

قانون الإرادة بين التجزئة والإتضاء

الدكتور أمحمد سعد الدين
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مولود معمري. تيزي وزو

ملخص

أقر المشرع الجزائري فكرة العقد شريعة المتعاقدين، كما أقر مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من أهم ضوابط الإسناد لحل مشكل تنازع القوانين، ومع ذلك يبقى القانون المختار من قبل المتعاقدين قاصرا نسبيا في حالات وكليا في حالات أخرى لتنظيم العقد، وهو ما يؤكد تقييد مبدأ سلطان الإرادة وعدم إطلاقه.

Résumé

La législateur algérienne approuvé que les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors quelle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat. Alors, le contrat fait la loi des parties, Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi.

مقدمة

تقتضي التجارة السرعة والائتمان في التعامل، وهذا الاقتضاء كان من بين أهم المؤشرات الدالة على عجز القانون المدني لمسايرتها، وأوجب إيجاد قانون مستقل بذاته ينظمها ويتلاءم مع المستجد فيها، فكان القانون التجاري هو المنظم للبيئة التجارية (لاحظ مثلا الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، ج ر العدد 101، المؤرخ في 1975/12/19 (معدل ومتمم) (علما أن توحيد قانون خاص بالتجارة لم يقتصر فقط على الجزائر، لكن الثابت هو أن علاقة القانون المدني بالقانون التجاري هي تكاملية وتعايش من أجل تحقيق أغراض التجارة التي تعد فيها السرعة والائتمان أهم مقوماتها (أنظر مثلا المادة 1 مكرر 1 ق.ت.ج)).

لما كان العقد بمثابة القالب الذي تفرغ فيه وتتم من خلاله المعاملات عموما والتجارية على وجه الخصوص، لاسيما على الصعيد الداخلي، فإن دوره (العقد) قد تعاضم على الصعيد الدولي، مما نتج عنه مضاعفة الاهتمام بمبدأ سلطان الإرادة، ودعم هذا الأخير بمبادئ أخرى، (مثلا مبدأ حرية التجارة والصناعة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في أسمى تشريع في الدولة، من خلال المادة 37 من دستور 1996، وأقرته كذلك المادة 43 من قانون رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج 14، الصادر في 7 مارس 2016، ص 3) تماشيا وما تقتضيه التجارة الدولية.

مبدأ قانون الإرادة بوصفه الأساس القانوني الذي يهيمن على المبادلات التجارية والاقتصادية الدولية، فسره الفقه بتفسيران متناقضان تراوح العقد على ضوءهما بين نظامي التوطين والتدويل، بحيث جعل الفقه المؤيد لتوطين العقد الدولي من مبدأ قانون الإرادة أساسا لتأميم قانون العقد الدولي، فيحين اعتبره مؤيدي نظام التدويل، أداة لإقصاء القانون الوطني من حكم العقود الدولية (إن ما تشهده وتحظى به التجارة الدولية من تنظيم محكم، وتوحيد شامل للقواعد التي تحكمها والمنبثقة من قبل هيئات مهنية متخصصة (صبيغ عامة، عقود نموذجية... الخ)، يدعم وجهة الفقه المؤيد لنظام التدويل وإقصاء القوانين الوطنية من حكم عقود التجارة الدولية).

على الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة تراجع على الصعيد الداخلي بخصوص العقود الوطنية، إلا أنه أصبح محل اعتبار كبير على الصعيد الدولي، خاصة وأن أغلب التشريعات الوطنية أخذت به (حيث أشار إليه المشرع الجزائري وبكل صراحة من خلال المادة 18 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975، المتضمن القانون المدني، ج 78، الصادر في 30/09/1975، ص 990، (معدل ومتمم)، التي تنص على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين..." المعدلة بموجب المادة 11 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج 44، الصادر في 26 يونيو 2005، ص 17)) واعتبرته من أهم نقاط الارتكاز لحل مشكلة تنازع القوانين، ويزداد أهمية لما ندرك أن العقد الدولي يرتبط بأنظمة مختلفة يثار بشأنها تنازع القوانين، لتعلقه بمصالح التجارة الدولية، وهو ما يقتضي بالضرورة حلها.

