

ضوابط أعمال قانون الإرادة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية

د. أمحمد سعد الدين،

أستاذ محاضر قسم "ب"

بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة :

يرجع تاريخ نشأت مبدأ سلطان الإرادة إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة (شكلا وموضوعا) قانون مكان إبرامها، على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين اتجهت إلى اختيار هذا القانون، كما أن العقد ذاته لا قيمة أدبية أو قانونية له إلا باعتباره تعبيرا عن التراضي والحرية، وهو ما يجعل قانون الإرادة عصب المبادلات المالية الدولية (التجارة والاقتصاد) والأساس القانوني لها.

هذا ولما كان قانون الإرادة كذلك، فقد فسره الفقه تفسيران متناقضان، فجعل منه الفقه المؤيد لتوطين العقد الدولي أساسا لتأميم قانون العقد الدولي، كما وجدت الدول النامية - عموما - فيه وسيلة لبسط سيادتها، وتأميم مصالحها الحيوية بفرض اختصاصها التشريعي والقضائي من جهة، والإفصاح عن موقفها إزاء القانون الدولي المقنن في نادي مغلق في وجهها من جهة أخرى.⁽¹⁾

أما التفسير الثاني الذي خص به الفقهاء قانون الإرادة، هو جعل هذا الأخير أساسا نظريا لإقصاء القانون الداخلي لحكم العقود الدولية، تحت ستار افتقار القانون الداخلي لقواعد نوعية تتناسب مع المعطيات الجديدة التي أفرزتها المعاملات الدولية (عدم صلاحية القانون الداخلي لحكم وتنظيم العقود الدولية) والعقد المجرد من

1- لقد ساهمت الدول النامية في الدعوى لقيام نظام اقتصادي دولي جديد، كمطلب مشروع، وتجسدت بواقعه الأولى في بعض الأجهزة المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، وكاد الحلم أن يتحول إلى حقيقة لولا - ردتها -.

القانون، والكفاية الذاتية للعقد الدولي، وتطبيق أحكام القانون التلقائي، وكل هذه المعاني تفيد تدويل العقد الدولي بدلا من توطينه، وهي تقتضي إزالة احتكار الدولة لصناعة القانون أو تأميمه.

هذا ونشير بداية إلى أن مبدأ سلطان الإرادة وإن أهمل على الصعيد الداخلي بخصوص العقود الداخلية⁽¹⁾، إلا أنه محل اهتمام كبير على الصعيد الدولي، لاسيما وأن أغلب التشريعات الوطنية أخذت به واعتبرته من أهم الضوابط - نقاط الارتكاز- لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، خاصة وأن هذه الأخيرة ترتبط بأنظمة قانونية مختلفة يثار بشأنها تنازع القوانين، التي تقتضي بالضرورة حلها.

ولما كان لهذا المبدأ "سلطان الإرادة" هذه المكانة لحل مشكل تنازع القوانين المثارة بشأن العقود الدولية، بل كان قانون الإرادة المنطلق الأساسي لتدويل هذه العقود، وجعلها في منأى عن القوانين الوطنية، فإننا نتساءل بالنتيجة عن الضوابط التي تحد من حرية المتعاقدين بخصوص القانون المختار من قبلهم لحكم عقدهم، فهل قانون الإرادة المختار من قبل المتعاقدين لحكم عقدهم سينظم هذا الأخير لكونه محل اختيار من قبل أطراف العقد من منطلق مبدأ سلطان الإرادة وفقط، أم أنه (قانون الإرادة) حظي بذلك التنظيم لأنه توافر فيه ضابط أو أكثر من تلك الضوابط (ضوابط الإسناد) التي قيدت بمقتضاها القوانين - قانون القاضي- قانون الإرادة؟

بمعنى هل لانعقاد اختصاص قانون الإرادة لحكم العقد الدولي، يكفي أنه محل اختيار من قبل المتعاقدين، أم أن إناطة ذلك الاختصاص له، يقتضي توافر ضابط إسناد أو أثر لتركيز العقد، بحيث يكون قانون الإرادة له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد؟

1- إن قانون الإرادة - على الصعيد الداخلي تحديدا- تخللته إشكالات (موضوعية) ترتب عنها ميلاد أزمة توطين العقد عملت على التقليل من شأنه، تمثلت في أزمة نظام الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، وتقطيع قانون العقد (التقطيع الجزئي أو التقطيع الكلي)، والتحولت الوظيفية لإرادة الأطراف كضابط إسناد، فضلا عن تأزر عدة عوامل مجتمعة لتدويل العقد (مثلا ما لعبه التحكيم الدولي بنوعيه الخاص والمؤسسي في إقرار مسعى التدويل، وبلورة قواعد موضوعية ذات تطبيق مباشر، كما = أن القواعد الموضوعية النوعية للتجارة الدولية، وعلى اختلاف مصادرها سواء منها الوطنية أو الدولية، شكلت هي الأخرى نواة النظام القانوني البديل للتوطين لحكم العقود الدولية).

ولعل الإجابة على هذا التساؤل، تقتضي منا التعرّيج على ثلاث مسائل نخصص لكل منها محور:

أولاً: المقصود بقانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكلة تنازع القوانين.
ثانياً: الطبيعة القانونية لقانون الإدارة.

ثالثاً: تقدير قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري من ضوابطها.

أولاً : المقصود بقانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكلة تنازع القوانين.

لقد استقر منذ وقت بعيدة في القانون الدولي للعقود، قاعدة أساسية مفادها أن الأطراف أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم – أي يعملون قانونهم –، وتلك قاعدة من قواعد تنازع القوانين⁽¹⁾، وفي بيان مضمون تلك القاعدة، وتبرير مداها، ذهب البعض إلى أنه "ليس زائفا اجتماعيا ولا شاذا من الناحية القانونية، الاعتراف للأفراد بالنسبة لتصرفاتهم الخاصة بالاستقلال الذي يمكن اعتباره طبيعيا بكل المعنى الدقيق للكلمة"، والحال كذلك فإن نقاط مبدأ الاستقلال Principe d'autonomie يكون أكثر اتساعا في القانون الدولي عنه في القانون الداخلي، حيث أن هذا الأخير تفلت منه كل المسائل المنظمة على نحو آمر، أما في القانون الدولي فإن قانون الإرادة يحكم شروط وآثار العقد⁽²⁾، والقول بغير ذلك يشكل عقبة في سبيل تطور التجارة الدولية.

