مجلة الدراسات القانونية المقارنة
المجلد 07/ العـــدد01 (2021)، ص.ص. 491-514 ISSN:2478-0022 EISSN:2600-6154

قاعدة الشكل في مجال الالتزامات التعاقدية والصرفية في إطار القانون الدولي الخاص

Form rule in the area of contractual obligations

قرايــع محمـــد

GRAIA Mohammed

طالب دكتوراه، جامعة إبن خلدون– تيارت–

مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

PhD Student, University of Ibn Khaldun-Tiaert - Research Informant in Legislation for the Protection of the Ecosystem

mohammed.graia@univ-tiaret.dz

مكـــي خالديــة

mekki khaldia

أستاذ، جامعة إبن خلدون– تيارت–

مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

Professor of Higher Education, University of Ibn Khaldun-Tiaret - Research Informant in Environmental Protection Legislation

mekki.khaldia@gmail.com

تاريخ إرسال المقال:2021/04/05 تاريخ القبول:2021/05/05 تاريخ النشر:2021/06/28

الملخـــص:

تعالج هذه الدراسة قاعدة إسناد نشأت عرفية وفي نطاق ضيق(الوصية)، ليمتد إعمالها إلى كل تصرفات الأفراد، سواء المتعلقة منها بالأحوال الشخصية أو تلك المتعلقة بالأحوال العينية، وسبب هذا الانتشار يرجع إلى سلامة الاعتبارات التي قامت عليها هذه القاعدة منذ نشأتها، والمتمثلة في التيسير على المتعاقدين في إجراء تصرفاتهم القانونية، وقد تلقفتها التشريعات الوطنية واعتمدتها الاتفاقيات الدولية وأخذ بها القضاء الوطني والدولي، وكرسها المشرع الجزائري في القانون المدني بموجب المادة 19 منه.

لذلك أصبحت هذه القاعدة وبحق قاعدة عالمية يعول عليها في حل مشكلة التنازع في التصرفات القانونية في جانبها الشكلي، إذا لم تعترضها العقبات القانونية التي تحول دون تطبيقها كمخالفتها للنظام العام أو اعتمادها كوسيلة

المؤلف المرسل:قرايــع محمـــد Email: mohammed.graia@univ-tiaret.dz

للتهرب من أحكام القانون الوطني أو الأجنبي، تحايلا وغشا عليهما مما يؤدي إلى استبعاد تطبيقها وإحلال القانون المختص أصلا بحكم النزاع محلها.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في تحليل إخضاع شكل التصرف القانوني للمكان الذي يراد إبرام التصرف فيه، من اجل ضبط وتيسير الإجراءات على المتعاقدين، وتتبع ترسيخ هذه القاعدة وقدرتها على تمكين المتعاقدين من تطبيق القانون الذي يسهل عليهم الوصول إلى الغاية المتوخاة من العقد، ويسهل عليهم ضمان صحة العقد من الناحية الشكلية عند احترام القواعد الإلزامية.

كما أن المشرع الجزائري في هذا المجال لم يتدخل بتنظيم شكل الالتزامات الصرفية في تنازع القوانين، لذلك يتعين عليه الانضمام والتوقيع على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا المجال.

كلمات مفتاحية:

تنازع القوانين، شكل التصرف القانوني، قانون بلد الإبرام،الالتزامات التعاقدية، السفتجة الدولية.

Abstract:

This study deals with the rule of attribution of idiomatic origin and in a narrow scope (precept), to extend its application to all the actions of individuals, whether they are related to concrete situations. The cause of this spread is due to the solidity of the considerations on which this rule has been built since its creation, which is to facilitate

The conduct of legal actions of the contracting parties, and national legislation has caught it and adopted it by international conventions, also it has been taken by the national and international justice so the Algerian legislator has enshrined it in civil law according to its article 19.

This rule has rightly become an international rule in solving the problem of conflict in legal behavior in its formal aspect, if it is not opposed by the legal obstacles that prevent its application, such as a violation of public order, Or adopt it as a means of evading the provisions of national or foreign law, contravening them and tricking them, which leads to the exclusion of its application and the substitution of the law originally concerned by the settlement of the dispute.