في الحقيقة ليس هناك شك حول أهمية مبدأ سلطا الإرادة بالنسبة للعقود الدولية، غير أن واقع عقود التجارة الدولية أثبت بأن نظام التوطين تتخلله إشكالات

(من تلك الإشكالات نذكر الموضوعية منها، أزمة نظام الإسناد، وتقطيع قانون الإرادة، والتحويلات الوظيفية لإرادة الأطراف كضابط إسناد) عملت على التقليل من شأنه وإحداث أزمة فيه.

لقد باتت جل القانونين الوطنية تعتمد على قانون الإرادة - القانون المختار- لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، لكن السؤال المطروح في هذا الاعتماد هو، مدى إخضاع كل أجزاء العقد للقانون المختار؟ بمعنى هل القانون المختار من قبل المتعاقدين لحكم عقدهم، يشمل بأحكامه كل أجزاء ذلك العقد؟ وهل كل العقود على اختلافها تخضع لقانون الإرادة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، نقسم الدراسة إلى محورين أساسيين:

أولاً: التقطيع الجزئي لقانون العقد.

ثانياً: التقطيع الكلي لقانون العقد.

ننوه في البداية إلى أن التقطيع الذي يشهده قانون الإرادة يؤكد أزمته، ومن ثم عجز نظام التوطين على الإحاطة بكل جوانب الموضوع، الأمر الذي فتح الباب أمام مؤيدي التدويل لإقصائه واستبداله بهذا الأخير، نظراً لما يميزه من ميزات تجعله يتلاءم مع ما يشهده العقد الدولي من مستجدات.

أولاً: التقطيع الجزئي لقانون العقد:

التقطيع الجزئي لقانون العقد أي القانون المختار من قبل أطراف العقد لحكم عقدهم، يمكن أن نلمسه ونتبينه من خلال تفحص جوانب العقد التي تخضع للقانون المختار، وتحديد الجوانب الأخرى التي تخرج أو تكون في منأى عن نطاقه. وعليه فالتقطيع الجزئي لقانون الإرادة يستخلص من خلال مضمون الفكرة المسندة في العقد، ويتمثل في كل من، تكوين العقد (1)، آثار العقد (2)، أسباب انقضاء الالتزام (3).

1/ تكوين العقد:

يتحدد نصيب قانون الإرادة في الشق المتعلق بتكوين العقد من خلال أركان العقد ذاته، أي التراضي، المحل، السبب، فضلاً عما يترتب عن مخالفتها من جزاء.

أ/ فيما يتعلق بالتراضي: (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص221، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص218 وما بعدها).

تقتضي صحة التراضي كركن أساسي في العقد سلامة الإرادة، بحيث لا يشوب هذه الأخيرة أية عيب من عيوب الإرادة (عيوب الإرادة أو عيوب الرضا هي: الغلط (م 81 ق.م.ج)، التدليس (م 86 ق.م.ج)، الإكراه (م 88 ق.م.ج)، الاستغلال (م 90 من القانون المدني، عدلت بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر العدد 44)، وأن تكون الأهلية هي الأخرى سليمة من عوارض الأهلية (عوارض الأهلية هي: الجنون، العته، السفه، الغفلة، وتنص المادة 42 من القانون المدني على أن الجنون والعته يعدمان الإرادة كما كانت المادة 43 من القانون المدني تنص على أن من كان سفيها أو معتوها والصحيح ذا غفلة (وهذا التصويب أخذ به المشرع لما عدل هذه المادة بموجب القانون رقم 10-05) يكون ناقص الأهلية، ونص قانون الأسرة على ذلك في المواد 85، 101. - وإن كان القانون المدني يعتبر الجنون والعته معدمين للأهلية، بحيث يعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر عليهما، فإن قانون الأسرة يقضي بطلانها إذا صدرت منهما بعد الحكم بالحجر، أما قبل الحكم فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون والعته ظاهر وبادية، فتكون حينئذ تصرفاته باطلة (هناك تعارض بين القانونين).

