إسهامات الفقه المتعلقة بمسألة التكييف في القانون الدولي الخاص

أ.عبد الوافي عزالدين (جامعة أدرار)
أ.الصادق عبد القادر (جامعة أدرار)

مقدمة

يقصد بتعبير الالتزامات التعاقدية في هذا المجال ،التصرفات الإرادية ذات الطابع المالي المحض، فالعقد عموما هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني ،وإذا كان العقد يلعب في القانون الداخلي دورا أساسيا ومهما ،فان هذا الدور يتعاظم شأنه في مجال القانون الدولي الخاص،فالعقود هي أداة تسيير التجارة الخارجية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود.

ويكاد الفقه يجمع على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يقصد باصطلاح العقود الدولية بمختلف انواعها ، بما فيها عقود التجارة الدولية نتيجة لتنوعها وتعددها ، بحيث تستطيع الارادة الفردية ان تنشا مالا نهاية من العقود التي يتطلبها التعامل الدولي

وجدير بالاشارة الى انه لايسمح بتطبيق قانون الارادة في مجال الاحوال الشخصية ، اذ ان المشرع عمل على تنظيمها بنصوص امرة الامر الذي يبرر اسنادها للقانون الشخصي للزوجين دون الاعتداد بارادتيهما في هذا الشان،ولا يسمح بتطبيق قانون الارادة في قانون العمل نظرا لكونها من العقود الخطيرة التي ترتبط بالاهداف العليا في المجتمع ،الامر الذي ادى بالمشرعين في مختلف دول العالم الى تنظيمه ايضا بقواعد امرة تحقيقا للسياسة الاجتماعية المستهدفة من ورائه ،مما يتعين معه عدم صلاحية قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية بالنسبة لهذه العلاقات

كما يخرج من نطاق قانون الارادة ايضا ، عقود الدولة التي تبرمها بوصفها سلطة عامة ،بغرض تحقيق إحدى وظائفها الاساسية، مثل عقود شراء الاسلحة وعقود استغلال الثروات ...

ويثير العقد الدولي مشكلة تنازع القوانين ،عكس العقود الداخلية التي تخضع بداهة للقانون الداخلي ،وذلك نظرا لخلوها من العنصر الأجنبي

ولقد حسم المشرع الجزائري مشكلة تنازع القوانين ،عن طريق سنه لقاعدة إسناد تتمثل في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري ،حيث تضمنت هذه المادة ضابط إسناد أصلي وهو قانون الإرادة بالإضافة إلى ضوابط أخرى احتياطية أو بديلة .

والحديث في هذه المداخلة سوف يقتصر على الضابط الأصلي (قانون الإرادة)

وتتمثل أهمية دراسة الموضوع في معرفة مكانة هذا الضابط من حيث الإطلاق والتقييد في الأخذ به من طرف المشرع.

ومنطلق دراستنا للموضوع كان من إشكالية مفادها: ماهي الإشكالات التي يمكن أن تثيرها مسالة إعمال قانون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟.

وللاجابة على هاته الاشكالية انتهجنا المنهجين التحليلي والوصفي وقسمنا البحث وفقا لخطة ثنائية تتكون من مطلبين الاول يتضمن مبدا اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمطلب الثاني يتضمن الاستثناءات الواردة على مبدا حرية الاطراف في الاختيار كما يلي:

المطلب الأول – مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تلعب الإرادة دورا واضحا في تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب التطبيق على أساس ان الإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل اثاره باعتباره حلا وسطا يحقق رغبات الاطراف المتعارضة.

ويعرف قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص بأنه : " الحرية المتروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يخضعون له العقد إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلدان مختلفة "[7] ، وفي هذا الصدد سنتكلم عن كيفية التعبير عن الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نطاق القانون الدولي الخاص ،ويتجلى ذلك في امرين : الامر الأول حالة التعبير الصريح وهذا ما سنتطرق له في (الفرع الأول) والامر الثاني هو التعبير الضمني ويتضمنه (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول – الإختيار الصريح :

يعتبر الاختيار عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب تطبيقه فمتى وجد مثل هذا الاختيار فلا تطرح أية صعوبة في تحديد القانون المختص لحكم النزاع مستقبلا ، ولما كانت الإرادة شيء باطني لا يمكن الوقوف عليه إلا بإفصاح صاحبه عنه فلقد أخضعت قوانين غالبية الدول العقود والالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الجزائري في المادة 1/60 [8].

