرسة الإيطالية القديمة يُعدّ قانون محل إبرام العقد معياراً معتمداً بوصفه أهم الضوابط المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي¹⁷¹، فالإعتماد على محل إبرام العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لوجود صلة حقيقية بالعقد. حسب القضاء كما بيّنا سابقاً يُفترض سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد حتى يتم تعيين قانون محل إبرام العقد كضابط إسناد على العقد الدولي، على خلاف ذلك بعض الفقهاء إتجهوا إلى تعيين قانون محل إبرام العقد كضابط إسناد على العقد الدولي على أساس أنه تم إختياره بإرادة المتعاقدين.¹⁷²

تبنت معظم التشريعات ضابط محل إبرام العقد من بينها التشريع الجزائري ونص عليه في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، يطبق قانون محل إبرام العقد".¹⁷³

¹⁷⁰ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 113-114.

¹⁷¹ - منصور عبد السالم الصرايرة، "القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي"، مجلة الدراسات، العدد 02، كلية العلوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2014، ص 1340.

¹⁷² - زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 87.

¹⁷³ قانون رقم 05-10، السابق الذكر.

أولاً: مضمون قانون محل إبرام العقد

يمكن القول بأن أعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يُعتبر إسناد يُعبر عن وجود صلة حقيقة وجادة بين القانون والعقد كما يضمن للمتعاقدين الإطلاع على هذا القانون بكل سهولة، وتطبيق هذا الضابط يضمن وحدة القانون المطبق على العقد.¹⁷⁴ كذلك نجد أن التشريعات الوطنية لمعظم الدول أعطت أهمية لضابط محل إبرام العقد ولكن اختلفت في مدى إعطائه الأولوية عن بقية الضوابط الاحتياطية، ونجد أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الضابط في حالة إنتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين وهو ما قضت به أحكام المادة 18 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه " وفي حالة عدم إمكان ذلك يُطبق قانون محل إبرام العقد.

نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل من ضابط محل إبرام العقد في المرتبة الثالثة حيث يتم إعماله من طرف القاضي في حالة إنتقاء الضوابط الاحتياطية السابقة له أي ضابط المواطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة.¹⁷⁵

ثانياً: تقييم قانون محل إبرام العقد

إن الأخذ بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد في حال إنتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، وأيد الفقهاء ضابط محل إبرام العقد وذلك لإعتبارت أهمها:

- أنه إسناد يُعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد.
- يضمن للمتعاقدين الإطلاع على هذا القانون بكل سهولة أي إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل.
- يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد.
- يضمن وحدة القانون المُطبق على العقد أي وحدة الحلول القانونية المُطبقة على الرابطة العقدية.¹⁷⁶

¹⁷⁴ - بلاق محمد، المرجع السابق، ص54.

¹⁷⁵ - سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 200.

¹⁷⁶ - بلاق محمد، المرجع نفسه، ص54.

بالرغم من هذه المزايا التي يراها مؤيدو هذا الإسناد إلا أنه تعرض لإنتقادات من معارضيه على النحو التالي:

1- إن محل إبرام العقد يُتخذ على أساس ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المتطلبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي سيحكمها، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد مثلاً عبر شبكة الانترنت من جهاز كمبيوتر شخصي له أو مع شخص آخر غيابياً وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة.

2- إن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد قد يكون ملائماً للروابط العقدية التي تتم بين التجار في أسواق المدن، إلا أنه بعض التعاملات التجارية التي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك التعاملات تركيز مكاني.

3- إن مكان إبرام العقد يمكن ألا يرتبط بعلاقة موضوعية أو جوهرية بموضوع العقد، حيث أنه هناك بعض التعاملات تختلف طرقها في التعاقد وتقرض إتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة به، مما يعني أن ضابط قانون محل الإبرام صعب التطبيق في بعض المجالات.

4- إن التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد أو يرجح ذلك لإختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يُعتد به مثلاً لإبرام العقد.¹⁷⁷

الفرع الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون بلد تنفيذ العقد

لقد إعتبرت العديد من الدول محل تنفيذ العقد كضابط إحتياطي يتم إعتماده في حالة غياب إختيار المتعاقدين لقانون يحكم العقد الدولي المبرم بينهم، ويظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية لقانون دولة التنفيذ أساسه أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد وليس بمحل إبرامه.

¹⁷⁷ - سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 199-200.

كما يذهب البعض إلى التأكيد على أن محل التنفيذ بوصفه تعبيراً عن مركز النقل والإرتباط الاجتماعي والإقتصادي في الرابطة العقدية، في هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتتعدد فيه مسؤولياتهم عند عدم تنفيذ إلتزاماتهم.¹⁷⁸

أولاً: مضمون قانون بلد تنفيذ العقد

إن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الضابط بالرغم من أهميته فأول من جاء بفكرة خضوع العقد الدولي لقانون بلد التنفيذ هو الفقيه الألماني سافيني، إستناداً إلى فكرة أساسها أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في الدولة محل تنفيذ العقد وعندما إستخدم سافيني إرادة المتعاقدين كحل لإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي كان قصده إعتبارها تبرير لاحق لتحديد القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع.¹⁷⁹ انطلاقاً مما جاء به سافيني سوف نعرض إلى اتجاه قضاء القانون الدولي الخاص إلى الأخذ بمحل التنفيذ كضابط لإسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة محل التنفيذ والمزايا التي يمكن أن يقدمها لخدمة مصالح المتعاقدين.

أن فقه القانون الدولي الخاص يميل كثيراً إلى تطبيق قانون بلد التنفيذ بإعتباره من أهم مؤشرات الإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة سكوت المتعاقدين، وأكد الفقيه سافيني على أهمية قانون بلد التنفيذ وتبناه الفقيه الفرنسي ديمولان في نظرية التركيز الموضوعي بإعتباره يمثل مركز النقل.

ويرى أنصار قانون محل التنفيذ أهميته إلى عدة أسباب ومنها أن بلد التنفيذ يمثل الغاية التي يسعون إليها من تعاقدهم، فالتنفيذ يمثل الغرض الرئيسي من العقد وعليه ترتبط جميع مصالح أطراف العقد في بلد التنفيذ، كما أن قانون بلد التنفيذ يمثل الوجهة الأخيرة للعقد وعليه سيخضع العقد لأحكام قانون واحد وبذلك تحفظ وحدة العقد.

¹⁷⁸ - خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص42.

¹⁷⁹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص558.

فضلاً عن أنه في حالة أحلال أحد أطراف العقد بتنفيذ إلتزامه فقانون بلد التنفيذ هو الأفضل بحكم هذه العلاقة، وعليه تحفظ حقوق ومصالح أطراف العقد من خلال تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد.

يقوم الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في هذه الدولة وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعدد في التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر إلى العالم الخارجي، ولعل ظهور العناصر المادية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ على هذا النحو هو الذي يمكن غير المتعاقدين من العلم بوجود هذه العلاقة، فيصون لهم على هذا النحو مصالحهم المشروعة في تطبيق قانون هذه الدولة.¹⁸⁰

ثانياً: تقييم ضابط محل تنفيذ العقد

إن قاعدة إسناد العقد إلى محل تنفيذه ومعرفة أطراف العقد القانون الواجب التطبيق مسبقاً وبالرغم من النتائج التي توصل إليها غير أنه لم يسلم من الإنتقاد ومن الإنتقادات ما يلي:

- إن فكرة تركيز العقد في قانون بلد التنفيذ تتجاهل الدور الأساسي للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق مما يؤدي إلى إنكار تدخل إرادة المتعاقدين.

- السماح للقاضي بالتدخل وفرض إرادته عن طريق سلطته في تعديل إختيار الأطراف بدعوى أن هذا القانون المختار ليس له صلة بالعقد.¹⁸¹

- خطورة هذا التوجه بتجاهله للطبيعة الخاصة لكل عقد عندما يضع قاعدة إسناد عامة وكثيراً لا يُعبّر عن مركز الثقل في العلاقة القانونية وهذا غير مألوف في إطار المنهج العام القائم على قواعد التنازع، ما يؤدي إلى ربط قاعدة التنازع مركز الثقل بالرابطة العقدية بالرغم من اليقين والمعرفة التي يوفرها هذا الضابط.¹⁸²

وإذا كان لنا أن نفاضل في النهاية بين الإسناد المسبق للرابطة العقدية لقانون محل الإبرام أو لقانون محل التنفيذ، فلا شك أن هذا الحل الأخير هو الذي يُعبّر على نحو أصدق على

180- سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص116.

181- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية ، المرجع السابق، ص117.

182- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين - دراسة مقارنة - ، المرجع السابق، ص59.