- وطبقا لأحكام المادة 43 من القانون المدني يعتبر السفه وذو الغفلة ناقص الأهلية فقط، وتأخذ تصرفاته حكم تصرف الصبي المميز، أما قانون الأسرة فقد ألحق السفه بالمجنون والمعتوه ولم يتعرض لذي الغفلة.

- وفي الشريعة الإسلامية، السفه يحمل المصاب به على تبذير ماله في غير ما يقضي به العقل والشرع، أما الغفلة فمع أنها ليست عاهة عقلية، فهي نقص في الملكات النفسية تحمل الشخص على سوء التقدير، فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدي إلى الربح منها والخاسر، فيغبن في تصرفاته غبنا فاحشا.

وعليه فإن وجود الإرادة أو انعدامها مسألة تخص الأهلية، وبالتالي تخضع للقانون الشخصي، أما ما يتعلق بالإرادة من مسائل، مثلاً كيفية التعبير عن الإرادة، أو أشكاله، وآثاره، وتطابق الإرادتين في مجلس العقد أو خارجه، ومكان وزمان إبرام العقد، فإن الرأي الراجح يسندها إلى قانون الإرادة.

أما حكم السكوت فيخضع إلى قانون محل إقامة من صدر منه الإيجاب في بعض الأنظمة، وإلى قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب - أي المخاطب بالإيجاب، وهو الذي سيرد بالقبول أو الرفض - في أنظمة أخرى (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص222، ود. أحمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص218 وما بعدها، وكذا، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 440 وما بعدها).

هذا ونفضل أسوة مع البعض (د. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004، ص355، ود. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 442 وما بعدها) إسناد تحديد مكان وزمان إبرام العقد إلى قانون القاضي تماشياً مع منهج تركيز العقد، وهو ما يدعم بالتحديد توطين العقد، أما بخصوص عيوب الإرادة، فإن كان الرأي الراجح يسندها إلى قانون الإرادة، فمن الأحسن إخضاع الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة إلى القانون الشخصي، لما لهذا العيب من صلة وطيدة مع شخص المتعاقد.

ب/ أما بالنسبة لمحل العقد وسببه: المحل والسبب ركنان في العقد، والأصل فيهما أنهما يخضعان لقانون الإرادة مبدئياً وبشكل عام، إلا أن شرط وجوده مستقبلاً، وتعيينه والسبب الدافع إلى التعاقد، وكذا مشروعيته، يسري عليهما قانون القاضي فيما يخص المشروعية، وقانون محل التنفيذ فيما يخص إمكانية التعامل (د. هشام صادق، المرجع السابق، ص355 وما بعدها، ود. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 442 وما بعدها).

2- آثار العقد (د. الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1990/1991، ص252) :

لقد قسم الفقه التقليدي آثار العقد إلى مباشرة، وغير مباشرة أو عرضية، وأخضع الأولى إلى قانون العقد، في حين أخضع الثانية منها إلى قانون محل التنفيذ، إلا أن هذا التقسيم لقي انتقادات لاذعة لذلك قسمت إلى آثار شخصية، وآثار مالية.

فالآثار الشخصية تخضع إلى قانون العقد من حيث انصراف آثار العقد إلى الخلف وإلى الاستفادة في الاشتراط لمصلحة الغير، وهو الحال كذلك بالنسبة للنيابة الاتفاقية إذ يسندها الرأي الراجح إلى قانون العقد بين النائب والغير.