The importance of this issue highlights the submission of the legal form of conduct to the place where the provision is to be concluded in order to control and facilitate the procedures for contracting parties, and the application of this rule derives from its ability to allow the contracting parties to apply the law that helps them achieve the intended purpose of the contract by facilitating the assurance of the validity of the contract in terms of form when complying with the mandatory rules.

Moreover, the Algerian legislator in this field did not intervene in the regulation of the form of the morphological obligations in conflict of laws. Consequently, he must adhere and sign international agreements related to this field.

Keywords:.

Conflict of Laws, Form of Legal Conduct, Law of the Country of Conclusion, Contractual Obligations, International Recourse.

مقدمة:

بدأ نطاق قاعدة الشكل ضيقا، لكونه اقتصر في بداية الأمر على الوصية بمناسبة القضية المشهورة المتمثلة في أن شخص من بلدة مدين أجرى وصيته في مدينة فينيس Venus، وفقا لقانون هذه الأخيرة والذي كان يتطلب لصحة الوصية حضور ثلاثة شهود، وقد ثار نزاع بشأن صحة هذه الوصية، وهذا لكون القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب في فينيس كان يشترط لصحة الوصية حضور سبعة شهود، ومع ذلك حكم قضاء مدينة فينيس بصحة الوصية، وقد أقر الفقيه بارتول هذا الحل على أساس أن من حق الأجانب في مدينة فينيس إبرام وصاياهم في الشكل الذي يقرره قانونها، وقد حضي هذا الحل بتأييد ما ذهب إليه الفقيه بارتول، وامتد هذا الحل ليشمل جميع التصرفات الإرادية، لكن وعلى إثر احتكاك الشعوب فيما بينها امتد واتسع نطاق هذه القاعدة ليصبح ساريا على كل تصرفات الأشخاص، سواء المتعلقة منها بالأحوال الشخصية أو تلك المتعلقة بالأحوال العينية. ورغم ذلك ظلت مسألة الفصل بين الشكل والموضوع في التصرفات القانونية، بين الأخذ والرد إلى يومنا هذا، يضاف إلى ذلك مسألة تحديد نوع الشكل الذي يخضع لقاعدة لوكيس locus. وقد أثارت هذه الخلافات الفقهية والقضائية جدلا لم ينته إلى يومنا هذا.

وأهمية الموضوع تبرز في تبيان أهمية قاعدة لوكيس المتمثلة في إخضاع شكل التصرفات القانونية إلى قانون بلد الإبرام، وانعكاساتها الإيجابية على التيسير على المتعاقدين في معرفة مدى صحة التصرفات القانونية التي يبرمونها في مجال الالتزامات العقدية والطمأنينة على صحتها من الناحية الشكلية، كما يهدف الموضوع كذلك إلى تحديد مدى إلزامية الأخذ بقاعدة لوكيس بالصفة الآمرة أو الاختيارية.

وتهدف هذه الدراسة كذلك إلى بيان دور هذه القاعدة في مجال الالتزامات الصرفية بصفة عامة والسفتجة بصفة خاصة التي تتميز أصلا بالشكلية.

– **المنهج المستخدم**: تقتضي أهمية وطبيعة هذا الموضوع اعتماد المنهج الوصفي التحليلي من خلال التطرق إلى القواعد الاتفاقية التي تتناول قاعدة الشكل وكذا تحليل بعض النصوص القانونية على رأسها نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري وتحليلها وتفسيرها وإسقاطها على الالتزامات التجارية لعدم وجود نص خاص بها.

– **الإشكالية**: ما هو دور إعمال قاعدة الشكل (ACTUM REGIT LOCUS)في الالتزامات التعاقدية والصرفية ذات الطابع الدولي ؟

وبالنظر للأهمية القصوى التي تكتسيها قاعدة الشكل في تنازع القوانين، يقتضي معالجة هذه الإشكالية في هذه الورقة البحثية بالخوض في معالجة التطور التاريخي لقاعدة الشكل، والطبيعة القانونية لها، ومجال تطبيقها في الالتزامات التعاقدية المدنية منها والتجارية، وذلك من خلال الخطة التالية: والمتكونة من مبحثين حيث عالجت في المبحث الأول: مفهوم قاعد شكل التصرفات القانونية، وفي المبحث الثاني إعمال قاعدة الشكل في مجال الالتزامات.