---

[7] عبد الوافي عز الدين ، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع :القانون الخاص ، تخصص :قانون السوق ، كلية الحقوق ، جامعة جيجل ، السنة الجامعية 2008/2007 ، ص 6 .

[8] حيث جاء في نص المادة ما يلي : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقفا لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ..."

فإرادة المتعاقدين لابد أن تأخذ مظهرا خارجيا [9] حتى يتم التعرف عليها ،فالمظهر الأول للتعبير عن الإرادة هو التعبير بالألفاظ في اللغة التي يفهما كل من المتعاقدين سواء كان ذلك وجها لوجه أو بواسطة رسول غير موكل يكلف بنقل التعبير كما هو للطرف الأخر أما إذا كان موكل فنكون بصدد التعاقد بالنيابة .

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو اعلان موقع عليها أو غير موقع مكتوبة باليد أو بالالة أو باية طريقة أخرى اصلا كانت أو صورة [10].

وكذلك يكون التعبير بالاشارة التي لها دلالة بين الناس كهز الراس عموديا دلالة على القبول ، أو هز الراس افقيا دلالة على الرفض ، بل قد يكون التعبير الصريح باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه كعرض تاجر سلعته للجمهور مع بيان ثمنها ، ووقوف سيارة الأجرة في موقفها لانتظار راكب يستأجرها [11].

وبالرجوع إلى نص المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها :" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ..." [12] ، ومن خلال التعديل الذي أورده المشرع الجزائري على نص هذه المادة يكون قد استبعد الإرادة الضمنية [13] ، وهذا بحسب بعض الفقه .

رأي ثالث إلى ترك الفصل في هذه المسالة للقضاء الجزائري ، وان كان الرأي الراجح هو إعتداد المشرع بالإرادة الضمنية فلا اجتهاد مع وضوح النص (المادة 60) في دلالة مقصوده مادامت المسألة تخص تفاصيل لا تتحملها قاعدة الإسناد (المادة 18) ، كما أن العهد بمهمة استخلاص

---

[9] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر التزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السابعة ،2006، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون- الجزائر ، ص 29.

[10] عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول : نظرية التزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان 2000،ص 188.

[11] محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية 2004 ، دار الهدى ،عين مليلة -الجزائر، ص84 .

[12] قانون 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الامر 58/75 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2005 .

[13] عيد عبد الحفيظ ، مبدا سلطان الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الموسم الجامعي 2006/2005 ، ص 43.

الإرادة الضمنية أو تركيز العقد للقضاء من غير تحديد لضوابطها يشكل عبء ثقيلا وقد تكون له نتائج سلبية كان ينحرف القاضي نحو التحكم وإحلال إرادته محل إرادة الأطراف [14].

وأضاف المشرع الجزائري أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين ، وقد انقسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى رأيين أولهما(فقهاء انجلترا) إلى القول بضرورة عدم تقييد حرية المتعاقدين بوجود أية صلة وذلك احتراما لمبدأ سلطان إرادتيهما ، في حين رأى جانب آخر (الفقه الغالب) بضرورة تقييد إرادة المتعاقدين بوجود هذه الصلة لان انعدامها يعتبر بمثابة تحايل عن القانون الواجب التطبيق من اجل التهرب من قواعده الآمرة ويقصد بالصلة تلك العلاقة التي تربط القانون المختار بالمتعاقدين (قانون الجنسية أو قانون الموطن) ،هذا من جهة ومن جهة أخرى يقصد بالصلة علاقة القانون المختار بعناصر العقد (قانون محل التنفيذ أو قانون موقع المال محل التعاقد ...) [15]

ولقد جرى خلاف فقهي يتمثل مضمونه أن جانب من الفقه (الفقه التقليدي) يشير إلى أن التعبير الصريح ينحصر في التعبير باللفظ أو الكتابة أو الإشارة بينما يعتبر اتخاذ موقف تعبيرا ضمنيا .