1- يذهب جانب من الفقه الحديث، إلى أن القاعدة التي تقرر للمتعاقدين حق اختيار القانون المطبق في العقود الدولية، ليس قاعدة إسناد Règle de Rattachement ، بل هي قاعدة مادية أو موضوعية Règle Matérielle، وهي ذات تطبيق مباشر على منازعات العقود، لتفصيل أكثر، أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تاصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 39 وما بعدها.

2- هناك من يطلق اسم قانون التصرف على قانون الإرادة، أنظر في ذلك، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

وبما أن قانون الإرادة من أهم ضوابط الإسناد لحل مشكل تنازع القوانين ، والعقد الدولي أساسا يثير فكرة تنازع القوانين، لتعلقه بأكثر من نظام قانوني واحد، فإننا من خلال هذا المحور نناقش فكرتين جوهريتين، العقد الدولي وتنازع القوانين (1)، تعين قانون الإرادة (2).

1 - العقد الدولي وتنازع القوانين:

إن المتفق عليه هو تنازع القوانين، لابد، واقع في ميدان العقود الدولية، ومرد ذلك هو تعلق هذه

الأخيرة بأثر من نظام قانون واحد⁽¹⁾ ، وإن تنازع القوانين يقتضي بالضرورة حله، وهو ما كان مقرر منذ أمد بعيد عن طريق نظام الإسناد، وهو منهج معتمد في جل الأنظمة القانونية الوطنية، والحل بموجبه يتم بألية الإسناد المقررة في قانون القاضي، التي تعين القانون الواجب التطبيق عن طريق ضوابط الإسناد⁽²⁾ والتي نجد في مقدمتها القانون المختار - مبدأ سلطان الإرادة -، حسبما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال

1- خذ مثلا اتفاق شركة جزائرية مع شركة يابانية، على أن تقوم هذه الأخيرة ببناء مصنع وتركيب المعدات اللازمة لتسلمه جاهزا لإنتاج السيارات «TOYOTA»، وعلى أن تدفع المصاريف لدى مصرف «سي تي بنك» بكوريا الجنوبية، فإذا تبين عند التشغيل وتجربة المصنع عدم صلاحية أو عدم مطابقة جزء من الآلات ... إلخ، للتقنيات والمواصفات المتفق عليها وثارت مسؤولية الشركة اليابانية أمام القضاء الوطني أوقضاء التحكيم الدولي، عن الضمان الميكانيكي أو ضمان المدة، فأى القوانين يكون واجب التطبيق على عقد بناء وتجهيز المنشأة الصناعية، هل القانون الياباني، أم كوريا الجنوبية أم الجزائر والأمثلة كثيرة، للإطلاع أكثر، أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 6 وما بعدها.

2- لتفصيل أكثر في هذا الموضوع، أنظر كل من: د. الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 73 وما بعدها، ود. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 23 وما بعدها، ود. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 6 وما بعدها.

المادة 18/1 (ق.م.ج)، فما مفهوم فكرة قانون الإرادة ومعالمها (أ)، وما هي أسس إعمال قانون الإرادة (ب).

أ/ مفهوم فكرة قانون الإرادة ومعالمها:

إن إسناد العقود الدولية، لاسيما التجارية منها إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين، هو حل لم يستقر في الفقه الدولي إلا في نهاية القرن 19، وفي ظل المذاهب الفردية التي تأكدت فيها فكرة مبدأ سلطان الإرادة، وهي فكرة حضيت بالقبول على الصعيدين الداخلي والدولي⁽¹⁾، علما أن اصطلاح سلطان الإرادة، بمعنى قدرة الإرادة الذاتية على خلق القواعد التي تحكمها، هو اصطلاح قديم، وأول من نوه إليه هو الفيلسوف الألماني كانت.

هذا ولو كان لنا الإشارة إلى معالم فكرة قانون الإرادة لقنا:⁽²⁾

- في التاريخ القديم لتنازع القوانين: فكرة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون إرادة المتعاقدين، قديمة قدم العلاقات التي تتم عبر الحدود، حيث كان في ظل مدرسة الأحوال القديمة، العقود تخضع لقانون الدولة التي أبرمت فيها، وهذا ما فسره Rochus curtins سنة 1945 بقوله، أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو ارتضاء المتعاقدين ضمنا لذلك القانون، إلا أنه في القرن 16 حاول المحامي الفرنسي «DOUMOULIN» أن يبلور فكرة قانون الإرادة، حينما أفتى بخصوص قضية الزوجين «دوجاني»، حيث أشار إلى موطن الزوجين بحجة أن إرادة الطرفين انصرفت لقانون تلك الدولة ضمنا لتبلور هذه الفكرة فيما بعد إلى القانون المختار صراحة أو ضمنا.⁽³⁾

- في القوانين المعاصرة: مع مطلع القرن 19 ازدهرت فكرة قانون الإرادة، وساعد على ذلك إضافة إلى مذهب الحرية الفردية، نظام الاقتصاد الليبرالي، كما كرس مختلف

1- أنظر، د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

2- أنظر، د. الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي الجزائي، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها.

3- من أهم الفقهاء في هذا الشأن، نذكر عالم برلين الشهير SAVIGNUY، وما نشيني ... إلخ.

القوانين المقارنة قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف.⁽¹⁾

ولم يقتصر الأمر على القوانين الوطنية فحسب، بل العديد من الاتفاقيات الدولية كرس مبدأ قانون الإرادة، مثل اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية⁽²⁾، وكذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإنابة وعقود الوساطة.⁽³⁾

إذن ومن خلال هذا التطور الموجز عن مبدأ سلطان الإرادة، يتضح أن هذا الأخير أصبح عالميا بالغ الأهمية ليس بالنسبة للمتعاقدین فحسب، وإنما حتى بالنسبة للقاضي أو المحكم المعروض عليه النزاع.