حقيقة مركز الثقل في هذه الرابطة فقانون بلد التنفيذ يعد أوثق صلة بالرابطة العقدية من قانون بلد الإبرام، ومع ذلك فإنه من العسير أن تسلم كما رأينا بصلاحيه هذا الإسناد الجامد(قانون محل الإبرام) في كافة الفروض المتنوعة التي تكشف عنها التطبيقات العملية المختلفة ولعل هذا هو السبب في تفضيل كل من الفقه الحديث والقضاء المعاصر للإسناد المرن(قانون بلد التنفيذ) للرابطة العقدية.¹⁸³

نستنتج مما سبق أن للقاضي دور مهم في تطبيق ضوابط الإسناد المحددة في القانون ومراقبة إختيار الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية. بالإضافة إلى وجود قواعد دولية آمرة يتم تطبيقها على العقود الدولية بصفة مباشرة من طرف القاضي.

المبحث الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر

إذا كانت الإلتزامات التعاقدية تخضع لحكم القانون من خلال إعمال قواعد التنازع المزدوجة الجانب التي تقوم على فكرة إختيار القانون الواجب التطبيق على أساس إرادة الأطراف أولاً ثم على أساس إعمال ضوابط إسناد إحتياطية (أوما يسمى بنقاط التركيز المكاني) وهي قواعد غير مباشرة ومحايده ولا تأخذ في الإعتبار محتوى القانون المشار إلى تطبيقه أو نتائج تطبيقه على النزاع المطروح.

وبالتالي فإن العدالة التي توجه إليها قواعد التنازع المزدوجة الجانب ليست عدالة مادية، لأنها لا تسعى إلى حل عادل للنزاع المطروح على القاضي ولكنها تكتفي بالإختيار العادل أو المناسب للقانون الواجب التطبيق مراعية في هذا الإختيار طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونية التي سيتم الإختيار من بينها.¹⁸⁴

تتميز العلاقة القانونية بالطابع الدولي لعناصرها المرتبطة بأكثر من قانون واحد مما يؤدي إلى تداخل الإختصاصات الخاصة بكل منهما في أحكامهما، ويؤدي إلى نشوء هذا التنازع ويستلزم البحث عن وسيلة وطريقة لحل التنازع من أجل تحقيق التناسق في تطبيق

¹⁸³ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص562.

¹⁸⁴ - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص684-685.

هذه القوانين بطريقة منصفة ويطلق على طريقة حل مشكل تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص بإصطلاح "منهج التنازع".

وقد عدد الفقه والقضاء والتشريع هذه المناهج المقترحة لحل مشكل تنازع القوانين وأهم هذه المناهج " المنهج التنازعي " بإعتباره المنهج الأكثر إستعمالاً ويقوم هذا المنهج على فكرة قواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني فهي قواعد قانونية تهدف إلى توجيه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

ومنهج الإسناد منهج تقليدي ساد لفترة طويلة منذ القرون الوسطى في العديد من التشريعات دون منافس إلى يومنا هذا ولا زال يحتل مكانة بارزة في القانون الدولي الخاص فإعتمده كل الأنظمة القانونية الوطنية ومنها الجزائر، إذ لو عرض على القضاء الجزائري نزاع في شأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي فإنه لمعرفة القانون الواجب التطبيق لأبد على القاضي الرجوع مباشرة إلى قواعد الإسناد المحددة في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

ومن خصائص قواعد هذا المنهج أنها من وضع المشرع الوطني في كل دولة مهمتها أو وظيفتها إسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين مناسبة لها، وتنتهي مهمتها بالإسناد لتبدأ مهمة القانون المسند إلية الإختصاص للفصل في النزاع.

بالرغم من الخصائص المميزة لمنهج التنازع إلا أنه لم يسلم من الإنتقادات:

- إعتبره البعض منهجاً جامداً ذلك أن القاضي يرجع في كل مرة لنفس قواعد الإسناد دون مراعاة ظروف النزاع فهو يقوم على آلية ميكانيكية.

- يؤدي إلى عدم توقع أو معرفة الحلول مسبقاً وبالتالي إنعدام الأمان القانوني، ذلك أن قاعدة التنازع في بعض الدول مصدرها القضاء فتكون الحلول مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة مما يجعل هذا المنهج وسيلة تحكيمية في يده.

- وظيفة قواعد التنازع فيه علاجية وليست وقائية إذ أنها لا تستطيع منع وقوع التنازع، بالإضافة إلى سهولة الغش في قواعده حيث يمكن للأشخاص التحايل على هذه القواعد بتغيير ضابط الإسناد.

- يُعاب على هذا المنهج إحداث ما يسمى " بالإثراء في الدولية" كأن يُطبَّق القانون الأجنبي التي أشارت إليها قاعدة الإسناد في قانونه الوطني بالرغم من أن قانونه الوطني هو المناسب للتطبيق.

رداً على الإنتقادات التي وجهت للمنهج التنازعي جاءت المناهج البديلة من بينها المنهج المباشر الذي يقوم عليه أعمال كل من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص من ناحية والقواعد ذات التطبيق الضروري من ناحية أخرى.¹⁸⁵

وسنقوم في هذا المبحث بالتطرق إلى كل من منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في (المطلب الأول)، ثم منهج القواعد المادية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

في ظل التطورات الفقهية والتشريعية التي تسعى إلى تحرير العقود الدولية من هيمنة القوانين الداخلية تماشياً مع إرادة أطراف العلاقة العقدية التي تسعى لإختيار قواعد قانونية تتماشى مع مصالحهم، مثل هذا الإختيار ليس حراً طليقاً مجرد من الإعتبرات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية التي يجب حمايتها والمترتبة بالمصلحة العامة للدولة أو بالمصلحة الخاصة للأفراد فكل القواعد القانونية المترتبة بالإعتبرات السابقة تكون ملزمة يتعين إخراجها من سلطان الإرادة لتتطبق مباشرة إذا تعلق الأمر بمجال سريانها.

تُعرّف هذه القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري والتي فرضت وجودها مع تبني الدول سياسة التدخل في الحياة الاقتصادية والإجتماعية للدولة وتطبق بشكل أمر وترفض مزاحمة القوانين من حيث التطبيق نتيجة لطابعها الخاص.

سنقوم في هذا المطلب بالتطرق إلى تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الأول) ثم أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الثاني) كما يلي:

¹⁸⁵ - بوعلي سعيد، شريفي نسرين، المرجع السابق، ص 23-24.

الفرع الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروي

لإظهار مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروي التي زاد نطاقها في إطار تدخل الدولة لحماية بعض المصالح الجديرة بالحماية بقواعد آمرة لا يمكن تجاهل أحكامها يكون عن طريق التطرق إلى تعريف هذه القواعد والتي عرّفها الفقه في تعريفات أبرزها: عرفها البعض بأنها "مجموعة القواعد الموضوعية التي تكون داخل النظام القانوني الوطني ولها أهمية كبير في مجتمع هذه الدولة دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ثم يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها سواء كانت تنتمي للقانون العام أو الخاص ودون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد.¹⁸⁶

وعرفها البعض الآخر بأنها "حكم أمر يستوجب تطبيقه على علاقة دولية أياً كان القانون الذي سيحكمها"، أو بمعنى آخر "هي القواعد المتعلقة بالنظام العام بحيث يجب تطبيقها حتى إذا كان النظام القانوني التابعة له غير مختص من حيث المبدأ ولم يتم تحديده من خلال قاعدة الإسناد فالإلزاميتها تتبع إختصاصها".¹⁸⁷

من خلال ما سبق نقول أن القواعد ذات التطبيق الضروي هي مجموعة من القواعد الموضوعية التي يحتويها نظام قانوني لدولة معينة بلغت درجة معينة من الإلزامية تفرض نفسها من حيث التطبيق بغض النظر إذا كانت العلاقة القانونية وطنية بكل عناصرها أو تشمل على عنصر أجنبي نتيجة إرتباطها بمصالح نظمها المشرع بشكل أمر وبقيد إرادة الأطراف في مخالفة أحكامها.

ولعل الهدف من القواعد ذات التطبيق الضروي هو إعطاء الإختصاص للقانون الوطني حمايةً لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، وهذا ما أشارت به مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 03 الفقرة الأولى منه على أنه: "قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم"، و تقابلها المادة 05 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن"، و هذا ما أخذ به أيضا المشرع السويسري حيث جاء في نص المادة 18

¹⁸⁶ - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر - الإسكندرية، 1994، ص171.

¹⁸⁷ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص776.

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".¹⁸⁸

فالقواعد ذات التطبيق الضروري تفرض نفسها من حيث التطبيق بغض النظر إن كانت العلاقة وطنية أو تشتمل على عنصر أجنبي؛ لأنها قواعد أمرة ولا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها فكيف يتم إعمال هذه القواعد؟.

الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

كلما تبين أن هناك قاعدة قانونية تدرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري، يتم تطبيقها بشكل مباشر بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق باعتبارها تخرج من مجال تنازع القوانين لتشكل منهجاً قائماً بذاته عن طريقه يتم الفصل في المنازعات المترتبة من العلاقات الدولية الخاصة.

إنطلاقاً من أهمية القواعد ذات التطبيق الضروري في تحقيق الأهداف التي أعطاها المشرع أهمية خاصة نتيجة لأهميتها على المستوى الإقتصادي والإجتماعي، أصبح تطبيقها من قبل القضاء أمر ضروري خاصة إذا كانت تنتمي إلى قانون القاضي فلا يمكن تجاهلها بمناسبة تطبيقه لقانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد في قانونه.

إذا عرض النزاع على قضاء الدولة لحل النزاع المترتب عن العقود الدولية الخاصة، يتولى القاضي إعمال قاعدة الإسناد في قانونه التي تكشف عن القانون المختص وهو قانون الإرادة حسب الأصل أو القانون الذي عينته الضوابط الإحتياطية، في كل الحالات يتولى القاضي تطبيق هذا القانون بإستثناء الحالات التي تدخل فيه هذه العلاقة العقدية في مجال سريان القواعد ذات التطبيق الضروري سواء كانت تنتمي إلى قانون القاضي أو تنتمي إلى القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

في الحالة الأولى يتولى تطبيق كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانونه وفي مقدمتها القواعد التي تكون ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري.

¹⁸⁸ - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 287.

أما في حالة إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي بإعتباره كقانون الإرادة أو عيّنته الضوابط الإحتياطية في قاعدة الإسناد، فيتولى القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون الأجنبي حسب الأصل ولكن دون أن يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه التي لا تقبل أي مزاحمة من أي قانون، كلما دخلت العلاقة العقدية في مجال سريانها يرجع السبب في ذلك إلى كون القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد الفورية التطبيق يتم إعمالها بغض النظر عما تقضي به قواعد الإسناد وتُطبق دون أن يكون للقاضي الحق في إجراء مقارنة بين محتوى القواعد الوطنية وبين محتوى القواعد الأجنبية.¹⁸⁹

وبالرجوع إلى القانون الجزائري هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري ومن الأمثلة على هذه القواعد كما يلي:

- قانون المنافسة تعتبر أحكامه آمرة بإعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، لذلك تقضي الضرورة إستبعاد كل التصرفات التي تعترض مجال المنافسة النزيهة وهذا ما نص عليه المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 والتي جاء فيها: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الإقتصادية، قصد زيادة الفعالية الإقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".¹⁹⁰

وما يقال عن قانون المنافسة ينطبق أيضاً على الأمر رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت المادة الأولى من هذا الأمر على انه:

¹⁸⁹- عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 318-319.

¹⁹⁰- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003.

يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".¹⁹¹

ولما كانت حماية المستهلك من بين الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، فقد أقرّ المشرع الجزائري حماية قانونية للمستهلكين وذلك بنصه في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك القانوني للمتدخل".¹⁹²

- القانون المتعلق بعلاقات العمل تدخلت الدولة بنصوص أمرّة لتنظيم عقد لعمّل إلا أن الإرادة مازالت موجودة لأنها البداية في إبرام أي عقد.¹⁹³

فلقد أقرت مختلف التشريعات حماية العامل وذلك بالعمّل على تطبيق النصوص الأمرّة التي أقرها المشرع في تلك الدولة، وهو ما نلمسه فيما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل¹⁹⁴، حيث وردت به نصوص تنظيمية لا يمكن أن تكون محلاً للمنافسة من طرف قانون أجنبي، كتلك النصوص التي تتعلق بشروط التوظيف أو بمدة العمل أو الراحة القانونية... الخ.

- القواعد الواردة في قانون النقد والقرض¹⁹⁵، الذي تعد أحكامه كلها أمرّة لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، حيث يتولى بنك الجزائر توفير أفضل الشروط والحفاظ عليها في تحقيق النمو الإقتصادي.

¹⁹¹- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

¹⁹²- قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07/02/1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989.

¹⁹³- باسم عواد محمود العموش، المرجع السابق، ص 248.

¹⁹⁴- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21/04/1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17 لسنة 1990.

¹⁹⁵- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2003.

من خلال ما سبق يمكن القول:

- أن النص على القواعد ذات التطبيق الضروري ضمن مبادئ آثار القوانين وتطبيقها المادة 05 من القانون المدني الجزائري يتضح أن المشرع أراد إعمال آثارها لنفسها فقط دون أي إعتبار آخر.

- أن القواعد ذات التطبيق الضروري لا تميز في مجال تطبيقها بين العلاقات الداخلية والعلاقات المتصفة بالأجنبية، وأن تطبيقها ليس متوقفاً على حالة عدم تنازعها مع نظم قانونية أجنبية وأنها قوانين تفرض منهج التنازع بشأن مضمونها.

- وخلافاً لقواعد الإسناد التي قد تكون مزدوجة وهي قواعد شكلية فإن القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد منفردة.¹⁹⁶

إلى جانب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يوجد منهج القواعد المادية ذات المضمون الداخلي أو الدولي العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً ينهي النزاع أو يتقاده في علاقة خاصة ذات طابع دولي.

المطلب الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً لمنهج القواعد المادية
هذا المنهج إقترح كبديل لقاعدة الإسناد التي يترتب على إعمالها عقد الإختصاص التشريعي في العلاقات الدولية الخاصة لقانون داخلي معين، وهذا لا يتلاءم مع رأي معارضي منهج الإسناد مع الخصوصيات المميزة لهذه العلاقات، والقواعد المادية بعضها من أصل داخلي وإن كانت معدة أساساً لحكم العلاقات الدولية الخاصة، وبعضها الآخر من أصل دولي، وفي كلا الحالتين إن الوصول إلى الأخذ بمنهج القواعد المادية وإستغنائها عن منهج الإسناد حتى لو كانت قواعد شائعة في الأوساط التجارية والمهنية والهيئات

¹⁹⁶- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 80.

العلمية المختصة في شؤون التجارة الدولية، كانت هناك حاجة لجهود دولية كبيرة لجمع هذه القواعد وتوحيدها وكانت التضحيات الوطنية مطلوبة لتحل محل القانون الداخلي.¹⁹⁷ وسوف نتطرق فيما يلي إلى نوعين من القواعد المادية وهي القواعد المادية ذات الأصل الداخلي في (الفرع الأول) ثم القواعد المادية ذات الأصل الدولي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي

غالبًا ما نواجه أحكاماً تشريعية وتطبيقية أو مبادئ قررها القضاء بشأن المعاملات الدولية من ذلك الأحكام التشريعية الخاصة بالرقابة على الصرف والتنظيم الوطني الخاص بالإستيراد وتصدير البضائع، إن تلك القواعد من أصل داخلي ولكنها معدة أساساً لحكم العلاقات الدولية وأول صعوبة تُثيرها تلك الأحكام هي عدم تحديد مجال تطبيقها بدقة، وبالتالي أن التمييز بينها فيما هو خاص بالعلاقات الدولية وما هو خاص بالعلاقات الداخلية يظل مشكل وجب الحسم فيه بصفة أولية وسبب ذلك هو إختلاف التشريعات الوطنية حسب التكيف الخاص بكل مسألة لوحدها.

أن إختلاف جنسية الطرفين ووجود شرط تحكيم في العقد ليست قرائن قاطعة على دولية العلاقات القانونية فقد تكون مسائل عارضة أو أولية أو مصطنعة، كذلك من الصعب التمييز بين عقد البيع الداخلي وعقد البيع الدولي، ودليل ذلك أن إتفاقية لاهاي لسنة 1964 الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي أثارت جدلاً فقهيّاً كبيراً حول المقصود بالبيع الدولي، حسب نظام الإسناد يكفي وجود نقاط تركيز تَحْصُ إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ولكن ذلك لا يبرر تلقائياً وجود قواعد مادية نوعية خاصة به.

وتتنوع القواعد المادية ذات الأصل الداخلي إلى قواعد مادية تشريعية وقواعد مادية أقرها القضاء الداخلي ونتطرق إليها فيما يلي.

¹⁹⁷ - زروتي الطيب، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، العدد 1، الجزائر، 15/03/1997، ص 86.