أما جانب آخر من الفقه الحديث يرى أن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين عنصر مادي يتمثل في اللفظ أو الإشارة وعنصر معنوي يتمثل في نية المعبر بحيث يكون التعبير صريحا كلما اتجهت نية المعبر إلى الكشف عن إرادته بينما يكون التعبير ضمنيا في حالة العكس [16].

ولقد صار من المألوف في مجال التجارة الدولية وكذا النقل الدولي وجود عقود نموذجية [17]يخضع كل عقد منها للقانون المنصوص عليه فيها بغض النظر عن وجود صلة أم لا بين العقد والقانون، ومثالها العقود التي وضعها كل من اتحاد تجارة المطاط واتحاد تجارة غذاء الماشية في لندن واتحاد القطن في ليفربول إذ نص في هذه العقود ضرورة إخضاعها للقانون الانجليزي.

---

[14] زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، الجزء الثاني ،معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 1991/1990، ص 229،230.

[15] شريف هنية ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، سنة 2003، ص 50ن51.، علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الرابعة1993، ديوان المطبوعات الجامعية ، ، بن عكنون- الجزائر ،ص 116

[16] علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر ، الجزائر 2008،ص 98،99.

[17] ظهرت هذه العقود نتيجة لضرورات عملية املتها ظروف التعامل التجاري ، ذلك ان المهتمين بالاستيراد والتصدير اوجدوا صيغا تعاقدية وكرسوا التعامل بواسطتها كل في مجال اهتمامه وحسب أصناف السلع التي يتداولها ، بحيث أصبحت هذه الصيغ محل إجماع ومن أمثلتها النموذج 730 المتعلق بالشروط العامة بالمبيعات عند الاستيراد والتصدير للمواد الاستهلاكية والمواد الميكانيكية المصنعة ، راجع محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، دون سنة ، ص 84،85 .

الفرع الثاني – الاختيار الضمني[18] :

إذا كان الاصل ان يتفق المتعاقدان بصفة صريحة على القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية فانه يمكن استثناءا ا نياتي هذا التعبير في شكل تعبير ضمني وفي هذه الحالة يتعين على القاضي المطروح امامه النزاع ان يتصدى للكشف عن اراتهما الضمنية في هذا الصدد[19].

ويرفض جانب من الفقه الفرنسي الحديث الاعتداد بالارادة الضمنية في بيان القانون الواجب التطبيق على العقد وتبريرهم في ذلك انه إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة فلم يعد مجديا الكشف عن ارادتهما الضمنية لان الغالب ان عدم اتفاقهم صراحة يعني انهم قد اختلفو حول تحديد هذا القانون أو على الاقل توقعوا مثل هذا الخلاف من البداية ومن ثم فان تصدي القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية في هذه الحالات هو مجرد – بحسب نظرهم – هو مجرد وهم وخيال [20].

غير انه يمكن القول بوجود عدة قرائن دالة على الإرادة أو النية الضمنية بخصوص قانون العقد لا يكتفى عادة بواحدة منها بل يتم الجمع بين اكثر من قرينة على حسب الاحوال ومنها : المحكمة التي اتفق الأطراف على تفويضها الاختصاص في منازعات العقد وهي قرينة ذات وزن وقيمة في استخلاص نية الأطراف جيث صار مقبولا ان القاضي يختار قانونه .

وبالرجوع إلى نص المادة 60 /2من القانون المدني الجزائري [21]نجد ان المشرع اشار إلى ما يفيد الاعتداد بالارادة الضمنية وبما ان المشرع الجزائري في نص المادة 18 السالفة الذكر لم يشترط ان يكون التعبير عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية صريحا ، فانه يمكن القول انه يعتد بالإرادة الضمنية إذ يتعين على القاضي عندما تناط به مهمة البحث عن هذا القانون أن يبحث عن إرادة الأطراف في حالة غياب إرادتهما الصريحة [22] .