أما إذا أردنا أن نعرّج على تحديد هذا المبدأ، فإن مبدأ سلطان الإرادة *Principe d'autonomie de la volonté*، يعني حرية الاتفاق والعقود في القانون الداخلي اكتسب منى فنيا، يتناسق مع تطور الفكر القانوني المعاصر في هذا الأخير، وهو أن "القانون الذي يحكم الالتزامات يستند إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، أي إلى إرادتهم السيادية"، فالإرادة الحرة ينحصر سلطانها أو استقلالها⁽⁴⁾ *son autonomie* لا في تحرير العقد من رقابة أو سيطرة القانون، بل في تعيين القانون الذي يضي على العقد الصفة القانونية، لأن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه خضوع العقد للقانون، لأنه ومهما يكن

1- أنظر مثلا نص المادة 18 من (ق.م.ج)، والتي يقابلها، المادة 25 من (ق.م.اليوناني) لعام 1940 والمادة 25 من (ق.الإيطالي) لسنة 1942، والمادة 10/5 من (ق.م.الإسباني) لعام 1974، والمادة 62 وما بعدها من (ق.الدولي الخاص التونسي) الساري عام 1999، والمادة 19/1 من (ق.م.المصري) والمادة 59 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961.

2- أنظر المادة 25/1 من الاتفاقية.

3- المادة 5/1 من الاتفاقية.

4- إن أول ظهور لاصطلاح مبدأ استقلال الإرادة *Autonomie de la volonté*، كان في مؤلف المحامي الفرنسي Foelix، بعد أن مهد له من قبل ومنذ القرن 16 الأستاذ شارديمولان Dumoulin وفي كتاب "نظام القانون الروماني الحالي" للفقهاء Savignuy، تفصيلا، أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 9، 10.

فإن العقد الدولي وفقاً لهذا المبدأ ومنذ نشأته - مولده - يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة، وتلك هي القاعدة الموروثة التي لم تخرج عنها القوانين الوضعية، بما فيها أحدث التشريعات⁽¹⁾، كما قضت الأحكام الكبرى في القضاء الوطني بأن "... كل عقد دولي يكون مستنداً بالضرورة إلى قانون دولة معينة، أو أنه من البديهي أن كل رابطة قانونية تخضع للقانون."⁽²⁾

ب/ أسس إعمال قانون الإرادة:⁽³⁾

لما كان قانون الإرادة حسبما سبق بيانه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، هو لماذا يسمح القانون للمتعاقدین باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؟، أي لأبد من أسس لهذه الفكرة، وهي:

فمن ناحية، القانون اعترف ابتداءً للأطراف بحق إنشاء وتكوين عقدهم، ومعروف في الفن القانوني أن العقد هو نظام قانوني خاص، له القدرة على خلق قواعد قانونية، وإن كانت فردية، وما دام الحال كذلك فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد باختيار القواعد القانونية، أو القانون الذي يحكم عقدهم، فمن يملك الأكثر يملك الأقل.

أما من ناحية ثانية، فالعقد هو أداة لتداول الثروات والخدمات، وأطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول، ويستجيب لحركة التجارة الدولية وانتقالها عبر الحدود، هذا لاسيما أن هناك قوانين متطورة في مجال تنظيم عمليات تلك التجارة، وأخرى بعيدة كل البعد عن اللعبة الاقتصادية، أي لا تصلح إلا للمبادلات الزراعية والتجارية المتواضعة (البداية).

ومن ناحية ثالثة، لأن ذلك وسيلة للاقتصاد في تحرير العقود الدولية وصياغتها، فبدلاً من أن يضمن الأطراف عقدهم كافة الأحكام القانونية لقانون أجنبي معين،

1- أنظر، المرجع السابق، ص 12.

2- لاحظ مثلاً، حكم المحكمة المدنية المختلطة بالإسكندرية، الدائرة الأولى، في 11 يناير 1934، وللإطلاع على أحكام أخرى أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، مرجع سابق ص 12 وما بعدها.

3- أنظر كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 164، 165 ود. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

يقدرّون أنه أكثر ملاءمة، يفهمهم أن يشيروا بكل بساطة إلى اختيارهم لهذا القانون، ليصبح واجب التطبيق.

2 - تعيين قانون الإرادة:

إذا كانت النظم القانونية لمختلف الدول قد اعترفت بأن العقود الدولية تخضع لقانون إرادة المتعاقدين⁽¹⁾، فإن هذا الاعتراف يبدو بسيطا نظريا، غير أنه يثير الكثير من الصعوبات عند تحديد قانون الإرادة، فمن الناحية الفنية، إذا كان للمتعاقدین اختيار قانون العقد، فمتى يمكنهم ممارسة هذا الاختيار (هل قبل إبرام العقد، أم عنده، أم وقت المنازعة)؟ وهل يمكنهم اختيار أكثر من قانون لحكم العملية التعاقدية في مجموعها، أم ليس لهم سوى اختيار قانون واحد، وهل هذا الاختيار متاح في كافة أنواع العقود؟ ومن الناحية التطبيقية، كيف يقع اختيار قانون الإرادة، هل يلزم أن يكون صريحا، أم يكفي استخلاصه من بنیان العقد وظروف الحال؟، وإذا تعذر الكشف عن الاختيار، صريحا أو ضمنا، ما هو واجب القاضي حتى يؤدي العدالة المطلوبة؟، خصوصا مع ظهور العديد من أنواع العقود الدولية الحديثة التي قد يتعذر معرفة القانون واجب التطبيق عليها بأمان.⁽²⁾

ولأهمية هذه المسألة، لاسيما وأنها بمثابة أساس للتوطين، نناقش نطاق تعيين قانون الإرادة (أ)، ثم نتطرق إلى كيفية التعيين (ب).

أ/ نطاق تعيين قانون الإرادة:

يتضمن نطاق تعيين قانون الإرادة شقين هما، النطاق الزمني، والنطاق الموضوعي.⁽³⁾

فبالنسبة للنطاق الزمني، أي متى يتم اختيار قانون العقد؟، يتم تحديد قانون العقد أساسا من قبل المتعاقدين، فهم المخاطبون بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، ومن ثم هم وحدهم في الأصل ذوي الرخصة والحق في الاختيار، ومتى تقاعسوا، أولم يستعملوا ذلك الحق، وقع على القاضي عبئ تحديد ذلك القانون.

1- لاحظ مثلا المادتين 18، 106 من (ق.م.ج).

2- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

3] D.BREDIN: La loi du juge in Mélanges GOLDMAN, Paris Litec, 1983 P15 ets.