المبحث الأول:مفهوم قاعد شكل التصرفات القانونية.

حتى يتسنى لنا تحديد مفهوم قاعدة الشكل، يتعين علينا التصدي أولا لنشأة هذه القاعدة وتطورها التاريخي والاعتبارات التي تقوم عليها، ثم تحديد طبيعتها القانونية، ثم التطرق إلى تحديد المقصود بفكرة الشكل في التصرفات القانونية ونطاق تطبيقها.

المطلب الأول: التطور التاريخي لقاعدة الشكل (ACTUM REGIT LOCUS) **و طبيعتها القانونية.**

لعل ثبات قاعدة الشكل والاعتبارات التي تقوم عليها منذ ظهورها في نهاية القرن الثاني عشر ميلادي يؤكد أهميتها، لذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: تناولت في الفرع الأول التأصيل التاريخي لفكرة قاعدة الشكل، والفرع الثاني خصصته للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الشكل.

الفرع الأول: التأصيل التاريخي لقاعدة الشكل.

من المتفق عليه تاريخيا أن الفقهاء الغربيين متفقون على أن مشكلة تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، كان ظهورها الأول في أواخر القرن الثاني عشر في إيطاليا بسبب ازدهار التجارة بين مدنها خاصة الشمالية منها[1]، وأن مبدأ خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه ظهر لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، الذين كانوا لا يفرقون بين الشكل والموضوع على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك[2]، فاخضعوا كلاهما لقانون واحد هو قانون بلد الإبرام، وقد تفطن الفقيه بارتولBartol إلى الفصل بين شكل التصرف وموضوعه، وكان ذلك بمناسبة تعليقه على قضية تتلخص في أن شخص من بلدة مدين أجرى وصيته في مدينة فينيس Venus وفقا لقانون هذه الأخيرة والذي كان يتطلب لصحة الوصية حضور ثلاثة شهود، وقد ثار نزاع بشأن صحة هذه الوصية، وهذا لكون القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب في فينيس كان يشترط لصحة الوصية حضور سبعة شهود، ومع ذلك حكم قضاء مدينة فينيس بصحة الوصية، وقد أقر الفقيه بارتول هذا الحل على أساس أن من حق الأجانب في مدينة فينيس إبرام وصاياهم في الشكل الذي يقرره قانونها، وقد حضي هذا الحل بتأييد ما ذهب إليه الفقيه بارتول، وامتد هذا الحل ليشمل جميع التصرفات الإرادية[43].

وبقي هذا الغموض سائدا –خضوع كل من شكل التصرف وموضوعه لقانون محل الإبرام– حتى نهاية القرن الخامس عشر، الذي عرف ظهور الفقيه الإيطالي كورتيس Curtius، والذي يرجع إليه الفضل في تفسير خضوع العقد لقانون بلد الإبرام، والذي على أساسه أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون[5]. لأن ضابط الإرادة هو أهم ضابط إسناد يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في القانون الدولي الخاص[6].

وبقي الوضع على ما هو عليه حتى مجيء الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin في القرن السادس عشر، والذي فصل بين الشكل والموضوع، وقصر تطبيق القاعدة على الشكل الخارجي للتصرف وأخضع موضوع التصرف إلى قانون الإرادة[7]. وهو ما جرى به العمل لدى الغالبية العظمى من الفقهاء واستقرت عليه معظم التشريعات القانونية، وبقي نجم قاعدة الشكل ساطعا حتى ظهور الفقيه دارجنتريه D'argentré في القرن السادس عشر، والذي تهجم على الفقه التحليلي الذي قامت عليه المدرسة الإيطالية القديمة في حل مشكلة التنازع، ونادى بوضع نظرية عامة للتنازع حيث قام