وفي هذا الصدد وضع المشرع حدودا يتقيد بها القاضي عند بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين وتاكيدا لذلك نصت المادة 111 من القانون المدني الجزائري [23]:" إذا كانت عبارة العقد

---

[18] والى جانب الارادة الضمنية توجد الارادة المفترضة ، وهي ارادة ليست حقيقية وغير موجودة في العقد ولكن القاضي يفترضها بقرائن مستمدة من ظروف العقد ويقيسها بمعيار موضوعي " الرجل المعقول" كما توجد ايضا الارادة الاحنمالية فهي مجرد افتراض تصوري تختلف عن الارادة المفترضة من حيث كون هذه الاخيرة تؤخذ على انها حقيقية تقوم على قرائن بينما الاولى تقوم على مجرد التخمين والحدس .راجع زروتي الطيب ، المرجع السابق ،ص 113 هامش رقم 1 .

[19] شريف هنية ، مرجع سابق ، ص 56 .

[20] حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول : المبادئ العامة في تنازع القوانين ، طبعة 2003، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 425.

[21] حيث تنص هذه المادة على انه "... ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا "

[22] عبد الوافي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 48 .

23 امر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تاويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " .

ومما يؤيد أن فكرة الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19910/12/5 والذي تقرر فيه :" أن القانون المختار بواسطة أطراف العقد ليس هو فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة ، ولكن من الممكن استخلاصه من مختلف الظروف والملابسات " [24]

ويضاف إلى أن استخلاص النية الضمنية للأطراف حول قانون العقد هي مسالة واقع يتمتع بشأنها القاضي بسلطة التقدير ولا يخضع لرقابة محكمة النقض طالما جاء استنتاجه مبنيا على أسباب سائغة ومعقولة [25].

ولا تثير مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مشكلة الإحالة ، إذ الأخذ بالإحالة من شانه التعارض والإخلال بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون وقد يؤدي إلى إحلال قانون آخر غير القانون المتفق عليه علما ان قاعدة قانون الإرادة عالمية مقررة في كل الأنظمة القانونية ويسري هذا الاستثناء على الضابط الأساسي (قانون الإرادة موضوع البحث) كما يسري أيضا على الضوابط الأخرى الاحتياطية (قانون محل الإبرام ، الجنسية المشتركة ، الموطن المشترك ، محل التنفيذ)[26].

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

بالرغم من الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم إلا أن الفكرة اعترضتها مجموعة من الانتقادات، ومؤدى هذا النقد انه إذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد ويمنحه بذلك قوته الملزمة ، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق الخصوم على اختيار

[24] مشار اليه في المرجع نفسه ، ص 47 .
[25] احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي : مفاوضات العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق وازمته ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001، ص 195،196.
[26] زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول : تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ،2000، ص114 .

القانون المختص؟ فان قيل انه القانون المختار فان من شأن ذلك الوقوع في حلقة مفرغة إذ يستمد القانون المختار اختصاصه من سلطان الإرادة .

بينما تستمد الإرادة قوتها الملزمة من هذا القانون ،ويؤكد البعض انه ليس من المقبول أصلا أن يترك للأفراد اختيار القانون الذي سيحكم العقد المبرم بينهم إذ المفروض أن القانون هو الذي يحدد الأشخاص والأموال والتصرفات التي يحكمها وما يهمنا هو الحديث عن الاستثناءات التي اقرها المشرع على المبدأ الآنف ذكره والمتمثلة في الدفع بالنظام العام في الفرع الأول ، والغش نحو القانون في الفرع الثاني كما يلي :

الفرع الأول – النظام العام كاستثناء يرد على مبدأ حرية الإختيار:

قد تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق القانون المختار (قانون الإرادة) لحكم العلاقة التي تشتمل على عنصر أجنبي العلاقة الدولية فيكون تطبيق هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي وما سنقوم به في هذا الفرع هو توضيح المقصود بفكرة النظام العام أولا ثم مجال إعمال فكرة النظام العام ثانيا على التفصيل التالي :

أولا– المقصود بفكرة النظام العام :

الأصل أن فكرة النظام العام ليست حديثة العهد في مجال القانون الدولي الخاص ، بل ظهرت منذ ظهور تنازع القوانين وكان الفقهاء قد عبروا عنها بتعبيرات مختلفة فالفقيه بارتول زعيم المدرسة الايطالية [27]هو أول من نادى بهذه الفكرة عند تعرضه لآثار الأحوال في الخارج فلقد قسم هذا الفقيه الأحوال " أي القوانين " إلى أحوال مستحسنة وأخرى مستهجنة وأشار إلى أن الأحوال الأخيرة لا يجوز أن تمتد إلى خارج الإقليم .