أولاً: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي الداخلي

تعود القواعد المادية ذات الأصل التشريعي إلى التشريعات الوطنية الداخلية أحسن مثال عليها قانون ألمانيا الديمقراطية سنة 1979 المتعلق بالعقود الدولية الإقتصادية كما يعود مصدرها للإتفاقيات الدولية كإتفاقية بروكسل لعام 1924 المعدلة عام 1968 المتعلقة بالنقل البحري لسفن الشحن.¹⁹⁸

إن كل القوانين الداخلية وضعت بشكل يلائم الطبيعة الخاصة التي تتسم بها العلاقات الخاصة الدولية فقد روعي في سننها المتطلبات الحديثة في التجارة الدولية، ولكن مع ذلك فإنها قواعد لا تستغني عن منهج الإسناد بحيث لا تُطبَّق تلقائياً وإنما يتعين أن يثبت الإختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها حسب قواعد الإسناد في ذلك القانون أو أن المتعاقدين يحيلان على تطبيقها، وبناء عليه فإن مناط تطبيقها في كل الأحوال متوقف على ما يقتضيه نظام الإسناد من حيث الأخذ بقانون الإرادة أو تركيز العقد.¹⁹⁹

ثانياً: القواعد المادية التي قررها القضاء الداخلي

فيما يخص القواعد المادية ذات الأصل القضائي فهي تتعلق بالقواعد المادية وليدة الأحكام القضائية كموقف القضاء الفرنسي من جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية حيث تقر هذه القاعدة بشرط التحكيم في مثل هذه العقود، وكذلك شرط الدفع بسعر الذهب إذا ورد في عقد دولي وبطلانه إذا ورد في عقد داخلي وتتميز قواعد هذا المنهج أنها قواعد خاصة بالتجارة الدولية حسب فئة تجار الدول دون سواهم فكلما عرض أي نزاع يتعلق بالعلاقات القانونية التي تتناول التجارة الدولية أمام أي قاضي من قضاة الدول المتنازعة بشأنها فإنه مطالب بالرجوع إلى هذه القواعد المادية وتطبيقها مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه وهو ملزم بتطبيقها.²⁰⁰

198 - بوعلي سعيد، شريفي نسرين، المرجع السابق، ص24.

199- زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص89.

200- بوعلي سعيد، شريفي نسرين، المرجع نفسه، ص24.

فيما يتعلق بشرط التحكيم حيث إنتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 ماي 1966²⁰¹ 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 ورفع الطرف الهولندي بعدم إختصاص القضاء الفرنسي، استنادا لشرط التحكيم المدرج في العقد الذي يقضي بضرورة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المثارة بين المتعاقدين، و رفع 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 مجال في هذه الحالة للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، فإنه يكفي التأكيد على استقلال شرط التحكيم المنشأ للتحكيم في العقد الدولي، وإعتبره قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، فهذا الشرط يكون صالحاً للإستقلال عن الرجوع إلى قانون أية دولة"²⁰²

فيما يتعلق بشرط الدفع بسعر الذهب حيث أقر القضاء الفرنسي قاعدة مادية أخرى في مجال العقود الدولية هي قاعدة صحة شرط الذهب، إذ أجازت محكمة النقض في حكمها المؤرخ في 1950/06/21 في قضية الإرساليات البحرية²⁰³ صحة هذا الشرط مع أنه في العقود الداخلية هو شرط باطل عملاً بقاعدة إلزامية الدفع بالعملة الورقية، مؤكدة بذلك حرية إختيار عملة الوفاء في العقود ذات الطبيعة الدولية، وكانت المسألة القانونية المطروحة في هذه القضية تتلخص فيما إذا كان عقد القرض المبرم في كندا المعلن عنه من طرف شركة فرنسية تجاه بعض الممولين الكنديين والذي إشترط فيه الوفاء على أساس قيمة الذهب، وكان القانون الكندي عند إبرام العقد (قبل سنة 1937) يجيز صلاحية هذا الشرط، ولكن طراً تعديل تشريعي بموجب قانون 1937 ألغى شرط الوفاء بالذهب، فتمسكت الشركة

²⁰¹ نقض مدني فرنسي في 1966/05/02 قضية جلاكيس المجلة الإنتقادية 1967، ص553 تعليق جولدمان، مجلة كلينييه 1966، ص684.

²⁰² - زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص90.

²⁰³ - المجلة الإنتقادية، 1950، ص609 تعليق باتيفول، سيريه 1951. 1. 1 تعليق نوابيه، مجلة كلينييه 1951، ص4 تعليق ليروبور بيجونيير.

المذكورة بهذا القانون عند مطالبتها بالوفاء أمام القضاء بالذهب، وأيدت رغبتها بالوفاء بالقيمة الإسمية لعملة الوفاء ودفعت ببطلان شرط الوفاء بالذهب، فقضت محكمة إستئناف باريس سنة 1940²⁰⁴ بأن شركة الإرساليات البحرية قد وصفت على أساس أن العقد يجب أن يسند بالضرورة إلى تشريع داخلي لبلد معين ولكن في مجال التسوية الدولية تكون الإتفاقيات التي يترتب عليها شرط الوفاء بالذهب شريعة الأطراف أي يتعين إحترام مضمون الإتفاق كما حدده الأطراف، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم بعد الطعن أمامها فيه بنفس التأسيس القانوني موضحة أن ميل المتعاقدان إلى قيمة الذهب للدولار الكندي وفقاً للقانون المطبق عند إبرام العقد يكونون قد قصدوا مقدماً إخراج إتفاقهم من كل الاجراءات التشريعية التي من شأنها إنقاص قيمة الدين بتعديل وزن وصفة الدولار ذهب.

وقد أوضح الفقيه ليروبور بيجونيير²⁰⁵ في تعليقه على هذا الحكم أن قاعدة إختيار عملة الوفاء في التسويات الدولية التي قررها القضاء الفرنسي تشكل قاعدة مادية تطبق بصفة مجردة على القانون الواجب التطبيق على العقد في العلاقات الدولية وأن النظام العام الفرنسي يتعارض مع القوانين الأجنبية التي لا تقبل مبدأ حرية إختيار عملة الوفاء في التسويات الدولية.

موقف القضاء الفرنسي رغم وضوحه وإستقراره على القاعدة السابقة لم يدم لفترة طويلة ، إعتدت نفس المحكمة في قضية حديثة²⁰⁶ تتلخص وقائعها في إبرام عقد قرض بين شركة يقع مقر إدارتها الرئيسي في الجزائر - بعد الإستقلال - من طرف فرع لها يوجد مقره في فرنسا مع بنك فرنسي، إتفق فيه على أن تكون عملة الوفاء هي الفرنك وهي العملة الفرنسية والجزائرية في ذلك الوقت، ولكن على إثر تغيير العملة الجزائرية سنة 1964 إلى الدينار، نص قانون جزائري على أن كل الإلتزامات السابقة الواجبة الوفاء بالفرنك تستحق بالدينار على أساس دينار واحد يساوي فرنك واحد، وبعد إنخفاض قيمة الفرنك الفرنسي سنة 1969 ثار نزاع حول تحديد الثمن الحقيقي الواجب الوفاء، فهل أن البنك الدائن يستطيع المطالبة بقيمة القرض حسب عدد الدنانير المساوي لعدد الفرنكات المتفق عليها أم أن

²⁰⁴- باريس في 24/04/1940 سيريه 1942. 29. 02 تعليق نبوييه، غازيت القصر 1940. 1. 433.

²⁰⁵- مجلة كلينييه 1951، ص04.

²⁰⁶- نقض مدني فرنسي، في 15/02/1972، المجلة الإنتقادية 1973، ص73.

الشركة المدينة تلتزم بدفع مقابل قيمة الدينار لعدد الفرנקات الواردة في العقد حسب قيمتها يوم الوفاء.

في هذه القضية أخذت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق قانون العقد حسب عملة الوفاء أي القانون الجزائري وَعَوَضَ أن تُطَبَّقَ الشرط كقاعدة مادية لجأت إلى إستخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد حسب نقاط التركيز فيه طبقاً لمنهج الإسناد، وبذلك قررت أن البنك الدائن يجوز له أن يطالب بعدد الدينانير المساوي لعدد الفرנקات المتفق عليها.

إذن وجه الخلاف بين ما قضت به محكمة النقض في هذه القضية والمبدأ المقرر في قضية الإرساليات البحرية هو أنه في قضية الإرساليات البحرية إستبعدت المحكمة القانون المختار أصلاً وجعلت من حرية الإختيار لعملة الوفاء قاعدة مادية في المعاملات الدولية، بينما في القضية السابقة تعمدت المحكمة إلى تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد.²⁰⁷

والخلاصة أن القضاء أرسى مبادئ إعتبرها قواعد مادية تُطَبَّقَ على العقود الدولية دون اللجوء إلى منهج الإسناد أو الإستثناس به بل من الممكن أن نضيف للمبادئ السابقة إهتمام الفقه الحديث بقواعد مادية أخرى لا تزال في طور النمو والنضج كي تصبح قواعد مادية صالحة للتطبيق في علاقات التجارة الدولية، مثل شرط حق المعارضة وشرط حصة الأسد وشرط هارد شيب حيث يحاول بعض الفقهاء إضفاء طابع المشروعية عليها في العلاقات الدولية مع أنها شروط باطلة في المعاملات الداخلية.²⁰⁸

بالنسبة لنص المادة 442 ف 03 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري سابقاً²⁰⁹ كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، إلا أنه من حيث التطبيق عملت الدولة الجزائرية إلى قبول مبدأ التحكيم الدولي في كثير من معاملاتها الخاصة الدولية مثل:

– الإتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر في 26/05/1963.²¹⁰

²⁰⁷– زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص92-94.