أما الآثار بالنسبة للموضوع، فإن تفسير العقد حسب الرأي الراجح، يخضع لقانون العقد، أما تنفيذ العقد فيخضع إلى قانون مباشرته (د. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 372 وما بعدها).

هذا. ويسري على الفسخ الاتفاقي، والفسخ القضائي، قانون العقد، غير أن سلطة القانون في منح مهلة قضائية، فهي تخضع لقانون القاضي.

أما بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، فيسري عليه قانون العقد، لكن الحق في الحبس فالقانون الواجب التطبيق عليه يختلف حسب طبيعة تكييفه، فيسري عليه قانون العقد بالنسبة للقوانين التي تعتبره حقا شخصيا، في حين يخضع لقانون موقع المال بالنسبة للدول التي تعتبره حقا عينيا (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 223).

أما المسؤولية العقدية، فيسندها الرأي الراجح إلى قانون القاضي، لكن فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للمسؤولية، فيسري عليها حسب الرأي الراجح قانون مكان التنفيذ، كما يسري هذا الأخير أيضا على أوصاف الالتزام، فبين متى يكون الشرط واقفا ومتى يكون فاسخا، ومدى صحتها وآثارهما (المرجع السابق، ص 223، وكذلك بالنسبة للمسؤولية وآثارها، الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقا، ص 266).

أما فيما يخص الأعداء فيسري عليه قانون العقد، متى كيف على أنه شرط موضوعي، أما إذا اعتبر إجراء شكليا، فيحكمه قانون مكان التنفيذ، كما يسري قانون ميناء الوصول بالنسبة للدفع بعدم القبول وإن كان القانون المصري قد أخضعه إلى قانون القاضي (من خلال المادة 275 من قانون التجارة البحرية المصري).

هذا وتخضع وسائل تنفيذ الالتزام (الدعوى البولصية، والدعوى غير المباشرة، والدعوى الصورية) إلى قانون العقد في رأي، وإلى قانون القاضي حسب رأي آخر. (الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقاً، ص224).

3- أسباب انقضاء الالتزام:

إن الالتزامات التعاقدية تنقضي بالوفاء، وهو الانقضاء الطبيعي لها، كما تنقضي بما يعادل الوفاء أو حتى دون الوفاء بها.

ولما كان الوفاء بوصفه تنفيذاً عينياً للعقد، فإن قانون العقد هو الذي يحكمه، طبعاً ما لم يستبعد هذا الأخير باسم النظام العام، كأن يجيز تقاضي فوائد ربوية مثلاً. (المرجع السابق، ص225، ود. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص372 وما بعدها).

أما التجديد، فيخضعه الرأي الراجح إلى القانون المنظم للعلاقة الجديدة، كما يسري على الإنابة والحلول الاتفاقي، القانون المتفق عليه، في حين الحلول القانوني يسري عليه قانون العقد، أما أسباب اتحاد الذمة فيسري عليها القانون الذي يحكم مصدرها، بحيث يطبق القانون الشخصي بالنسبة للميراث والقانون العيني بالنسبة لحقوق الارتفاق (د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص221 وما بعدها)، أما آثار اتحاد الذمة فتخضع إلى قانون العقد.

أما المقاصة، فالقانون الذي يسري عليها يختلف باختلاف الأوضاع التالية، أي حسب نوعها، فإن كانت المقاصة قضائية، فإن قانون القاضي هو الذي يحكمها، أما إن كانت اتفاقية، فيسري عليها القانون المتفق عليه، حتى وإن كان الدينان موضوع المقاصة مختلفان، أما المقاصة القانونية، فتميز بشأنها بين حالتين، الأولى منها إذ كان الدينان خاضعان لنفس القانون، فتخضع حينها المقاصة إلى هذا القانون، أما الثانية منها هي في حال اختلاف الدينان، فهنا لم يوجد حل مرجح للمسألة، فقد أسندها البعض إلى قانون القاضي، وهناك من أسندها إلى أحد القانونين الذي يحكمان الدين محل المقاصة سواء قانون الدين القديم أو قانون الدين الجديد، وهناك من اقترح الجمع بينهما.