ولم تعرف الشرائع العالمية في غالبيتها [28]فكرة النظام العام بالرغم من أهميتها والسبب في ذلك كونها فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض فهي ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان ، فما يعتبر مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى ، وما هو من النظام العام في دولة

[27] - نادية فضيل ، تطبيق القانون الاجنبي امام القانون الوطني ، طبع في 2002، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، ص 113.

[28] - ومع ذلك فقد حاولت بعض التشريعات ومنها على سبيل المثال القانون المدني الالماني الذي نص في المادة 30منه :" القواعد التي تتصل باصل اسس النظام الاجتماعي او السياسي او الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين ويكون من طبيعته انتهاكا تهديد النظام العام وتصديعه " راجع احمد مسلم ،القانون الدولي الخاص في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، بيروت-لبنان ، ص 203، اما المشرع الجزائري فقد اكتفى بالنص عليه ضمن المادة 24 من القانون المدني المعدلة بقانون 10/05 التي جاء فيها :" لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام والاداب العامة في الجزائر..." .

في وقت ما قد لا يعد كذلك في وقت لاحق بفعل تغيير أسس المجتمع بتغير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية والاجتماعية والسياسية السائدة فيه [29].

ومن الأمثلة التي توضح مسالة نسبية فكرة النظام العام وحسن الآداب ، عقد التامين على الحياة ،فقد اعتبر في أول ظهوره مخالفا للنظام العام والآداب ،بدعوى انه يتضمن مضاربة على حياة الإنسان ،وفي العصر الحديث نجده أكثر العقود شيوعا ،وعلى العكس هناك أمور أصبحت مخالفة للنظام العم وحسن الآداب كالاسترقاق وإدخال السلع المهربة في بلاد أجنبية وقد كانت من قبل غير ذلك[30].

لقد وصف بعض الفقهاء النظام العام بأنه الابن المخيف للقانون الدولي الخاص إلا انه عموما متعلق بصميم المصالح العليا للبلاد ، الأسس الجوهرية لنظام الحكم الضمانات الدستورية المقررة للمواطنين ، مستوى الوجدان والضمير الحي ، المشاعر الروحية والدينية والإيمانية ، الحلال والحرام ، الخطأ والصواب [31].

كما يعرف النظام العام بأنه: " سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه مع المفاهيم الوطنية "، أو انه : " تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة "[32].

ويرى بعض الفقهاء أن لفكرة النظام العام وظيفتين: الأولى :هي كونها تتخذ دفعا ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تعتبر بالإجماع غير مقبولة عالميا مثل القوانين التي تبيح الرق وتعاطي المخدرات والثانية: هي أنها تستخدم لتأييد سياسة تشريعية معينة وفي قيامها بالوظيفة الأولى تكون وسيلة للدفاع عن القانون الطبيعي ، وفي قيامها بالوظيفة الثانية تكون وسيلة للدفاع عن الأسس السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية لدولة القاضي [33] .

ويختلف دور النظام العام في القانون الداخلي عنه في مجال تنازع القوانين ، حيث انه يعني في إطار القانون الداخلي ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة ،بينما يقصد به في نطاق القانون الدولي الخاص استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد باختصاصه ومن أمثلة النظام العام الدولي ما نصت عليه الاتفاقية المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية

---

[29]- عيد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 77.

[30]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 219 .

[31] - ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005، ص 194.

[32] - مسعودي يوسف ، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق : دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان – الجزائر ، السنة الجامعية 2012/2011 ،ص 61،62.

33 - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ص 149.

وتنفيذها إذ يستفاد من المادة الأولى منها على أن إعمال هذه الاتفاقية لا يتم الا على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر على تراب دولة أخرى مصادقة على الاتفاقية ومثال ذلك أيضا ما تصت عليه المادة 16 من اتفاقية روما لسنة 1981 التي جاء فيها :" ان إعمال نص قانوني تشير بتطبيقه هذه الاتفاقية لا يتم استبعاده الا في حالة تعارضه الصريح مع قواعد النظام العام لدولة القاضي " [34].