ولا تثور صعوبة في حالة تحديد القاضي لقانون العقد، فالوقت الذي يحدد فيه قانون العقد هو وقت طرح النزاع على القاضي، أما عندما يناط ذلك التحديد للمتعاقدين أنفسهم، خصوصا في إرادتهم الصريحة، فإن اختيار قانون العقد يكون عادة عند إبرام العقد.⁽¹⁾

أما بالنسبة للنطاق الموضوعي، فمسألة اختيار القانون المطبق على العقد، هي ميزة للعقد الدولي فقط وليس لها مثيل في العقد الداخلي، لأن العقود الداخلية تظل خاضعة لحكم القانون الوطني، وقد قضى بأن الطابع الدولي caractère international للعقد هو شرط كي يتمكن المتعاقدان من اختيار قانون عقدهم، أما معيار العقد الدولي الذي يشكل النطاق الموضوعي لتطبيق قانون الإرادة، فقد ذهب الفقه والقضاء، إلى أن هناك معيارين للعقد الدولي، المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي، مع ضرورة الجمع بينهما لتحديد دولية العقد.⁽²⁾

ب/ كيفية تعيين قانون الإرادة:

إذا توفرت الصفة الدولية للعقد، ثبت للأطراف حق اختيار، أو تعيين القانون واجب التطبيق على عقدهم، ولكن كيف يتم ذلك التعيين؟.

1- إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان تحديد الأطراف لقانون العقد بعد إبرامه، في اتفاق مستقل عن العقد، مكتوب أم شفهي وحتى أمام المحكم المختصة، وقبل الفصل في النزاع، وعلى هذا نصت بعض القوانين المقارنة مثلا، المادة 24 من القانون الدولي الخاص المجري، والمادة 116/3 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، كما نصت على ذلك أيضا المادة 3/2 من اتفاقية روما لعام 1980 ... إلخ، تفصيلا في ذلك أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي مرجع سابق، ص 179، 180.

2- حول معايير دولية العقد، أنظر كل من: د. عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1998/1999، ص-44. 54.

- TERKI Noureddine, L'Arbitrage commercial international en Algérie, OPU Alger, 1999, P21, 22.

- BENABDERRAHMANE (D), La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international, La gazette du Palis, N° 101,103 (Spécial Algérie) 1999, P 27-35.

إن تعيين قانون العقد، قد يكون إراديا، أو قضائيا:⁽¹⁾

- فأما التعيين الإرادي لقانون العقد، ولما كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، فإن المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق، بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون هذه الدولة أو تلك، أو حتى القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين، هو الواجب التطبيق عند المنازعة، ومتى تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح أو الإرادة الصريحة لقانون العقد، وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة Lex voluntatis.

هذا ولعل العديد من نماذج العقود الدولية، تحتوي في نهايتها على شرطي الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، لاسيما وأن الأهمية بمكان أن يضمن المتعاقدون عقدهم شرط الاختصاص التشريعي، ومتى قاموا بذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، تحويطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطاء محتملة، أما إن تقاعسوا عن ذلك التحديد، فكانوا بمثابة صناع مغامراتهم السيئة، ويجدون أنفسهم في ضباب أو مجهول.

وإذا كان الغالب هو إهمال أطراف العقد تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي، فإن ذلك لا يعني إنهاء كل دور لهم، فإلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف، توجد إرادتهم أو نيتهم الضمنية وهي إرادة ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح وإن كان كامنا إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني لقانون العقد، أو اعتقاد حقيقي وكافي بشأنه⁽²⁾ وإن كان استخلاص النية الضمنية للأطراف حول قانون العقد، هي مسألة واقع، يتمتع بشأنها القاضي بسلطة التقدير، معتمدا في ذلك على أكثر من قرينة على حسب الأحوال.

1- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.

2- إن كافة تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصر، تؤكد على ضرورة تقصي تلك النية الضمنية للمتعاقدين، خذ مثلا المادة 19/1 (ق.م.مصري)، والمادة 35/1 من القانون الدولي الخاص النمساوي من تقنين 1979، والمادة 27/1 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، واقترب منه القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987... إلخ، تفصيلا في ذلك، أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 194، 193.

- أما التعيين القضائي لقانون العقد، فيكون عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار قانون العقد، ويتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني (مثلما تسمح بذلك النظم القانونية الأنجلو سكسونية، على أساس من افتراض تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي)، أو يرفض الفصل في النزاع، وإنما الواجب هو أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد⁽¹⁾، وفي هذا الاجتهاد يبحث القاضي عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحو وثيق وجدي⁽²⁾.

وهكذا فإن القاضي يلجأ إلى توطين – أو تركيز- العقد في دولة معينة، ينتج فيها العقد غالب أو كل آثاره، لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، لكن فكرة التركيز، والبحث عن القانون الذي

يكون ذو صلة وثيقة بالعقد، تترك مجال كبير لاجتهاد القاضي وتقديره، مما يقتضي ضبطه⁽³⁾.

ثانيا: الطبيعة القانونية لقانون الإرادة:

إذا كان قانون الإرادة كضابط إسناد عام للعقود الدولية، فإن تأثر بعض الشراح بمبدأ سلطان الإرادة، إلى حد الإدعاء بقدره المتعاقدين في المجال الدولي على تحرير عقدهم من سلطان أية قانون داخلي، بمعنى افلات العقد الدولي من حكم القانون، ليصبح العقد بلا قانون أو طليق، وهذا هو فحوى النظرية الشخصية (1)، إلا أن انكسار جناح التيار الاشتراكي العالمي منذ 1990، سوف يحو بعض جوانبه المضيفة التي تتمثل في ضرورة تدخل الدولة بالقدر المناسب لفرض العدالة الاجتماعية، وحماية المصالح العليا للجماعة في مواجهة النزعة الفردية المتطرفة، كذلك يركز أنصار النزعة

1- المرجع السابق، ص 196.

2- حول ضرورة أن يكون القانون ذو صلة وثيقة بالعقد، لاحظ مثلا المادة 4/1 من اتفاقية روما 1989، والحكم الذي نقله القانون الدولي الخاص الألماني (المادة 28/1 مدني)، والسويسري (المادة 117/1)، والمادة 18/1 (ق.م.ج).

3- بخصوص تلك الضوابط، أنظر ما سنأتي على تفصيله من خلال المحور الثالث من هذه المقالة.