أما الإبراء من الدين، هو الآخر يختلف القانون المنظم له باختلاف التكييف المنوط به، بحيث إذا اعتبرناه اتفاقاً بين الأطراف، فيسري عليه القانون الذي يحكم هذا

الاتفاق، أما إذا اعتبرناه تصرف تبرعي يستقل به الدائن، فيجب أن يخضع إلى القانون الشخصي للدائن.

أما السقوط وميعاده، فمن الأحسن إخضاعه لقانون القاضي، بينما نظام التقادم فهو دفع في الموضوع ويخضعه الرأي الراجح إلى قانون العقد (د. موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 373).
هكذا إذن، يتضح لنا وبكل جلاء من خلال التقطيع الجزئي لقانون العقد، أن أجزاء العقد وإن كانت في الأصل تخضع إلى قانون الإرادة، أي القانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أنه توجد استثناءات تكاد تغطي على ذلك الأصل -على القاعدة العامة- مما يعني أن العقد قد يفلت في كثير من جوانبه عن قانون الإرادة ليصبح في تلك المواطن غير خاضع لأية قانون، أي طليق، وهو ما يؤكد عدم شمول -عجز- القانون المختار عن مختلف الحلول للإشكالات التي يطرحها العقد، ليتضح قصور نظام التوطين، وبالتالي مبدأ سلطان الإرادة الذي جعلت منه القوانين الوطنية ضابطاً لحل مشكلات العقود المالية بشكل عام، وهو ما يشكل في الحقيقة أزمة موضوعية لمنهج تنازع القوانين القائم على نظام الإسناد.

ثانياً: التقطيع الكلي لقانون العقد.

تقضي القاعدة العامة بأن كل العقود الدولية ذات الطابع المالي -من المفروض- تخضع لقانون الإرادة، وذلك من منطلق مبدأ سلطان الإرادة وكذا العقد شريعة المتعاقدين، ليكون قانون العقد محدد مسبقاً من قبل المتعاقدين أنفسهم، لا شيء سوى لأنهم أدرى بمصالحهم، ومن ثم يكونوا على معرفة تامة بالقانون الذي يحقق أو يضمن لهم تلك المصالح وهذا قبل التعاقد، لكن هناك استثناءات مهمة ترد على تلك القاعدة، إذ لا يكون الخروج فيها عن جزء أو بعض أجزاء قانون العقد، وإنما الخروج الكلي بحيث يتعذر إعمال قانون الإرادة في بعض العقود، ولا بأس أن نستعرض أهم هذه العقود:

1- العقود المتعلقة بالعقارات:

العقود المنصبة على العقارات تخضع لقانون موقع العقار، وهذا إعمالاً لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، (عدلت بموجب المادة 11 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر العدد 44، ص 20) والتي تنص على أنه "غير أنه يسري

على العقود المتعلقة بالعقارات قانون موقعه"، وأعتقد أن مثل هذا الإخضاع له ما يبرره، لاسيما إذ علمنا أن العقار يشكل جزء من إقليم الدولة - المجال البري- وبالنتيجة يعد ذو صلة وطيدة بهذا الركن في الدولة - الإقليم- ومن ثم سيادتها، وعليه من المنطقي إخضاع كل عقد منسوب على عقار إلى قانون الدولة التي يوجد بها ذلك العقار. ويستوي في ذلك إن كانت هذه العقارات منشئة أو معدة أو مهنية لحقوق عينية أصلية أو تبعية، أما الحقوق الشخصية فتظل يحكمها قانون الإرادة (د. موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها).