²⁰⁸– زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص96.

²⁰⁹ أمر رقم 66-154، السابق الذكر.

²¹⁰ الجريدة الرسمية رقم 67 بتاريخ 17/09/1963.

- الإتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر في 29/07/1065.²¹¹
 - الإتفاق المبرم بين شركة سوناطراك وشركة جيتي بيتروليوم في 19/10/1968.²¹²
 - البروتوكول الموقع عليه من طرف وزير الطاقة الجزائري في 1968.
- هذه الإتفاقيات تقضي كلها باللجوء إلى تحكيم دولي خاص، بالإضافة إلى قبول شرط التحكيم في عقود القانون الخاص المبرمة بين الشركات الجزائرية والأجنبية لفض المنازعات بينها.²¹³
- إتضح موقف الجزائر في التحكيم الدولي فقد إنضمت إلى إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، حيث تم تعديل القانون التجاري بما يتلائم مع ساسية الإقتصاد الحر في السوق الدولية وعدّل المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية²¹⁴، حيث سمح المشرع للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يلجأوا إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية.
- وقد أخذ المشرع بموجب هذا التعديل بالأحكام الموضوعية الأخيرة المستمدة مما جرى عليه التطبيق الدولي والتي توصل إليها الإجتهد القضائي الدولي وأقرتها التشريعات الحديثة لبعض الدول في أحكام التجارة الدولية والتي هي:
- إلغاء الحظر الخاص بأشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم الخاصة التجارية الدولية.
 - إعتداد التعريف المتعارف عليه دولياً للتحكيم الدولي، فقد نصت المادة 458 مكرر 01 على أنه يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يُخَصّ النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

²¹¹ الأمر 287/65 المؤرخ في 12/11/1965.

²¹² الأمر 59/68 المؤرخ في 31/10/1968، الجريدة الرسمية رقم 88 لسنة 1968.

²¹³ بلقاسم بوزانة، منازعات المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص375 هامش 24، 25.

²¹⁴ الأمر رقم 93-09 يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، المؤرخ في 28 أفريل 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 27، لسنة 1993.

- كذلك نصت الفقرة 14 من نفس المادة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.
- وأعطت الفقرة 15 من نفس المادة صلاحية الفصل كمفوض لهيئة التحكيم إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة.²¹⁵

الفرع الثاني: القواعد المادية ذات المصدر الدولي

- تتمثل القواعد المادية ذات الأصل الدولي في الإتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بمجالات القانون الخاص، حيث ترى الدول أحياناً أن من مصلحتها توحيد بعض النظم القانونية الخاصة بتنظيم مراكز دولية معينة مثال ذلك:
- الإتفاقيات الضريبية وأنظمة التصدير والإستيراد.
 - المعاهدات المتعلقة بتوحيد أحكام الأوراق التجارية.
 - المعاهدات المنظمة للبيوع الدولية
 - المعاهدات المنشئة أو المدمجة لشركات إقليمية كالشركات الأوروبية
- على الرغم من أهمية هذه المجالات في التجارة الدولية لا يزال نطاقها محدوداً نظراً لإتساع المجال الذي يهيمن فيه نظام الإسناد في القانون الدولي الخاص.
- وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين القواعد المادية المنصوص عليها في المعاهدات الدولية على الرغم من أنها ذات أصل دولي، لأن بعض هذه المعاهدات تحتفظ بطابع دولي وهي قواعد مادية تم وضعها خصيصاً للعلاقات الدولية الخاصة وتطبق فقط على رعايا الدول المتعاقدة حسب وسائل التركيز المعتمدة فيها، لذلك تظهر لأول مرة هذه القواعد كمنهج مستقل عن منهج الإسناد وبديل له بحيث تحل محله، لكن منهج الإسناد يستعيد دوره وإن كان ذلك جزئياً ويزاحمها في التطبيق بصفة عرضية بمناسبة تكييفها أو تفسيرها في حالة إذا لم تتضمن المعاهدة نصاً خاصاً في هذا الصدد فتُطبق عليها القواعد العامة في التكييف، والبعض الآخر من القواعد الدولية تفقد طابعها كقواعد دولية مادية فتصبح

²¹⁵- زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص98.

قواعد وطنية إذا تبنت الدول المتعاقدة التشريع الموحد الواردة فيه كجزء من القانون الداخلي، فَيُطَبَّق حينئذ هذا التشريع كجزء من القانون الداخلي على العلاقات الدولية والداخلية دون تمييز بغض النظر عن طبيعة العلاقة ما إذا كانت تَمُسُ بمصالح التجارة الدولية أو لا وبغض النظر عن جنسية طرفيها.

هذا هو النهج الذي إتبعته اتفاقية لاهاي لعام 1964 والتي تتضمن القانون الموحد للبيع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصت المادة 02 منها على أن: " إستبعاد قواعد التنازع يتم بقصد تطبيق المعاهدة ما لم تنص هذه القواعد على خلاف ذلك".

ويفهم من النص أن المعاهدة تُطَبَّق بشأن إبرام البيع أو تنفيذه إذا عرض النزاع على محكمة الدولة المتعاقدة.²¹⁶

ولكن هل يعني أن هذا النهج سيؤدي في النهاية إلى إستبعاد منهج الإسناد ووضع تشريع عالمي موضوعي يلبي الإحتياجات الدولية الحقيقية؟.

لا يمكن لوحدة التنظيم القانوني المنظم على هذا النحو أن تتجح بمفردها ما لم تكن مصحوبة بوحدة سياسية أو على الأقل وحدة قضائية على حد تعبير الفقيه باتيفول تحاول تفسير الإتفاقيات الدولية تفسير موحد، في حين أن التنظيم الحالي يعطي للجهات القضائية الوطنية حرية تفسير الإتفاقية الواحدة حسب المفاهيم القانونية في قانون القاضي وهو الأمر الذي يؤدي حتماً إلى تفسيرها تفسيراً متعارضاً.

إن نظام القواعد المادية الموحدة كثيراً ما يقتصر مفعوله على الدول أطراف المعاهدة لأسباب عدة كأن تتحفظ الدولة على تطبيق المعاهدة بممارسة حقها في التشريع وتنظيم علاقاتها بصفة مستقلة حسب ما تقتضيه مصالحها مع الدول الأخرى غير الأطراف في المعاهدة، وأكثر من ذلك ولو تم إعتقاد القواعد المادية الموحدة وأدمجت في التشريع الداخلي وصارت جزء منه وتطبق على العلاقات الداخلية والدولية فإن ذلك لا يؤدي حتماً إلى إقصاء قواعد الإسناد؛ لأن تحديد مجالات القانون الموحد ينحصر في حالة إختصاص القانون الوطني وحده سواء بإعتبار العلاقة داخلية مُحَضَّة أو ثبت له الإختصاص لأن النزاع يخص رعايا دول أطراف في المعاهدة، أما إذا تركزت العلاقة القانونية في ظل نظام

²¹⁶ - زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 99-100.

قانوني لدولة أخرى ليست طرفاً في المعاهدة أو أن النزاع عرض على قضاء هذه الدولة فيتعين تطبيق قانونها أو قانون آخر.

ومناطق التمييز بين حالة إختصاص القانون الموحد وحالة إختصاص قانون دولة من الغير يتوقف على إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي.

فضلاً عن ذلك قد يحصل إزدواج بين نظام القواعد المادية ونظام الإسناد، بناءً على ذلك يمارس نظام الإسناد دوره بصفة جزئية بموازاة نظام القواعد المادية بمناسبة بعض المسائل القانونية التي لم يتوصل أطراف المعاهدة إلى حسمها وحلها بقواعد مادية، أو أن طبيعتها الذاتية تقتضي إعمال قواعد التنازع الوطنية، أو تعتمد المعاهدة ضابط إسناد إحتياطي في حالة النواقص المحتملة أثناء تطبيق المعاهدة.²¹⁷

والخلاصة أن التحليل السابق يبين أن نصيب القواعد المادية في تنظيم العقود الدولية وأن كان وافرًا بما توصل إليه القضاء وما أقره المشرع الوطني في كل دولة وما أرسته المعاهدات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من حلول، ولكن منهج الإسناد يبقى دائماً محتفظاً بدوره الرئيسي أحياناً كمنظم للتنازع بين تلك القواعد والأنظمة الإتفاقية أو يستعان به عند الضرورة إذا لم تسعى القواعد الموضوعية في إيجاد الحلول المناسبة بسبب النقص والقصور أحياناً وبسبب التحفظ الوارد على تطبيق القواعد الموضوعية مرات أخرى.