الموضوعية على فكرة التركيز الموضوعي (2)، ونظرا للتعارض بين النظريتين وجدت نظرية مزدوجة، شكلت وسط بين سابقتها (3).

1 - النزعة الشخصية:

وتسمى بالنزعة الذاتية في قانون الإرادة⁽¹⁾، ومضمونها أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون مطلقة وأن القانون المختار يفقد صفته كقانون أمر، ويتحول إلى تنظيم اتفاقي، وبهذا تصبح إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها، فتكون هذه الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحقيق العدل في ظل تعاليم المذهب الفردي، وإخراج العقد الدولي من تنازع القوانين وتزاحمها.

ويتربط على هذه النزعة نتائج في غاية الخطورة:

- إن العقد لا يتأثر بالقانون المختار، ولو كان من العقود الدولية والمستمرة التنفيذ إذا عدل أو ألغي القانون، بحيث أنكر فقه النظرية الشخصية على القانون المختار، قدرته على إبطال العقد عند مخالفة أحكامه الأمرة، فمثل هذا الجزاء يفترض احتفاظ قانون الإرادة به، وهو ما يخالف منطق النظرية، فضلا عن مناهضته لإرادة المتعاقدين وتوقعاتهم.

- أن للأفراد الحق في استبعاد القواعد الأمرة في القانون المختار، كما أن حرية الاختيار مطلقة، حتى ولو لم يكن للقانون المختار صلة بالعقد أو المتعاقدين.⁽²⁾

- إن أحكام القانون المختار وقد اعتبرت مجرد شروط تعاقدية، فهي تعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحو معاملة الوقائع، سواء من حيث إثباتها، أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها.

1- أنظر كل من: د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 39 وما بعدها، ود. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 218، ود. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 44 وما بعدها.

2- هذه النتيجة الخطيرة جعلت المشرع الجزائري من خلال المادة 18/1 من (ق.م.ج) المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 يشترط في القانون المختار، أن يكون ذو صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين.

- يستنتج من مفهوم المخالفة لحرية الاختيار، أن للمتعاقدين الحق في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون ليحكم كل واحد جزء منه، ليكون حينها للمتعاقدين حق اقتناء الأحكام التي يرونها من القانون أو القوانين المختار من قبلهم، لتصبح تلك الأحكام شروطا تعاقدية بعد اندماجها في العقد، كما أنه يجوز ألا يستند العقد إلى أي قانون، ويصبح مجرد من القانون.

وعلى إثر تلك النتائج الخطيرة المترتبة عن النظرية الشخصية، تعرضت لانتقادات لاذعة أهمها:⁽¹⁾

- إن ركونها إلى مبدأ الحرية المطلق غير صحيح تاريخيا، وأن الشخص إذا التزم فيجب أن يلتزم في حدود القانون.

- أنه للمتعاقدين حق اختيار القانون، ولهذا الأخير أن يقرر ما هي العلاقة التي يحكمها، لأن العقد لا يكون ملزما إلا بموجب القانون.

- أنه في حالة عدم اختيار المتعاقدين القانون واجب التطبيق، فالقاضي لا يعتد بالحرية وإنما يستخلص القانون واجب التطبيق من ملابسات العقد والظروف.

2 - النظرية الموضوعية:⁽²⁾

مضمون هذه النظرية هو أن القانون الواجب التطبيق على العقد، يستخلص من تركيزه حسب

معطياته الخارجية، أي على أساس فكرة تركيز العقد، بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد ولكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر، وعلى ذلك وإن كانت الإرادة عنصرا رئيسيا في عملية التركيز، إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، فقد تهدر الإرادة المصرح بها إذا تبين أنها لا تعبر عن حقيقة المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه بالنظر إلى مجموع المميزات الأخرى ومن هنا يقول

1- أنظر كل من: د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها، ود. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها.

2- لقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية من حكم محكمة النقض في 12/05/1910، أنظر كل من: د. الطيب زروتي النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1990/ 1991، ص 109 وما بعدها، ومؤلفه، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص 219.

BATIFFOL، يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ونتجنب العبارات المضللة، مبدأ سلطان الإرادة.

فإذا كانت الإرادة حرة في اختيار قانون العقد، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي مقيدة بضرورة أن يقع الاختيار على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية، فالإرادة في الأصل تستند إلى نصوص القانون التي تسمح لها بهذا الاختيار، وعليه فدور الإرادة هو الاختيار وليس الخلق، ولا يعني قدرتها على إخراج

العقد من دائرة القانون.⁽¹⁾

ولتحقيق فكرة تركيز العقد حسب هذه النظرية، يمكن اعتماد وسائل ثلاث:⁽²⁾

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

- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، معتمدا في ذلك على الظروف والملابسات وعناصر العقد، لربط هذا الأخير بنظام قانوني معين، وهذا المنهج معروف لدى الفقهاء الأنجلوسكسونيين بمنهج القانون الخاص بالعقد.

- اعتماد منهج وسط، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية، ومن ثم فإنه يجب تحليل كل نزاع حسب ظروفه، وتحليل العلاقة القانونية تحليلًا دقيقًا، ثم إسنادها إلى القانون الذي يكون أكثر ملاءمة وموافقة لحكم موضوعها.

هذا وإن كانت فكرة تركيز العقد الدولي لها أهمية في توحيد الحلول، وضرورة توفر صلة بين القانون المصرح باختياره، وبين العقد والمتعاقدين، إلا أن عملية التركيز تلك

1- وحتى في حالة سكوت المتعاقدين على الاختيار، كان للقاضي المعروض أمامه النزاع الحق في إسناد ذلك العقد إلى القانون المختص، وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في قانونه، التي يتعين إعمالها عند السكوت، لتفصيل أكثر أنظر، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 351، 352، وكذلك مؤلفه، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 331

2- أنظر كل من: د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 48-46، ود. محمد حبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1988، ص 90، ود. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقا، ص 70 وما بعدها.

ليست بالأمر السهل، فمثلا القضاء الفرنسي لم يبين فكرة تركيز العقد وإعمالها، وإنما تجاوزها إلى تبيان دور قاضي الموضوع في

استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال عملية التركيز.