هذا مع العلم أن الأهلية يسري عليها القانون الشخصي للمتعاقدين، أما شكلها حسب القانون الجزائري يحكمه قانون موقع العقار (على عكس القضاء الفرنسي الذي طبق عليها قاعدة لوكيس، د. موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 362 وما بعدها)، وقد أناطت المادة 17 من القانون المدني الجزائري الاختصاص بالنسبة للحقوق العينية الأصلية والتبعية الواردة على العقار إلى قانون موقع هذا الأخير. (تنص المادة (17 ق.م) على أنه "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها؛ يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها"، عدلت بالمادة 9 من القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر العدد 44، ص 19).

2- العقود التي تكون الدولة طرفا فيها:

الدولة من أشخاص القانون الدولي العام (لم تعد الدولة في ظل التطورات التي يشهدها المجتمع الدولي المعاصر الشخص الوحيد للقانون الدولي العام، إذ ظهرت إلى جانبها - منافسة لها- أشخاص دولية أخرى كان لها بالغ الأثر لاسيما فيما يتعلق بتطوير العقود، وكذا القواعد التي تخضع لها. (مثلا المنظمات، الشركات متعددة الجنسية، وحتى الفرد اليوم محل جدل))، والعقود التي تبرمها الدولة باعتبارها كذلك، أي من أشخاص القانون الدولي العام، تعتبر اتفاقية دولية، وتسري عليها بالنتيجة أحكام القانون الدولي العام، أما إذا تعاقدت الدول فيما بينها بغير هذه الصفة، فيكون العقد محكوما طبقا لقواعد التنازع (لقد قضت محكمة العدل الدائمة في عهد عصبة الأمم المتحدة عام 1929، في قضية القروض الصربية والبرازيلية، في حكمها رقم 20 الصادر في 12/07/1929، مجلة Clanet، بقولها "كل عقد يبرم بين الدول يجد أساسه في القانون الوطني..."، د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 311).

أما إذا تعاقدت الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص (سواء كانت الدولة ذاتها، أو أحد أشخاصها العامين طرفا في العقد، يجب التمييز بين حالتين هما: إذا تعاملت الدولة أو أحد أشخاصها العامين بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، فهنا نكون بصدد عقد إداري - عقد إذعان-، أما إذا تعاملت أو تصرفت بوصفها غير ذلك، فهنا يكون العقد عادي) فقد كان القضاء الفرنسي والألماني يطبقان عليها في البداية، قانون الدولة الطرف في العقد على أساس أنه يفترض في من تعاقد مع دولة ما، أنه قبل الخضوع إلى قانونها (وهو الرأي الذي أخذت به اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المبرمة في 18/03/1965، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30/10/1995، ج ر العدد 66، الصادر في 05/11/1995، ص 24)، غير أن القضاء الإنجليزي عارض هذا الرأي وقضى بإسناد عقد قرض أبرمته بريطانيا أثناء الحرب العالمية الأولى مع بنك أجنبي لقانون ولاية نيويورك وليس للقانون البريطاني (د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 227، ود. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، 2001، ص 5-32 وما بعدها).

ولقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق لتقضي في حكمها لسنة 1932 (نقض مدني فرنسي 1932/05/21، د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 227) بأن القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث إنشائها وآثارها، أو القانون المطبق عليها هو القانون المتفق عليه.

هذا وقد أصبحت عقود التجارة مؤخرا تشهد انتشارا واسعا (انظر كل من: د. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص، مرجع سابق، ص 5، 257 وما بعدها ود. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 32 وما بعدها، ود. عبد العزيز قادري، دراسة في العقود بين الدولة ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة الإدارة، الجزائر، الجزء 7، رقم 1/1997، ص 31-85)، لاسيما في مجال التنمية الوطنية، كما هي اليوم تشير إشكالات عدة، خصوصا وأن المنازعة بين موقف القضاء الوطني وموقف قضاء التحكيم الدولي بشأنها لم تحسم بعد، فضلا عن الجهود المبذولة من أجل تدويلها، ليقضى حينها قانون الدولة المتعاقدة من التطبيق، وتصبح الدولة مثلها مثل المتعاقد معها يخضع عقدهم إلى القواعد الفوقية التي من صنع مجتمع التجار - القواعد