بتقسيم القوانين إلى قوانين عينية أي تطبق على كل من يقيم على الإقليم وقوانين شخصية أي تلحق الشخص أينما ذهب، اختفت قاعدة الشكل في ضوء هذا التقسيم الذي قام به دارجنتريه، اختلف الفقه بشأنها. وعلى إثر ذلك اختلف الفقه بشأن قاعدة الشكل، فمنهم من أعتبرها من الأحوال العينية باعتبار أنها تطبق في دائرة إقليمية معينة وبالنسبة لكل الأشخاص أي كان موطنهم، بينما أتجه جانب آخر من الفقه، إلى اعتبارها من الأحوال الشخصية، لكونهم رؤوا فيها عدم اقتصار سلطانها على مجال إقليمي معين، ولما انتقل فقه أرجنتريه إلى الأراضي المنخفضة وتبين فقهاء المدرسة الهولندية صعوبة إدراج قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام في أي من التقسيمات التقليدية للأحوال الإقليمية والشخصية، أفردوا لهذه القاعدة ولغيرها من القواعد التي لا يسهل إدراجها ضمن هذين القسمين، قسما ثالثا أسموه بالأحوال المختلطة، وألحق فقهاء هذه المدرسة، الأحوال المختلطة بالأحوال العينية، وبالتالي انتهوا إلى وجوب تطبيقها تطبيقا إقليميا[8].

وبعد هذا الاختفاء المؤقت لقاعدة الشكل، عادت هذه القاعدة إلى الظهور ثانية وبشكل أقوى وأخذ بها الفقه الحديث[9] وجرى بها العمل داخل أروقة المحاكم في معظم الدول، وأخذت بها التشريعات الوطنية والدولية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقاعدة الشكل.

كما رأينا سابقا أثناء تأصيلنا التاريخي لقاعدة الشكل، أن الاعتبارات العملية هي التي أملت الأخذ بهذه القاعدة وتعميمها على كل التصرفات القانونية، سواء الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، وهذا لكون هذه الاعتبارات تتضمن التيسير على المتعاقدين في إبرام تصرفاتهم وفقا للقانون المحلي، الذي يسهل عليهم معرفة أحكامه عكس قانونهم الشخصي، ضف على هذه الاعتبارات العملية، الطابع العيني الذي مازالت هذه القاعدة تتمتع به.

وبالرغم من استمرار وثبات الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الشكل، أثير بشأن طبيعتها القانونية جدلا فقهيا وقضائيا وتشريعيا، ويرجع السبب في هذا الاختلاف إلى تباين نظرتهم حول هذه القاعدة، فالفقه التقليدي مثلا لما قرر الطابع الآمر لهذه القاعدة، أسس ذلك على أن الأجنبي ليس له حق الاختيار بين الأشكال المقررة في قانونه الوطني وتلك التي يتطلبها قانون المحل الذي يقيم فيه، لأن الأشكال حسبهم لا تتعلق بالشخص ولا بالأموال، وذلك لأن الشكل هو الـــــذي

يعطي الوجود والطبيعة للتصرف[10]، بينما أسس الفقه الحديث الطابع الآمر لقاعدة الشكل على أساس أن الشكل يتعلـــــق بالنظام العام، لأنه يتصل بالاعتبارات الدينية والمعنوية والمصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية لبلد الإبرام[11].

في حين نادى نفر من الفقهاء بالطابع الاختياري لقاعدة الشكل، لكونهم يرون أن هذه القاعدة هي مجرد استثناء يرد على مبدأ إقليمية القوانين وبالتالي فهي ذات طابع اختياري، يجوز للأفراد احترامها أو الخروج عنها، ومن بين الفقهاء اللذين أيدوا هذا الاتجاه نجد الفقيه فاليري Valery، الذي انطلق من المبدأ التالي المتمثل في أن كل علاقة قانونية تابعة للقانون الدولي الخاص يجب أن تخضع للقانون الذي يتناسب وطبيعتها، وهذا المبدأ حسبه يؤدي إلى نتائج أو إلى جملة

من النتائج، من بينها أن شكل التصرفات يجب أن يخضع للقانون الذي يجعله أنجع وأنفع، ولاحظ فاليري أن هذا المبدأ الذي أنطلق منه قابل للتغيير والاستبعاد كلما كانت القوانين المحلية تهدف إلى حماية المصلحة العامة[12].