ثانيا- إعمال فكرة النظام العام :

يقصد بمسألة إعمال فكرة النظام العام الأخذ بها من طرف القاضي في حالة كون القانون الواجب تطبيقه الذي اختاره أطراف العقد مخالفا للنظام العام في دولته بالمعنى الذي اوضحناه آنفا ويشترط لإعمال فكرة النظام العام شروطا معينة كما يلي :

- **فأول شرط** :ان يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع ،فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن أن يستبعد تطبيقه لسبب آخر ، مثال ذلك ان يكون قانون القاضي سياسيا أو إقليميا ، أو يكون قانون الموقع ،أو قانون المحل أو القانون الذي اسند إليه الحكم بطريق الإحالة أو يكون القانون الأجنبي غير واجب التطبيق كما لو كان هو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لكن دون ان تكون له أية صلة بهما أو بالعقد [35].

- **وثاني شرط** : هو أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق مختلف في حكمه المطلوب مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي ويعرف هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني ولقد عبر سافيني عن ذلك أن التمسك بالنظام العام يكون في حالة انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع ، ذلك لان فكرة الاشتراك تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية ومن أمثلة ذلك إدراج الشرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية في العقد التجاري الدولي ،فقد يقوم الأطراف باختيار قانون ليحكم عقدهم التجاري ويكون هذا الأخير يعتبر الشرط المذكور صحيحا ، بينما قانون دولة القاضي لا يأخذ بهذا الشرط سواء في العقود الدولية أو الداخلية ويعتبر ان العملة الوطنية هي التي يجب ان يتم بها الدفع الفعلي [36].

- **وثالث شرط** : أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى ولو كان عند نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام ، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي ، فالحكم يسند إلى القانون الأجنبي عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت نشوء الدعوى ، وعلى ذلك فإذا كان الحق مخالفا للنظام العام في بلد

[34] - عبد الوافي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 70، هامش 3.
[35] - علي علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ،ص 152،153.
[36] - شريف هنية ، مرجع سابق ، ص 92،93.

القاضي ثم تغير قانون القاضي بحيث أصبح هذا الحق عند رفع الدعوى عند رفع الدعوى غير مخالفا للنظام العام في قانونه ، فعليه ان يصرف النظر للنظام العام عند نشوءه وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية حين قضت في حكم لها :" ان تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر " [37].

– **ورابع شرط :** وهو الأهم ان تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي فلا يدخل في مضمون هذه الفكرة مجموعة القواعد الآمرة في النظام الداخلي والتي لا يحق للإفراد مخالفتها أو الخروج عن أحكامها ، وإنما يجب أن يخالف الأسس الاجتماعية والقانونية التي تشكل النظام القانوني في دولة القاضي [38].

وإذا ما تقرر الأخذ بفكرة النظام العام وإعمالها من طرف القاضي بعد توافر شروط ذلك فانه ينتج عما سبق آثار معينة :

– **أولها:** يوصف بأنه سلبي يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ويشار إلى انه لا يقصد بذلك لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة كلية وإنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام ، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع ، وهذا الرأي له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي [39]

– **ثانيها :** الأثر الايجابي للنظام العام ويتمثل في تطبيق القانون الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد ويعد هذا الأثر النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على انه مسألة موضوعية والأمر يختلف إذا ما اعتبر النظام العام مسألة إجرائية كما هو الحال في البلاد الانجلوسكسونية حيث تكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام [40].

---

[37] - حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 22مارس 1944 مشار إليه في علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ، ص 154 ، هامش 1.

[38] - وتفسير ذلك ، إذا كان القانون المختار يخالف إحدى القواعد الآمرة في دولة القاضي ، ولكنه لا يمس الأسس الجوهرية لهذا النظام القانوني ، فلا يمكن استبعاده ما دام انه لم يمس النظام العام بمفهومه الدولي .راجع عيد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 81، هامش 180.

[39] - حيث ورد في نص القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1964/11/17 ما يلي :" ان ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية وحسب من دون ان يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم " ، راجع أمينة رايس ، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري ، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول : تطبيق القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية ، جامعة عمار ثليجي – الاغواط ، ايام :8-9-10 افريل 2007 ، ص 8 .

[40] - عبد الوافي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 75 .