هذه النتيجة تجعلنا مقتنعين على أن منهج القواعد المادية لا يستطيع أن يستغني عن منهج الإسناد ويستبعده من التطبيق، لأن الحاجة لمنهج الإسناد تظل قائمة ما لم توجد وحدة سياسية أو على الأقل جهة قضائية عالمية تتكفل وحدها وبصفة إلزامية بالنظر في منازعات العلاقات الدولية الخاصة وهو أمر مستبعد في الوقت الحاضر.

وفي المقابل نلاحظ أيضاً أن إعمال قواعد المنهجين في ذات الوقت ولو بدرجات متفاوتة أمر غير مستهجن بل من الجائز الجمع بينهما، ولعل في التطرق إلى نصيب القانون التلقائي من التنظيم العملي للعقود الدولية، ما يسمح بالتفكير في التزاوج بين هذه الأنظمة

²¹⁷ - زروتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 101-102.

الثلاثة وتقسيم الأدوار بينها لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة بتنظيماً يتفق مع الضرورات الواقعية وما تتطلبه الصياغة الفنية من آليات.²¹⁸

خلاصة الفصل الثاني:

تناولنا من خلال هذا الفصل أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية فينبغي على القاضي الإجتهد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وعليه تطبيق قواعد الإسناد الإحتياطية أو تسمى نقاط التركيز المكاني التي تطرقنا لها من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي إعتد عليها المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الدولية، وضوابط الاسناد هذه منها ما هو متعلق بالمتعاقدين ومنها ما هو متعلق بالعقد.

فالضوابط المتعلقة بالمتعاقدين كضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أو ضابط الجنسية المشترك لهما هذه الضوابط تعتبر وسيلة في يد الأفراد يمكن تغييرها وفقاً لإرادتهم، كما عرّفنا الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة ويشترط فيه عنصرين هما العنصر المادي ويعني الإقامة والعنصر المعنوي ويعني نية البقاء أو الإستقرار بالإضافة إلى تبيان أهمية الموطن في المعاملات الدولية والداخلية، ورأينا أيضاً إختلاف الآراء الفقية في الأخذ بفكرة الموطن وما الحل المتبع في حالة تعدد المواطن بالنسبة لبعض الدول التي تسمح بتعدد الموطن من خلال التفريق بين فرضين الأول أن تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي فهنا يطبق القاضي قانونه الوطني، والثاني أن لا تكون دولة القاضي إحدى دول مواطن الأجنبي والحل هنا الأخذ بموطن الشخص في الدولة التي يقيم بها إقامة فعلية ويرتبط بها أكثر من غيرها، وعرّفنا أيضاً الجنسية بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة وبيننا أهميتها في مجال تنازع القوانين ومجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ورأينا أن ضابط الجنسية يثير عدة إشكالات أهمها حالة تعدد الجنسيات المشتركة للمتعاقدين وحالة إنعدام الجنسية للشخص، وضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد كقانون محل إبرام العقد الذي يعتبر أساس ضوابط الإسناد وذلك لوجود صلة حقيقية وجادة بالعقد، وقانون

²¹⁸ - زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص106-107.

بلد تنفيذ العقد الذي يعتبر الإسناد الثاني، ويبرز ذلك من خلال أن المتعاقدين قاموا بتصرفاتهم كتسليم بضاعة أو التزام بدفع ثمن، ليكون بذلك قانون بلد التنفيذ أقرب الإستناد عليه وذلك لصلته الحقيقية بين العلاقة التعاقدية والقانون المُطبَّق.

كما تناولنا أيضاً مناهج تنازع القوانين لإتصاف العلاقة القانونية بالصفة الدولية وإتصال عناصرها بأكثر من قانون يقضي إلى تداخل إختصاص كل منها في حكمها مما يطرح هذا التنازع، وأصبح من الضروري البحث عن طريقة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية وهذه المناهج هي منهج التنازع الذي إنتقد وإعتبره البعض منهجاً جامداً بالإضافة إلى ذلك جاءت المناهج البديلة كرد على الإنتقادات الموجهة للمنهج التنازعي من بينها المنهج المباشر الذي يقوم عليه إعمال كل من القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص من ناحية والتي فرضت وجودها مع تبني الدول لسياسة التدخل في الحياة الاقتصادية والإجتماعية للدولة وتطبق بشكل أمر وترفض مزاحمة القوانين من حيث التطبيق نتيجة لطابعها الخاص ويعني إذا تبين أن هناك قاعدة قانونية تتدرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري يتم تطبيقها بشكل مباشر بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بإعتبارها تخرج من مجال تنازع القوانين لتشكل منهجاً قائماً بذاته عن طريقه يتم الفصل في المنازعات المترتبة عن العقود الدولية الخاصة ولا حاجة لقواعد الإسناد اذا وجدت هذه القواعد، ومن ناحية أخرى القواعد المادية ذات الأصل الداخلي سواء التي نص عليها التشريع الداخلي أو التي قررها القضاء الداخلي، والقواعد المادية ذات الأصل الدولي التي تتمثل في الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بمجالات القانون الخاص.

والخلاصة أن نصيب القواعد المادية في تنظيم العقود الدولية وأن كان وافرأ بما توصل إليه القضاء وما أقره المشرع الوطني في كل دولة وما أرسته المعاهدات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من حلول، ولكن منهج الإسناد يبقى دائماً محتفظاً بدوره الرئيسي أحياناً كمنظم للتنازع بين تلك القواعد والأنظمة الإتفاقية أو يستعان به عند الضرورة إذا لم تسعى القواعد المادية في إيجاد الحلول المناسبة بسبب النقص والقصور أحياناً وبسبب التحفظ الوارد على تطبيق القواعد المادية مرات أخرى.

الخاتمة:

في خاتمة هذه المذكرة التي سلطنا الضوء من خلالها على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي بمقتضاها قمنا بدراسة تحليلية لمبدأ سلطان الإرادة من مختلف النواحي القانونية في مشكلة تنازع القوانين، فهي لا تعطي حلاً مباشراً وإنما وضعها المشرع كإشارة أو كدليل لتوجيه الأطراف المتعاقدة نحو القانون الواجب التطبيق، غير أن هناك قيود ترد على مبدأ قانون الإرادة تتناولناها بدورها في الجزء الأول من المذكرة.

بالرجوع إلى نفس المادة نرى أنها تضمنت أيضاً مجموعة من الاستثناءات، فمن ناحية الشكل يعتبر القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هو قانون محل الإبرام أو التنفيذ وإستثناءً يجوز تطبيق قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة، على النحو الذي تم تفصيله في الفصل الثاني، فهاته ضوابط معتمدة يلجأ إليها القاضي بطبيعة الحال في حال غياب قانون الإرادة كأول ضابط إسناد في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري. من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الدولية يمكن إستخلاص ما يلي:

- الأصل والمبدأ أن للأطراف أن يختاروا القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية بغض النظر عن الكيفية التي يتم بها هذا الإختيار (إختيار صريح أو ضمني)، وإن كان هذا الأخير يختلف عن سابقه نظراً لكونه باطني لا يتم التوصل إليه إلا بالاستناد إلى ظروف ووقائع أو بالاعتماد على قرائن مختلفة.

- يتولى القاضي البحث عن إرادة الأطراف في هذا الإختيار وعند تمكنه من ذلك تأتي مرحلة تحققه من سلامة هذا الإختيار، بحيث يركز عمله حول ما إذا كانت هناك صلة بين هذا القانون المختار والعقد 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 ويتولى القاضي التحقق من سلامة هذا التركيز، يتولى الأطراف إختيار قانون العقد ويقع على القاضي توجيه هذا الإختيار.

- إن إعطاء الأطراف الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية لا يفهم منه أنه يجب الأخذ بالإرادة كضابط للإسناد في كل الأحوال والقول 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 إختيار قانون يبطل العقد، وهذا كله غير صحيح.

لذلك تعتبر إرادة الأطراف مقيدة أحياناً إذا ما تعلق الأمر بمخالفة النظام العام الدولي وكذا في حالة ثبوت قيامهم بالغش نحو القانون، وإن كان مفهوم النظام العام الدولي مفهوماً غير دقيق، كما أن الغش نحو القانون يؤخذ عليه أن أحد عناصره (نية الغش)، أمر باطني يصعب على القاضي التوصل إليه.