وانقسم القضاء بدوره بشأن الطبيعة القانونية لقاعدة الشكل إلى قضاء آمر، أكدت الأحكام التي صدرت عنه كلها أنه كان يتمسك بالطابع الآمر لقاعدة الشكل وذلك من خلال عدة قضايا فصل فيها القضاء الفرنسي، كالحكم الذي صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 24-08-1880 في قضية مقايضة بين السيد بنتونBenton تاجر من جنسية انجليزية والسيد هورو Horeau مالك فرنسي الجنسية، تمسك فيها القضاء الفرنسي بالطابع الآمر لقاعدة الشكل، لكونها حسبه تتعلق بالنظام العام[13]. لكن سرعان ما عدل القضاء الفرنسي عن هذا الموقف وأصبح يعتبر قاعدة الشكل اختيارية خاصة في التصرفات العرفية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

أما في ميدان التشريع فقد قننت قاعدة الشكل في كل التشريعات الوطنية والدولية، وجردت بذلك هذه القاعدة من طابعها العرفي، وأخذت معظم التشريعات بالطابع الاختياري لهذه القاعدة. حيث صدر في ألمانيا قانون 25 جويلية 1986 ونص في المادة 11 منه: " أن شكل التصرف القانوني يعد صحيحا متى خضع للقانون الذي يحكم العلاقة القانونية موضوع التصرف أو لقانون محل إبرام التصرف". كما نص التقنين المدني الإيطالي في مادته التاسعة على: "أن الأشكال الخارجية للتصرفات الخارجية مابين الأحياء والتصرفات المتعلقة بالوصايا، تحدد بواسطة قانون المحل الذي تمت فيه، ويعد الأمر اختياريا بالنسبة للأطراف في إتباع الأشكال التي تتطلبها قوانينهم الوطنية، بشرط أن تكون هذه القوانين مشتركة بينهم ". كما نص القانون المدني السويسري في مادته 59 فقرة 01 على:"وجوب احترام الأشكال التي يتطلبها القانون السويسري ". أما الفقرة الثانية من نفس المادة نصت على أنه: "يعترف بصحة الزواج المبرم في الخارج طبقا للقوانين السارية إلا إذا كان الأطراف قد قاموا بذلك بقصد الهروب والتحايل على أحكام القانون السويسري". كما أخذت معظم التشريعات العربية بالطابع الاختياري لقاعدة الشكل على غرار المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني الجزائري[14]، التي أجازت إخضاع شكل التصرف القانوني لقانون محل الإبرام أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشترك أو للقانون الذي يحكم الموضوع.

المطلب الثاني: مضمون قاعد الشكل، ومجال تطبيقها.

بعد أن توصلنا من خلال دراستنا لطبيعة قاعدة الشكل بأنها ذات طبيعة مزدوجة، فهي تتصف بالإلزام عندما يكون التصرف رسميا، وتتصف بالطابع المفسر عندما يكون التصرف عرفيا، ونتعرض في هذا الطلب إلى مضمون هذه القاعدة في الفرع الأول ومجال تطبيقها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون قاعدة الشكل.

بعد أن بات الفصل بين شكل التصرف القانوني وموضوعه مبدءا ثابتا في التشريعات المقارنة[15]، وجب علينا لتحديد مضمون قاعدة الشكل الإشارة بداية أنه ليس كل أشكال التصرف القانوني تخضع لقاعدة محل إبرام التصرف، ذلك لأن هناك أشكال مطلوبة لانعقاد التصرف القانوني، وأخرى مقررة لإثباته وأخرى خاصة بالشهر والعلنية وهناك

أشكال مكملة للأهلية، وأشكال أخرى تتعلق بالمرافعات، والتنفيذ، والتمييز بين هذه الأشكال، يدخل ضمن عملية التكييف والتي تخضع لقانون القاضي[16].