3- النظرية المزدوجة النزعة المعتدلة: ⁽¹⁾ هي نظرية وسط بين كل من النظرية

الشخصية والموضوعية، وكيفت من خلالها قاعدة قانون الإرادة على أنها:

أ/ قاعدة قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ذات غاية مادية: فحسب البعض أن قاعدة قانون الإرادة وإن لم تكن فرضا قاعدة مادية، إلا أنها قاعدة تنازع ذات غاية مادية أو موضوعية، إذ أن المتعاقدين غير محايدين إزاء مضمون القانون المختار، فهم يضعون في اعتبارهم مضمون هذا القانون أو ذاك قبل اختياره، وأن هذا الاختيار غالبا ما يكون نتيجة لملاءمة القانون المختار، على خلاف الأصل في قواعد التنازع التقليدية.⁽²⁾

إن هذا الاتجاه أغفل حقيقة القواعد المادية – ذات الغاية المادية- وفن إعمالها، إذ أنه إذا كانت قواعد قانون الإرادة تخول المتعاقدين حرية اختيار القانون، كما لا تفرض عليهم مثل هذا الاختيار، فإن الأمر يختلف بشأن قواعد التنازع ذات الغاية المادية، تلك التي لا تعدو أن تكون تعبيرا عن سياسات تشريعية لدولة القاضي وفي مسائل محددة، مثل حماية العامل في عقد العمل، وحماية المستهلك، فهذه القاعدة هي أمرة من حيث الغاية التي تهدف إلى تحقيقها⁽³⁾، وعليه فإن قاعدة قانون الإرادة، ليست بقاعدة تنازع ذات غاية مادية، لأن طبيعة هذه الأخيرة لا تعترف بدور إرادة الأطراف إلا في إطار تحقيق الغاية المادية المستهدفة، ومتى كان من شأن الإدارة الإطاحة بهذه الغاية فلا سبيل إلى الاعتداد بهذه الإرادة.

1- أنظر كل من: د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، ص190، ود. محمد حبار، رسالة دكتوراه، ص103.

2- أنظر، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص134.

3- أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دارالدار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص305 وما بعدها.

ب/ قاعدة قانون الإرادة تتسم في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي: أي أن قاعدة قانون الإرادة لا تمثل قاعدة قانون دولي مادية، على أساس أنها لا تعطي حلا مباشرا للنزاع، ولكن تشير إلى القانون الذي يعطي هذا الحل، كما أن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة إسناد بالمعنى الدقيق، بل تمثل قاعدة قانونية تتسم في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي، أو بمعنى آخر قاعدة إسناد ذات هدف مادي محدد، بحيث تظهر طبيعتها كقاعدة إسناد أمام القاضي الوطني، فحين يتم تغليبها المادي أمام المحكم.⁽¹⁾

ورغم وجهة هذا الرأي، إلا أنه يجعل من قاعدة قانون الإرادة بمثابة قاعدة فلسفية، بحيث يتغير لونها بحسب الجهة التي تعرض أمامها، وهذا ما يترتب عليه ازدواج في وظيفة القاعدة، هذا كما لا يجب إهمال الاتجاه الحديث، الذي يأخذ بفكرة النظام العام الدولي الحقيقي، الذي يراعي الأخلاقيات في العقود وتوحيد الطبيعة القانونية لقانون الإرادة.

ج/ قاعدة قانون الإرادة قاعدة مادية ناقصة: فحسب هذا الرأي لا يتصور أن تبطل الإرادة العقد، كما لا يمكن أن تصبح إرادة الأطراف ضابط إسناد خاص بالعقود الدولية، بحيث أن حق المتعاقدين في الاختيار يسند إلى قاعدة قانون مادي في دولة المسند إلى قانونها النزاع، فيندمج القانون في العقد، وتصبح أحكامه بمثابة نصوص تعاقدية تخضع هي والعقد المندمجة فيه للأحكام الأمرة في قانون محدد سلفا، ولا شأن للإرادة الأطراف في الاختيار.⁽²⁾

ثالثا: تقدير قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري من ضوابطها:

1- أنظر، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها، ود. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ...، مرجع سابق، ص 305.

2- أنظر، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 144 وما بعدها.

إن قاعدة قانون الإرادة، تعمل على حل مشكل تنازع القوانين التي تخلفها طبيعة العلاقة الخاصة الدولية، والتي تنتمي بعناصرها إلى أكثر من نظام قانوني، ولا يشترط في هذا القانون المختار إلا أن يكون على صلة جدية ومعقولة بالعقد أو المتعاقدين، وقد يكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملة والتجارة الدولية.

لقد لقي مبدأ سلطان الإرادة نجاحا كبيرا على الصعيد الدولي، بخصوص حل مشكل تنازع القوانين، وهو ما يقتضي منا من خلال هذا المحور، وعلى ضوء ما تقدم، تقدير قانون الإرادة (1)، ثم نعرض عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة، وما أقره من ضوابط لإعمال هذا الأخير (2).

1 - تقدير قانون الإرادة:

على الرغم من الدعائم المقنعة التي تقوم عليها فكرة قانون الإرادة، لاسيما الأسس التي تبرر لماذا يسمح القانون للمتعاقدین باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنها لم تنجح، ووجه لها نقد لاذع بحيث:⁽¹⁾

- قيل أن فكرة قانون الإرادة تفتح المجال أمام الأفراد للتهرب من القواعد الآمرة، وإن كان لابد من الإبقاء عليها، فلا بد من حصر مجالها في المسائل التي تنظمها القاعدة المكملّة.

- ما قيل أن ترك الأمر للمتعاقدین في اختيار قانون عقودهم، يعني حلولهم محل القانون في تنظيم الروابط القانونية، وهو ما يشكل افتئاتا وتعاليا على سلطته، التي من مظاهرها أن يحدد هو متى يسري وليس إرادة الأطراف هي التي تحدد حالات سريانه.

- كما قيل أن إخضاع العقد لقانون الإرادة يتضمن مصادرة على المطلوب، لأن ذلك يفترض وجود العقد أولا، واختيار القانون لاحقا، كيف ذلك والقانون هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة، ولا قيام للعقد في غيبة من القانون.

- كما قيل أن فكرة قانون الإرادة، التي نشأت ونمت في ظل المذهب الفردي والاقتصادي الحر، لم تعد تتماشى مع سياسة التوجيه الاقتصادي، وزيادة تدخل

1- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها، ود. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

الدولة بقواعد أمرة في مختلف الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية، وصار العقد أقرب إلى النظام منه إلى الاتفاق، وصار الكلام عن قانون الإرادة خيال لا يدعمه الواقع.