الموضوعية- وإلى قضاء التحكيم الدولي، الذي لم يعد ينافس الدولة في اختصاصها القضائي للفصل في مثل تلك المنازعات، وإنما أصبح يخلق ويبلور القواعد القانونية- الموضوعية- التي تحكمها وتتلاءم مع مستجداتها، لينافس بذلك الدولة في اختصاصها التشريعي.

3- عقود الاستخدام:

هي عقود يغلب فيها الجانب التنظيمي على الجانب التعاقدي في العصر الحديث، نظرا لتدخل المشرع المطرد في تنظيم علاقة العمل تنظيما محكما وأمرًا يكفل حماية الطبقة العاملة (انظر تنظيم المشرع الجزائري لهذا القطاع من خلال قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990، يتعلق بعلاقات العمل ج ر العدد 17، المؤرخ في 25/04/1990، وقانون رقم 06-21 المؤرخ في 11/12/2006، يتعلق بتدابير تشجيع ودعم عقود ما قبل التشغيل، ج ر العدد 80، المؤرخ في 11/12/2006، وقانون رقم 06-03، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج ر العدد 46، الصادر في 16 يوليو 2006، ص 3) حتى أن بعض الفقهاء اعتبروا عقد العمل المشترك قانونا إتفاقيا نظرا لما يثيره هذا العقد من مشاكل، لذلك نجد أن بعض القوانين خصته بقواعد إسناد مستقلة مثل القانون الكويتي، أما الدول التي لم تخصصه بمثل ذلك التنظيم، فنجد بعض الفقه يسند عقد العمل إلى قانون محل إبرام العقد، في حين أسنده فريق آخر إلى قانون المشروع والمؤسسة، أما رأي آخر فقد أسنده إلى قانون مكان تنفيذ العقد (د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 451 وما بعدها، ود. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 226).

هذا وقد اقترح البعض في عقود الاستخدام، ضرورة التمييز بين الجانب التنظيمي في العقد وطبق عليه قانون مكان تنفيذ العقد، وبين الجانب التعاقدي الذي يخضع للقواعد العامة في العقود الاختيارية.

4- الهبة: (الهبة تمليك بلا عوض، ولقد تناول المشرع الجزائري تنظيمها من خلال المواد (202-212) من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24، مؤرخ في 12 يونيو 1984، ص 910، (معدل ومتمم)).

إذا كانت الوصية حسب القانون الجزائري لا تحدث أثرها إلا بعد وفاة الموصي، فإن الهبة عكس ذلك إذ تنتج آثارها في حياة الواهب، كما تدخل الهبة في

التشريع الجزائري ضمن الأحوال الشخصية ولو أنها تصرف مالي، ومن ثم فهي تخضع لأحكام القانون الشخصي.

هذا وإن كان المشرع الجزائري لم يخص الهبة بقاعدة إسناد معينة، إلا أنه بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 راعى المشرع التوفيق بين الطابع الشخصي للهبة، وبين استقرار المعاملات فنصت المادة 16 من القانون المدني على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الوهاب أو الواقف وقت إجرائها" (تعليقا على هذا وباقي المواد الخاصة بتنازع القوانين المعدلة بموجب القانون رقم 05-10، د. الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بالقانون رقم 05-10، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 01/2006 ص 51-101).

هكذا إذن، يتضح أن قانون الإدارة في مثل هذه العقود ليس له أي نصيب في تنظيمها، وذلك لعدة اعتبارات، يأتي في مقدمتها أنها منظمة من قبل المشرع الوطني بقواعد أمرة نظرا لخصوصيتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتضح من هذا التقطيع الكلي لقانون العقد أن قانون الإرادة عاجز على أن يشمل تنظيمه كل العقود التي يمكن للمتعاقدين إبرامها، مما يجعل افتراض مثل هذه العقود السابقة الإشارة إليها طليقة من حكم القانون قائم، لو لم يخصصها المشرع بضوابط إسناد غير ضابطة مبدأ سلطان الإرادة.