– **ثالثها** : الأثر المخفف للنظام العام إذ يميز الفقه والقضاء عادة بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في دولة القاضي ، حيث يكون للنظام العام أثرا كاملا ، وبين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية وتنتج أثارها في دولة القاضي حيث يكون للنظام العام أثرا مخففا[41] .

الفرع الثاني –الغش نحو القانون كاستثناء يرد على مبدأ القانون المختار:

إلى جانب الدفع بالنظام العام كاستثناء عن الأخذ بقانون الإرادة ، يوجد الغش نحو القانون إذ يستبعد القانون الأجنبي ليس من قبل القاضي الوطني المطروح عليه النزاع بل عمدا وتحايلا من طرف الأطراف عن طريق تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة قانونية معروضة على المحاكم لذلك نتناول فكرة الغش نحو القانون و مجال إعمالها.

أولا– المقصود بنظرية الغش نحو القانون :

لقد طرحت نظرية الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي لأول مرة أمام القضاء الفرنسي في قضية شهيرة هي قضية الأميرة دوبوفرمون التي تتلخص وقائعها في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي دوبوفرمون واستقرت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية ، وعلى اثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطيع آنذاك لكون القانون الفرنسي يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق وتمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول وتزوجت من بأمير روماني واستقرت معه بفرنسا ، ورفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا لأنه تم بعد تغيير الجنسية ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1878/1803 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم الا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها .[42]

ويعرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون على انه: " ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الامرة والناهية التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على ارادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي ، وبذلك يكون تغيير ضابط الإسناد بهدف التحايل "[43] .

- أمينة رايس ، المرجع السابق ، ص 10 .[41]
- حكم محكمة النقض الفرنسية ، مشار إليه في امينة رايس ، مرجع سابق ، ص 12 .[42]
- شريف هنية ، مرجع سابق ، ص 103 .[43]

ولقد سعى المشرع الجزائري إلى تبني هذه النظرية بموجب المادة 1/24 من القانون المدني التي جاء فيها :" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون "[44] .

ثانيا – إعمال فكرة الغش نحو القانون :

لاعمال نظرية الغش نحو القانون لاستبعاد القانون المختار الامر توافر شروط منها ماهو متفق عليه ويتمثل في تغيير ضابط الإسناد وهذا لا يمكن الا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن تدخل الافراد في تغييرها كتغيير الجنسية أو تغيير الموطن [45].

وما يلاحظ على هذا الشرط انه دفع إلى عدم الترحيب من قبل الفقهاء بهذا الدفع والسبب راجع في ذلك إلى الوسيلة المشروعة المستعملة فمن حق المتعاقدين مثلا تغيير بلد ابرام العقد الدولي ولا يعقل بعد ذلك ان ينسب إلى شخص ارتكابه للغش ما دام انه قد استعمل الوسيلة التي تمكنه ان لا يوضع محل اتهام وان كان الغالب من الفقه يركز على القصد وهو الهدف غير المشروع لاستبعاد القانون الذي من المفترض ان يكون هو واجب التطبيق [46] .

وثاني شرط : ان يكون هذا التغيير بسوء نية وهذا هو العنصر المعنوي ويقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق ، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله وتكتسي مسألة إثبات سوء النية صعوبة أدت ببعض الفقه إلى عدم التسليم بهذه النظرية ونقدها على أساس أن اشتراط وجود نية الغش يلزم القاضي بالبحث في وسائل باطنية لا سبيل إلى التحقق منها ، إذ كيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية لشخص ما بتغيير جنسيته مثلا هو التهرب من القانون الواجب التطبيق أو لا [47].

لكن الفقهاء المؤيدين لنظرية الغش نحو القانون بان إقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم سهلا ميسورا للقضاء بعد ان حنكته التجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليصية وإساءة استعمال السلطة في القانون الإداري والعمد وغير العمد في القانون الجنائي ، بل ان هناك أحوال تكون فيها نية الغش واضحة لا تحتاج إلى دليل مثل تغيير مدام دي بوفرمون لجنسيتها فقد كان سوء نيتها صارخا إلى درجة أنها عجزت عن ان تقدم للقضاء سببا غير البحث عن التطليق لتغيير جنسيتها وكل ما يطلب من القضاء هو التحرز والحنكة في البحث عن

---

[44] - امر رقم 05 /10 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ،مرجع سابق .