كما يضيف جانب من الفقه قائلا، أن قانون الإرادة قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، إذ قد يقضي ببطالان العقد، فكيف يعقل أن يختار المتعاقدون قانون يبطل تعاقدهم.

ومهما يكن من أمر، فإن تلك الانتقادات لم تحمل الأنظمة القانونية في مختلف الدول على هجر قاعدة قانون الإرادة، بل العكس ازدادت رسوخا وثباتا، وكانت سندا قويا لتدويل العقد، وعليه ستظل تلك القاعدة الوسيلة الخالدة لتحديد النظام القانوني للعقود الدولية، لاسيما وأنها أيضا كانت أساس نمو التجارة الدولية منذ أواخر القرن 19 وحتى الآن.

2 - ضوابط أعمال قانون الإرادة في التشريع الجزائري:

إذا كان لأطراف العقد الدولي حق اختيار القانون واجب التطبيق، فإلى أي حد يكون مسموحا لهم بممارسة ذلك الحق؟ وهل يكون لهم اختيار قانون منبت الصلة بالعقد؟.

ذهب رأي في الفقه والقضاء، إلى أن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار قانون عقدهم، وأي قيد يمارس على تلك الحرية، سيخرج بقاعدة التنازع في خصوص العقود عن مضمونها وهدفها، وهي التيسير على الأطراف في المبادلات الدولية، وأن القانون الذي سيتحدد مع وجود أي قيد سيعتبر "قانون العقد"، لكنه ليس "قانون الإرادة"، وعليه يكفي أن يكون قد تم اختيار قانون العقد بنحو قانوني وبحسن نية وعلى نحو لا يتعارض مع النظام العام، أو ينطوي على غش نحو القانون.⁽¹⁾

وعلى العكس من ذلك، ذهب رأي آخر إلى أن اختيار الأطراف لقانون عقدهم يكون عديم القيمة والفعالية ما لم توجد "صلة جوهرية" أو "روابط طبيعية" بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه، ومتى انعدمت تلك الصلة أو الروابط حق للقاضي القيام بمهمة تركيز العقد، والبحث عن تلك الروابط والصلة.

1- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 191.

ويرى جانب ثالث، أنه يجب من حيث المبدأ، استلزام رابطة أو صلة بين العقد والبلد الذي اختير قانونه لحكمه، حيث لا يجب أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد، ولكن يكفي أن تكون صلة فنية معينة، من ذلك أن يجري العقد في صورة عقد نمطي أو نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية، أو أن يختار أطراف العقد مثلاً في مجال النقل أو التأمين البحري القانون الانجليزي لحكم عقدهم، بحسبان تقدم القانون الانجليزي في ذلك المجال بالمقارنة مع غيره، حتى ولو لم يكن لإبرام العقد أو تنفيذه روابط واقعية بإنجلترا.⁽¹⁾

وإن كانت هذه الآراء ممكنة الطرح عندما يكون التعيين الصريح لقانون العقد من قبل المتعاقدين فإن فكرة التركيز والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة، في حالة التعيين القضائي لقانون العقد، تترك مجالاً كبيراً لاجتهاد القاضي وتقديره، لما يخشى معه الزلل والتحكم، ولذلك تلجأ القوانين الوضعية - عادة - إلى إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها، ولا مجال بشأنها للاجتهاد عدا ما يلزم لفهم الضبط التشريعي وإعماله بنحو سليم.

وأمام هذا وذاك نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة، وضوابط هذا الأخير؟.

نشير بداية إلى أنه وعلى الرغم من أهمية ومكانة مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوطنية، إلا أنه يتعين ألا نخلط تماماً على الأقل من الناحية النظرية، بين فكرة عدم الاعتداد بقانون الإرادة فيما لو انعدمت الصلة بينه وبين العقد من جهة، وبين مجال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى، لذلك يلاحظ بداية أنه إذا اختار المتعاقدان قانوناً لا يمت بصلة بالعقد الدولي المبرم بينها، فعلى القاضي أن يغفل إرادتها، ويحكم في النزاع القائم بينهما على نحو ما كان يفعل فيما لو سكتوا عن الاختيار، ما لم يكن المشرع قد تصدى بنفسه لتركيز العقد تركيزاً موضوعياً مسبقاً بمقتضى ضوابط الإسناد الاحتياطية، كما هو الشأن في القانون الجزائري.

1- المرجع السابق، ص 191، 192.

فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد المادة 18/1 منه قبل التعديل⁽¹⁾، تنص على ضابطين للإسناد هما ، قانون الإرادة، وقانون محل الإبرام، والمعول عليه في نظر شراح القانون الجزائري، أن الضابط الأساسي للتصرفات القانونية هو قانون الإرادة، وفي حالة عدم الاختيار الصريح أو الضمني يرجع إلى قانون محل الإبرام، وأن المشرع هو الذي تولى بنفسه عملية التركيز في حالة عدم الاختيار.⁽²⁾

غير أن المادة 18 من (ق.م.ج) قبل تعديلها بموجب القانون رقم 05 - 10، قد انتقدت صياغة ومضمونها، فمن حيث الصياغة أخذت المادة المذكورة بحرية الاختيار المطلقة - حسب النظرية الشخصية وهذا غير معتاد وغير صحيح، لأن المعتمد في أغلب النظم القانونية، يشترط وجود صلة بين القانون المختار وبين العقد أو المتعاقدين، كما أن تفضيل ضابط محل الإبرام عن غيره من الضوابط الأخرى ليس له مبرر قانوني، بل على العكس يعد محل الإبرام مجرد قرينة لتركيز العقد، مثله مثل القرائن الأخرى، والتي قد تكون أكثر أهمية، مثل حالة الاشتراك في الموطن أو الجنسية، وضابط محل التنفيذ وبهذا كان المشرع الجزائري قد خالف القوانين العربية، التي صيغت فيها المسألة على النحو التالي "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذ اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه."⁽³⁾

استجابتا لتلك الانتقادات، وتماشيا مع ما ذهبت إليه أغلب القوانين في هذا الشأن، تم تعديل المادة 18 من (ق.م) بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو

1-تقابلها في القوانين العربية، المادة 19 من (ق.م.مصري)، والمادة 19 من (ق.م.الليبي)، والمادة 25 من (ق.م.عراقي) والمادة 20 من (ق.م.أردني)، والمادة 59 من (ق.الكويتي رقم 05 لسنة 1961)، والمادة 29 من (ق.م.يميني)... إلخ.