خاتمة

نخلص من خلال تقطيع قانون الإرادة، سواء الجزئي أو الكلي، إلى أن العقد عموما لو ترك تنظيمه إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين لكان جزء أو بعض أجزاء ذلك العقد طليقا، أي لا تسري عليه أحكام قانون العقد - قانون الإرادة-، وقد يكون في أحيان أخرى - التقطيع الكلي - العقد كله طليقا أي في كل أجزائه، مما يدل أن قانون الإرادة إن اشتملت أحكامه على تنظيم العقد في بعض جوانبه أحيانا، إلا أنه يفتقد لتلك القدرة في أحيان أخرى، وليس في جوانب العقد وإنما في العقد كله، وهو ما يعني وبكل تأكيد قصور قانون الإرادة على تنظيم العقد بشكل كلي ومطلق، أي يعتد بقانون الإرادة في بعض أجزاء العقد المبرم أحيانا وقد لا يعتد به أصلا أحيانا أخرى.

هذه النتيجة طعنت منهج الإسناد في جوهره، كما أثارت الشك حول هشاشة وقصور نظام التوطين الذي طالما شيد له أنصاره واعتبروه شامل وكامل لحكم العقود، ومن ثم شكل هذا العجز الجزئي أو الكلي - حسب الأحوال- لقانون الإرادة في تنظيم العقد، نقطة ارتكاز قوية لرافضي فكرة التوطين، وكان ذلك فعلا بمثابة ميلاد لأزمة التوطين.

هذا. وحتى لا تفقد فكرة التوطين وجودها وبريقها على الصعيد الدولي وبخصوص العقود الدولية حاول أنصارها معالجة مثالب قاعدة الإسناد، واتجه البعض من الفقهاء إلى القول بعدم هجرة قاعدة الإسناد كمنهج، بل العمل على إصلاح فيها باستخدام مركباتها وعناصرها الذاتية، خصوصا ضابط الإسناد فيها وهو إرادة المتعاقدين، لتكون بذلك إرادة الأطراف مجرد ضابط للإسناد وليس لإخضاع العقد للقانون، ومن ثم مجرد أداة لاستكمال الشكل التعاقدية.

المراجع

أولا: الكتب:

- 1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 2- د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 3- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 .
- 4- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، 2001.
- 5- د. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 6- د. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 7- ود. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

ثانيا: الرسائل الجامعية:

- د. الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1991/1990.
ثالثا: المقالات:

1- د. عبد العزيز قادري، دراسة في العقود بين الدولة ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة الإدارة، الجزائر، الجزء 7، رقم 1/1997، ص 31-85.
2- د. الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بالقانون رقم 10-05، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 01/2006 ص 51-101.
رابعا: النصوص القانونية:

1- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادر في 1975/09/30، ص 990، (معدل ومتمم).
2- أمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، الصادر في 1975/12/19، ص 1306، (معدل ومتمم).
3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24، مؤرخ في 12 يونيو 1984، ص 910، (معدل ومتمم).
4- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر العدد 17، مؤرخ في 25 ابريل 1990، ص 562.
5- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني، ج ر العدد 44، الصادر في 26 يونيو 2005، ص 21.
6- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر العدد 46، الصادر في 16 يوليو 2006، ص 3.
7- قانون رقم 06-21 المؤرخ في 11/12/2006، يتعلق بتدابير تشجيع ودعم عقود ما قبل التشغيل، ج ر العدد 80، المؤرخ في 11/12/2006، ص 3.



researches review and legal, political studies

semi-annual academic and scietifique review interested about political and legal studies



july 2016