فبالنسبة للأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف القانوني والمعبر عنها بالأشكال الداخلية أو العناصر الجوهرية اللازمة لتكوين التصرف، أي أركانه المتمثلة في الرضاء والمحل والسبب، فإن كان الأصل في التصرفات الإرادية هو الرضائية لكن المشرع قد يتطلب في بعض الأحيان إفراغ الإرادة في شكل معين كوسيلة لإثبات التصرف أو كركن موضوعي فيه، ففي الحالة الثانية ينقلب التصرف من تصرف رضائي[17] إلى تصرف شكلي، وهنا يطبق على هذه الأشكال، القانون المحلي أو القانون الذي يحكم الموضوع، سواء كان القانون المختار من المتعاقدين أو القانون الشخصي، إذا كان الغرض من الإجراء الشكلي حماية رضا المتعاقدين فهو بذلك يتعلق بجوهر التصرف أو موضوعه، مما يتعين تبعا لذلك استبعاد إدخاله في مضمون الشكل الذي يخضع لقاعدة لوكيس[18]، وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا الرأي عندما نصت في مضمونها أن القانون الذي يسري على شكل التصرف لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية للتصرف، أما العناصر الجوهرية في الشكل كالرسمية في الرهن التأميني فلا يسري عليها إلا القانون الذي يحكم موضوع التصرف[19].

لكن القضاء والفقه المعاصرين اتفقا على أن الأشكال الرسمية المطلوبة للانعقاد، هي الأخرى تدخل في مضمون قاعدة الشكل وتسري عليها قاعد لوكيس، وبالتالي فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل من عدمه، والقول بغير ذلك يصطدم بالاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الشكل، والمتمثلة كما اشرنا أعلاه في التيسير على المتعاقدين والطابع العملي الذي تقوم عليه هذه القاعدة، وهو المعمول به في التشريعات التي تبنت هذه القاعدة بموجب نص تشريعي، بحيث أجازت للمتعاقدين أو للأفراد الاختيار بين أكثر من قانون، وهو الرأي الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بصحة هبة عقارية تمت في الشكل العرفي بين الفرنسيين في كندا على أساس أن القانون الكندي يعترف بالهبة العرفية، بالرغم من أن المادة 931 من القانون المدني الفرنسي تستلزم فيها الرسمية[20].

أما بالنسبة للأشكال المطلوبة لإثبات التصرف، فيميز فيها بين وسائل الإثبات كلزوم الإثبات بالكتابة أو بشهادة الشهود أو ثبوت التاريخ أو التوقيع أو التصديق عليه، وبين قبول الدليل كالقرائن والإقرار واليمين الحاسمة، حيث تخضع وسائل الإثبات لقانون المحل حسب قاعدة لوكيس، وهو الرأي الذي أخذ به الفقه الراجح في فرنسا ومعظم التشريعات اللاتينية، خلافا لما هو متبع في التشريعات الأنجلوسكسونية والتي تخضع كل ما يتعلق بالإثبات لقانون القاضي[21].

أما فيما يتعلق بالأشكال المكملة للأهلية، والتي هي عبارة عما يلزم اتخاذه من الإجراءات حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف القانوني، مثل ترشيد ناقص الأهلية والإذن له بمباشرة التجارة، أو الترخيص للوصي، بالتصرف في أموال القاصر، ووجوب حصول الزوجة على إذن زوجها لمباشرة التجارة في بعض التشريعات، فهذه الإجراءات يتصل بعضها بحماية ناقص الأهلية، ويسري عليها من حيث الموضوع قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، كما تقضي بذلك المادة 15 من القانون المدني الجزائري، لكن طرق بيع أموال القاصر يحددها قانون موقع وجود المال، ويسري قانون

القاضي على الإجراءات المتبعة في الحصول على الإذن ورقابة المحكمة لإجراءات البيع، ويتفق الفقه على إخراج هذه الأشكال من مضمون قاعدة الشكل[22].