[45] - عبد النبي مصطفى ، شعاشعية لخضر ، مجالات تطبيق القانون الأجنبي امام الجزائرية والاستثناءات الواردة عليها ، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الأول حول : تطبيق القانون الأجنبي امام القانون الوطني ، كلية الحقوق زوالعلوم الاجتماعية ، جامعة عمار ثليجي – الاغواط ، ايام :10/9/8 افريل 2007 ،ص 8.

[46] - شريف هنية ، مرجع سابق ، ص 105،106.

[47] - عبد الوافي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 71 .

النية الحقيقية وهو يخضع في تقديره ، طبقا لراي اغلبية الفقه ، لرقابة محكمة النقض وفي ذلك ضمان كاف لعدم استبداده ويلاحظ انه إذا كان سوء النية قد وقع في اختيار المتعاقدين قانونا اجنبيا ، فيجب ان يكون سوء النية مشتركا بينهما [48].

أما بالنسبة للشروط الثلاثة غير المتفق عليها فتتمثل في ان يتم الغش نحو القانون على نصوص امرة على اعتبار ان النصوص المكملة المشرع قد خول للأفراد اصلا حرية الخروج عنها.بالإضافة إلى أن يتم الغش على قانون القاضي أما بالنسبة لنصوص القانون الأجنبي فلا مجال لإعمال فكرة الغش فيها على اعتبار ان مهمة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني وليس الأجنبي ويضاف إلى ما سبق ان يحدث الغش ضررا بمعنى ان تكون نتيجته غير مشروعة [49].

وقد راى الفقيه الفرنسي باتيفول بضرورة التمييز بالنسبة لاثار الدفع بالقانون بين فرضين اولهما ان يقع الغش نحو القانون في تصرف قانوني مثل التجنس ، وهنا تندمج الغاية في الوسيلة ويجب عدم الاعتراف باي اثر لا للغاية ولا للوسيلة إذ لايمكن فصلهما [50].

والفرض الثاني ان يقع الغش نحو القانون في عمل مادي كتغيير موقع المال المنقول من دولة إلى أخرى بقصد التهرب من أحكام قانون الموقع الأول وفي هذه الحالة ينحصر الاثر في منع النتيجة التي اراد الأطراف بلوغها ويطبق أحكام القانون المختص اصلا لحكم النزاع وما عدا ذلك فالمنقول نقل إلى مكانه الجديد و لا بد ان تبقى الوسيلة سليمة مرتبة لكافة اثارها [51].

الخاتمة

من خلال دراستنا للموضوع يمكن استخلاص النتائج الاتية:

الأصل أن المشرع ترك الحرية للأطراف الالتزام التعاقدي في اختيار القانون الواجب التطبيق، لكن في المقابل لم يترك هذه الارادة مطلقة بل قيدها بوجوب اختيار القانون الذي له صلة واكثر من ذلك حقيقية اما بالمتعاقدين انفسهم واما بالعقد المراد ابرامه

الملاحظ على المشرع الجزائري في نص المادة 18من القانون المدني الجزائري

لم يشر الى بشكل واضح الى التعبير الضمني عن الارادة ،وان كان الفقه الغالب يميل الى تطبيق احكام المادة 60 من نفس القانون ، تجنبا للتكرار الذي لا مبرر له.

---

[48] - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 162،163 .

[49] - شريف هنية ، مرجع سابق ، ص 109،110.

[50] - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 165 .

[51] - عبد الوافي عزالدين ، مرجع سابق ، ص 82 .

الملاحظ ايضا ان المشرع الجزائري لم يعرف بصفة دقيقة النظام العام،وقد احسن بذلك صنعا، وترك مهمة ذلك للفقه،الذي بدوره لم يقدم تعريفا جامعا مانعا، ولعل السبب في ذلك ان فكرة النظام العام فكرة مرنة وتطورة ومتغيرة

يلاحظ أيضا أن الغش نحو القانون، يصعب فيه الوقوف على العنصر المعني المتمثل في نية التحايل وان كان ذلك ممكنا إثباته في الغالب في الغالب الأعم من الحالات.