2-أنظر كل من: د. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص 362 وما بعدها، ود. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 220.

3-تلك هي الفكرة الرئيسية المنصوص عليها في القوانين العربية المشار إليها سابقا، مع اختلاف جزئي في الصياغة أحيانا وفي المضمون مرات أخرى.

2005، لتصبح على النحو التالي "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ..."

وما يلاحظ على هذا التعديل، هو أن المشرع الجزائري جمع بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين، كما اعترف بمبدأ سلطان الإرادة - نظرية الشخصية- في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بالأولية، لكن ليس في هذا الاعتراف إطلاقاً، حيث لم يترك حرية المتعاقدين مطلق الحرية في اختيار ما يشاؤون من قانون لحكم عقدهم، وإنما قيد اختيارهم بحيث يجب أن يكون ذلك القانون المختار من قبل المتعاقدين يمت بصلة حقيقية إما للمتعاقدين أو للعقد ذاته.

هذا وإن كان المشرع الجزائري قد أعطى لضابط قانون الإرادة الأولية في التطبيق، إلا أنه قد أولى اهتماماً أيضاً لضوابط الإسناد الأخرى، في حالة عدم الاختيار، لكن كان في ذلك الاهتمام درجات، بحيث رتب ضوابط الإسناد من حيث أولويتها في التطبيق - الأعمال- وذلك الترتيب هو ملزم للقاضي، بحيث يجب تطبيق القانون المختار أولاً، وإن لم يكن يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وإن لم يكن يطبق قانون محل إبرام العقد.

وفي مجال التقدير، نقول أن الحل الذي أتى به القانون الجزائري، يرمي إلى رفض النظرية الأنجلوأمريكية الخاصة "بالقانون المناسب للعقد"، أو أي نظرية تدع المجال واسعاً أمام تقدير القاضي عند تحديد قانون العقد، وهذا الموقف يعد حسب اعتقادنا إيجابياً، إذ أنه فرض حلاً قانونياً يتبعه القاضي وحصنه بالتالي من مغبة الجري وراء ما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف، أي اختار القانون الذي كانوا سيختارونه لو فكروا أو انتبهوا لمسألة اختيار قانون العقد.

فلا شك أن ما يسمى بالإرادة المفترضة، هي والعدم سواء، والبحث عنها يماثل البحث عن مخيط في كومة قش، على أن تلك الإيجابية يقابلها سلبية أو عيب، وهي أن الحل التشريعي يعد عقبة في تطوير الحلول، وملاحقة مستجدات الفن القانوني التي

يتواءم بها مع ما تكشف عنه المدينة الحديثة في عصر التكنولوجيا، فمثلا عقد المفتح في اليد يجمع بين خصائص كل من عقد البيع، وعقد التسليم، وعقد الترخيص، وعقد المعرفة الفنية، وعقد الشركة، وعقد العمل، بحيث لا يلائمه عند تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل الإبرام الذي فرضهم المقتن الجزائري.

خاتمة:

من المؤكد أن مختلف النظم القانونية، وعلى ما أسلفنا البيان، تعترف بأن القانون واجب التطبيق على العقد الدولي هو الذي يختاره المتعاقدون بإرادتهم الصريحة أو الضمنية، فكأن إرادة المتعاقدين هي المناط في تحديد القانون واجب التطبيق، أي الدور الحقيقي لإدارة الأطراف هو إنتقاء أو تحديد قانون دولة معينة، ليكون واجب التطبيق على العقد الدولي.

هذا وإن كانت القوانين المقارنة، بالإضافة إلى القانون الجزائري، قد التزمت التفرقة بين الإرادة الصريحة والضمنية، وغياب الإرادة، وقصر أعمال فكرة التوطين أو التركيز على هذه الحالة الأخيرة إلا أن تلك القوانين اشترطت في ذلك القانون المختار من قبل المتعاقدين أن يكون ذي صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

والحال كذلك فإننا نرى وجوب التمييز بين ثلاث حالات : الأولى، وجود اختيار صريح لقانون العقد من قبل المتعاقدين، وهنا يجب احترام وإعمال القانون المختار، الثانية، تخلف الاختيار الصريح مع دلالة الظروف ومعطيات التعاقد بنحوييني على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قانون معين- وتلك هي الإرادة الضمنية- التي ينبغي أيضا احترامها، وعلى القاضي كشفها، الثالثة، وفيها يكون من الصعب على القاضي تلمس إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، وهذا هو فرض الانعدام الحقيقي لقانون الإرادة وهنا يبدوا واقعا اللجوء إلى فكرة التوطين أو التركيز للوصول إلى تحديد قانون العقد، لكن وفقا للتركيز الذي أقره المشرع، ومع مراعاة ترتيب ضوابط الإسناد التي حددها أيضا المشرع.

وعليه نقول أن إرادة المتعاقدين ليست حرة في اختيار قانون العقد، إذ هي مقيدة، بحيث يجب أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين، وحتى القاضي ليس له مطلق التقدير في البحث عن القانون واجب التطبيق على العقد في حال غياب الإرادة، بل هو مقيد بمقتضى ضوابط الإسناد التي حددها المشرع، ووفقا للأولوية التي ركز لموجبها المشرع العقد تركيزا موضوعيا.

المراجع المعتمدة:

- 1/ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تاصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 2/ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 3/ د. الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 4/ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 5/ د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 6/ د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.
- 7/ د. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 8/ د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

- 9/ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 10/ د. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989.
- 11/ د. الطيب زروتي النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1990/ 1991.
- 12/ د. عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر 1998/ 1999.
- 13/ د. محمد حبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1988.
- 14- J.D.BREDIN: La loi du juge in Mélanges GOLDMAN, Paris Lites, 1983.
- 15- TERKI Noureddine, L'Arbitrage commercial international en Algérie, OPU Alger, 1999.
- 16- BENABDERRAHMANE (D), La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international, La gazette du Palais, N° 101,103 (Spécial Algérie) 1999.