- للقاضي سلطة في البحث عن القانون الواجب التطبيق بنفسه إذا لم يقر الأطراف بإختياره صراحةً وتعذر التوصل إلى هذا الإختيار ضمناً.

والملاحظ بالنسبة للإرادة الضمنية أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في المادة 18 من القانون المدني الخاصة بالإلتزامات 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 الإلتزامات التعاقدية، وتقديراً لتعسف القضاة في هذا التحديد وفقاً لسلطتهم التقديرية، نص المشرع على ضوابط إحتياطية يتم إعمالها من طرف القاضي المطروح عليه النزاع، وذلك في حالة غياب الإرادة تماماً، ولقد 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.

من خلال دراسة ضوابط الإسناد التي تبرز في حالة انعدام الإرادة، رأينا الغموض والصعوبة التي قد تواجه هذه الضوابط، سواء من حيث تطبيقها أو أولوية أحدها عن الآخر، إذ تبرز في هذه الحالة السلطة المطلقة لقاضي الموضوع مع ما يمكن أن يواجهه من عراقيل في التطبيق فضايل الجنسية مثلاً قد يصطدم بمشكلة تعدد أو إنعدام الجنسية، وضايل الموطن قد يصطدم أيضاً بتعدد الأماكن ذات العلاقة بالشخص وعليه وبالرغم من إعتبارها ضوابط جامدة إلا أنها في الحقيقة مرنة قد تتأثر بعوامل عدة قد تحول دون تطبيق أنسب قانون على العقد محل النزاع.

ويأتي قانون محل إبرام العقد الدولي في مرتبة أخيرة للضوابط الإحتياطية، لكن إعماله تعترضه عقبات، مفادها أنه قد يكون محل إبرام العقد عرضياً، وذلك في الحالة التي يبرم

فيها الأطراف عقودهم على وجه الصدفة، ويزداد الأمر صعوبة وتعقيداً في تحديد محل الإبرام، إذا تعلق الأمر بتعاقد بين غائبين.

- نتيجة لما سبق تتجه الأنظار نحو الأخذ بقانون مكان تنفيذ العقد على إعتبار أن لهذا القانون أهمية تتجلى في أن التنفيذ يُعتبر آخر مرحلة في العقد، كما أن هدف الأطراف من إبرام العقد هو أن ينتج هذا الأخير آثاره، وحتى في حالة إفتراض تعدد أماكن تنفيذ العقد، يمكن حسم الأمر بإعمال قانون مكان تنفيذ الإلتزام الرئيسي في العقد، الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر ضابط محل التنفيذ إلى جانب الضوابط الإحتياطية التي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 18 ق.م.ج.

ويلاحظ أيضاً بخصوص نص المادة 18 بعد تعديلها أن المشرع الجزائري قيّد إرادة الأطراف في إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية، بنصه على إختيارهم قانوناً له صلة وأكثر من ذلك حقيقية، لذلك يبدو وكأن المشرع نص على تطبيق القانون الذي له صلة وليس على القانون المختار، وبمعنى آخر كأن المشرع نص على أنه يُطبّق على الإلتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد بإعتبار هذه هي الحالات التي يكون فيها القانون له صلة بالعقد وبالمتعاقدين. والإقرار بحماية فكرة النظام العام وقمع الغش نحو القانون وإستبعاد القانون الأجنبي إستجابة لذلك، ويعد تفعيل دور قانون دولة القاضي ضمن حلول ووسائل فض المنازعات الناجمة عن العقد الدولي في ضوء مشكلة تنازع القوانين.

- لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص خاصةً في العقود الدولية يتم اللجوء إلى مناهج التنازع التي عددها الفقه والقضاء مثل منهج التنازع ولكن لكثرة الإنتقادات الموجهة لهذا المنهج ظهرت المناهج البديلة وهي منهج القوانين ذات التطبيق المباشر مثل منهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو قوانين البوليس التي وضعها المشرع الوطني وتطبق مباشرة على البوليس والأمن، ومنهج القواعد المادية التي تؤدي إلى إستبعاد تطبيق قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية على أساس وجود قواعد مادية تشتمل على حلول للعلاقات الاقتصادية والتجارية على المستوى الدولي وتجد هذه القواعد مصدرها في التشريع أو القضاء بالإضافة إلى القواعد المادية ذات الأصل الدولي أي المعاهدات الدولية النافذة في الجزائر تشكل قيد أمام تطبيق أحكام المادتين 18 و 19 من القانون المدني الجزائري، إذا تبنت الإتفاقية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية

سواءً في موضوعها أو في شكلها أي أن القواعد المادية المبينة في الإتفاقيات الدولية تلعب الدور الرئيسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المتعلق بالعقد الدولي. لذلك أرى أنه من الضروري ترك الحرية للأطراف أولاً في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية ما دام الأمر يتعلق بإرادتهم في ذلك، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الإختيار الصريح أو الضمني يتولى القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق والذي تكون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، ويكون ذلك بإعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

قائمة المراجع:

أولاً: المؤلفات

◀ المؤلفات العامة

- 1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 2- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، طبعة 1، مؤسسة شباب الجامعة، مصر - الإسكندرية، 1990.
- 3- بلقاسم بوزانة، منازعات المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 4- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 5- بشير شريف يوسف، تنازع الجنسية بين الواقع والقانون، ط 1، دار البداية للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 6- حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 7- حسام الدين فتحي ناصف:
- أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1995.
- تعدد الجنسيات وحق الترشح لعضو مجلس الشعب، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 8- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، 2005.
- 9- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية" دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي"، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.
- 10- سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، 1999.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات: - نظرية العقد - ، دار الفكر، لبنان - بيروت، 1934.

- 12- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 13- **عكاشة محمد عبد العال**، قانون العمليات المصرفية الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 1994.
- 14- **قصيبي محمد العيون**، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 15- **محمد حسين قاسم**، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والإلتزامات، طبعة، الدار الجامعية، لبنان-بيروت، 1997.
- 16- **محمد السيد عمران**، الأسس العامة في القانون، "المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزام"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 1999.
- 17- **محمود إبراهيم علي محمد**، القواعد الدولية الأمرة، طبعة 01، دار الفكر الجامعي، مصر- الإسكندرية، 2001.
- 18- **محمد وليد هاشم المصري**، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، العدد 04، الكويت، 2003.
- 19- **محمد الصغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية، "نظرية القانون، نظرية الحق"، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2006.
- 20- **هشام خالد**، إكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، دار الفكر الجامعي، مصر- الإسكندرية، 2001.

◀ المؤلفات المتخصصة

- 1- **إسعاد موحند**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول "قواعد التنازل المادية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- 2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر- القاهرة، 2001.
- 3- **أعراب بلقاسم**:
- القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

- 4- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: الجنسية ومركز الأجنبي، طبعة 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- 5- بوعلي سعيد، شريف نسرين، القانون الدولي الخاص الجزائري، "تنازع القوانين الجنسية"، طبعة أكتوبر 2021، دار بلقيس، دار البيضاء-الجزائر.
- 6- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط01، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 7- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد:
- مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 2001.
- دروس في القانون الدولي الخاص، - الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجنبي -، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 2012.
- 8- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 9- حسن محمد الهداوي:
- تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02، مطبعة الإرشاد، العراق- بغداد، 1992.
- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان، 2005.
- 10- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، مصر- الإسكندرية، 2007.
- 11- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
- 12- سلطان عبدالله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- 13- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط09، دار النهضة العربية، مصر- القاهرة، 1986.
- 14- عكاشة محمد عبد العال:
- الجنسية ومركز الأجنبي في جامعة الدول العربية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، لبنان، 1987.
- تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجديدة، مصر- القاهرة، 2002.

- 15- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1988.
- 16- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 17- عوض الله شبويه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1997.
- 18- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري -تتازع القوانين-، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 19- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تتازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان.
- 20- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون العراقي، الجزء الأول، "الجنسية والمواطن ومركز الأجانب".
- 21- فضيل نادية:
- تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، طبعة: 2001، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 22- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تتازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1975.
- 23- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الفقهية الحديثة-، منشأة المعارف للنشر، مصر -الإسكندرية، 2000.
- 24- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، "تتازع القوانين"، طبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان، 2005.
- 25- يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص لتطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية لتتازع القوانين والمعاهدات، "التحكم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

ثانياً: الرسائل والمذكرات

- 1- **زروتي الطيب**، "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن"، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991.
- 2- **مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر. القاهرة، 2005.
- 3- **باسم عواد محمود العموش**، القانون الواجب التطبيق وفقاً لمعيار الموطن: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر - القاهرة، 2006.
- 4- **علي عمران السائح**، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006.
- 5- **شويرب خالد**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- 6- **عدي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2011.
- 7- **زهير بن خضرة**، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
- 8- **شريف هنية**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003.
- 9- **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 معمور - تيزي وزو، الجزائر، 2005.
- 10- **عبد الوافي عز الدين**، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل-الجزائر، 2008.
- 11- **خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمور تيزي وزو، الجزائر، 2010.
- 12- **عكوش سهام**، القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2010.
- 13- **بلاق محمد**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011.

- 14- **جندوبي فاطمة الزهراء**، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.
- 15- **العشاشي سيد علي**، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة-الجزائر، 2019.

ثالثاً: المجالات

- 1- **ممدوح عبد الكريم حافظ**، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، مجلة القانون والإقتصاد، الجزء الثالث، العدد 5-6، جامعة البصرة، العراق، 1971.
- 2- **محمد خالد الترجمان**، "تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 49، 1993.
- 3- **زروتي الطيب**، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، العدد 1، الجزائر، 15/03/1997.
- 4- **محمد وليد هاشم المصري**، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- 5- **عبد جميل غصوب**، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- 6- **منصور عبد السالم الصرايرة**، "القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي"، مجلة الدراسات، العدد 02، كلية العلوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2014.
- 7- **دغيش أحمد**، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، العدد الثاني، الجزائر، 05/سبتمبر/2017.

رابعاً: الملتقيات

- 1- ريس أمينة، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربي بن مهدي - أم البواقي -، الجزائر، 2006.
- 2- عبد النبي مصطفى، شعاشعية لخضر، مجالات تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية والإستثناءات الواردة عليه، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، المركز الجامعي غرداية، الجزائر، 2011.
- 3- بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الاول حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، جامعة جيجل، الجزائر، 2013/04/12.

خامساً: النصوص القانونية

- 1- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 28 أبريل، 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 27 لسنة 1993، وبالقانون رقم 05/01 المؤرخ في 22 مايو 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 29 لسنة 2001، بالقانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 10، لسنة 2008.
- 2- أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير، 200، والموافق 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 والمتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي، 1988، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 18 لسنة 1988 وبالقانون رقم، 01-89 المؤرخ في 07 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989 وبالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد، 44 لسنة 2005.
- 4- قانون رقم 89-02 مؤرخ في 1989/02/07 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 1989.
- 5- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 1990/04/21 يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17 لسنة 1990.

- 6- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003.
- 7- أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 لسنة 2003.
- 8- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

سادساً: مواقع الإنترنت

- القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، منتديات ستار تايمز الحقوقية، موقع: www.startimes.com بتاريخ 2023/04/1 الساعة 02:00 مساءً.

الفهرس:

الشكر والتقدير

الإهداء

1	المقدمة:
5	الفصل الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة
7	المبحث الأول: مبدأ قانون الإرادة
9	المطلب الأول: مفهوم وموضوع مبدأ قانون الإرادة
9	الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة
10	أولاً: تعريف قانون الإرادة
10	ثانياً: الأسس التي يقوم عليها مبدأ قانون الإرادة
16	الفرع الثاني: موضوع قانون الإرادة
16	أولاً: المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة
17	ثانياً: المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة
18	المطلب الثاني: أنواع الإرادة والشروط الواردة عليها
19	الفرع الأول: أنواع الإرادة
20	أولاً: الإرادة الصريحة
21	ثانياً: الإرادة الضمنية
24	الفرع الثاني: الشروط الواردة على قانون الإرادة
25	أولاً: إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين
27	ثانياً: إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد
28	المبحث الثاني: موانع تطبيق قانون الإرادة على الإلتزامات التعاقدية
29	المطلب الأول: النظام العام كمانع من تطبيق قانون الإرادة
29	الفرع الأول: مفهوم فكرة النظام العام

29.....	أولاً: نشأة وتطور فكرة النظام العام
33.....	ثانياً: النظام العام في القانون الداخلي وفي القانون الدولي الخاص
36.....	الفرع الثاني: تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام
36.....	أولاً: شروط تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام
39.....	ثانياً: آثار تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام
44.....	المطلب الثاني: الغش نحو القانون كمانع من تطبيق قانون الإرادة
44.....	الفرع الأول: مفهوم نظرية الغش نحو القانون
44.....	أولاً: نشأة نظرية الغش نحو القانون
45.....	ثانياً: تعريف نظرية الغش نحو القانون
46.....	الفرع الثاني: تطبيق نظرية الدفع بالغش نحو القانون
47.....	أولاً: شروط تطبيق نظرية الدفع بالغش نحو القانون
49.....	ثانياً: آثار الدفع بنظرية الغش نحو القانون
53.....	الفصل الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة
54.....	المبحث الأول: إعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية
57.....	المطلب الأول: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين
58.....	الفرع الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين
59.....	أولاً: تعريف الموطن وبيان أهميته وأنواعه:
64.....	ثانياً: القانون المختص بتحديد الموطن
67.....	الفرع الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين
69.....	أولاً: تعريف الجنسية وبيان أهميتها وأنواعها
77.....	ثانياً: القانون المختص بتحديد الجنسية المشتركة
81.....	المطلب الثاني: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد
82.....	الفرع الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون محل إبرام العقد
83.....	أولاً: مضمون قانون محل إبرام العقد

83.....	ثانياً: تقييم قانون محل إبرام العقد
84.....	الفرع الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لقانون بلد تنفيذ العقد
85.....	أولاً: مضمون قانون بلد تنفيذ العقد
86.....	ثانياً: تقييم ضابط محل تنفيذ العقد
87.....	المبحث الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر
	المطلب الأول: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً لمنهج القواعد ذات التطبيق
89.....	الضروري
90.....	الفرع الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري
91.....	الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري
94.....	المطلب الثاني: خضوع الإلتزامات التعاقدية لحكم القانون وفقاً لمنهج القواعد المادية
95.....	الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي
96.....	أولاً: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي الداخلي
96.....	ثانياً: القواعد المادية التي قررها القضاء الداخلي
101.....	الفرع الثاني: القواعد المادية ذات المصدر الدولي
106.....	الخاتمة:
110.....	قائمة المراجع:
118.....	الفهرس:

ملخص مذكرة الماجستير

لإرادة الأطراف دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية فالأطراف هم الذين يحددون - كأصل عام - القانون الذي يحكم عقدهم، وهذا ما كرسته مختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية، إلا أنه لا يمكن إعطاء الأطراف الحرية المطلقة في إختيار قانون العقد، فالمشرع يشترط أن تكون لهذا القانون المختار صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين مما يمكن القول معه أنه ضيق من مجال هذه الحرية، وهذا لا يتناسب مع متطلبات عقود التجارة الدولية، وإذا كان للقاضي أن يتدخل بتوجيه ومراقبة إرادة الأطراف في الإختيار فإنه من باب أولي أن يتدخل في حالة عدم إختيارهم أصلاً وذلك بإعماله لضوابط إسناد إحتياطية يتم تحديدها مسبقاً من طرف المشرع، ويجب على القاضي أن يراعي الترتيب الذي وردت به تلك الضوابط في قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية، ورغم تعدد وإختلاف الضوابط المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية إلا أن الهدف واحد وهو التوصل إلى قانون يحكم الروابط العقدية الدولية.

الكلمات المفتاحية:

- 1/ العقود الدولية 2/ تنازع القوانين 3/ القانون الواجب التطبيق 4/ قاعدة الإسناد
5/ قانون الإرادة 6/ النظام العام 7/ الغش نحو القانون 8/ مناهج التنازع

Abstract of Master's Thesis

Keywords: The will of the parties has an important role in determining the law applicable to contractual obligations. The parties are the ones who determine - as a general principle - the law that governs their contract, and this is enshrined in various legislations as well as international agreements. However, the parties cannot be given absolute freedom in choosing the law of the contract. The legislator requires that This chosen law has a real connection to the contract or to the contracting parties, which can be said to be narrow in the scope of this freedom, and this is not commensurate with the requirements of international trade contracts. Originally, by implementing precautionary attribution controls that are determined in advance by the legislator, and the judge must take into account the order in which these controls are mentioned in the attribution rule for contractual obligations, and despite the multiplicity and different controls adopted in determining the law applicable to contractual obligations, the goal is the same, which is to reach To a law governing international contractual ties.

Keywords:

- 1/international contracts 2/ conflict of laws 3/ applicable law 4/ Attribution rule
5 /Law of Will 6/ public order 7/ Cheating towards the law 8/ conflict approaches.