أما بالنسبة للأشكال المطلوبة لشهر التصرفات، المتعلق بالأموال العقارية بطريق التسجيل أو القيد، فتخضع لقانون موقع العقار، وهذا لكون الحكمة منها تتمثل في إعلام من يهمهم أمر التصرف وضمان سلامة واستقرار المعاملات، لذلك اعتبرت متعلقة بقواعد الأمن المدني، أخضعت بالتالي لقانون موقع العقار وليس لقانون مكان إجراء التصرف، وهكذا أخرجت من نطاق قاعدة الشكل. أما بالنسبة لشهر التصرفات الواقعة على منقول، فيرى القضاء الفرنسي إخضاعها لقانون الموقع الفعلي للمنقول، ويلحقها لوسائل كسب الحق على هذا المنقول[23].

وأخيرا بالنسبة لأشكال المرافعات، وإجراءات التقاضي، فقد نظمها المشرع الجزائري بموجب المادة 21 مكرر من القانون المدني وأخضعها لقانون القاضي، وهي باتفاق الفقه تخرج من نطاق قاعدة الشكل وهذا لتعلقها بتحقيق العدالة[24].

الفرع الثاني: مجال تطبيق قاعدة الشكل.

بعد أن تعرضنا إلى تحديد مضمون قاعدة الشكل ونطاقها وحددنا طبيعتها القانونية، نتولى في هذا الفرع تحديد مجال إعمالها.

معلوم أن مجال إعمال القاعدة بدا ضيقا لكونه كان يقتصر على الوصية، لكنه وبعد أن ثبت صحة وسلامة الاعتبارات التي تقوم عليها هذه القاعدة، أمتد مجالها كما رأينا إلى كل التصرفات التي يقوم بها الفرد سواء تلك المتعلقة بأحواله الشخصية أو تلك المتعلقة بالأموال. وسنقتصر في دراستنا على المجال الثاني، ونتناول من خلاله مجال تطبيق قاعدة الشكل في مجال الالتزامات المدنية والتجارية.

المبحث الثاني: إعمال قاعدة الشكل في مجال الالتزامات التعاقدية.

قبل الخوض في موضوع مدى تطبيق قاعدة لوكيس على الالتزامات التعاقدية، يتعين علينا قبل ذلك تعريف الالتزام التعاقدي، والذي يتنازع حول تعريفه مذهبان: أحدهما شخصي وينظر بالتالي إلى الالتزام على أنه رابطة بين شخصين أو أكثر، ومذهب مادي وينظر للالتزام على أنه رابطة بين ذمتين ماليتين، وقد عرفه الفقيه بلانيولBlanyol على أنه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن تقاضي شيء من الآخر وهو المدين.

أما الفقهاء المعاصرون فقد شد انتباههم أن الالتزام يتناول عددا من الروابط تختلف موضوعاتها، فيقال الالتزام بالدين عندما يكون محله شيء يقوم بالمال، يقال الالتزام بأداء عمل ما عندما يكون محله صنع شيء،و يقال التزام بعدم فعل شيء يكون محله التوقف عن فعل شيء أو الإبراء[25].

و مهما اختلفت نظرة الفقهاء للالتزام، فإن كلهم يتفق على أن الالتزام هو رابطة قانونية، وتتعدد مصادر الالتزام كما هو معلوم إلى العقد والإرادة المنفردة، والعمل المستحق للتعويض وشبه العقود والقانون، وترى الدكتورة نادية فضيل بأن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون، لا تدخل في مجال قاعدة الشكل، لكونها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وهذا لاعتبارها قواعد متعلقة بالنظام العام، ومن ثم فهي تخضع

للقانون الإقليمي الذي يحدد أثارها ووسائل إثباتها. بينما الالتزام الناشئ عن العقد، هو وحده الذي يخضع لقاعدة الشكل، لهذا يتعين علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نخصص المطلب الأول منهما لتحديد مجال تطبيق قاعدة الشكل في الالتزامات المدنية، أما المطلب الثاني سنخصصه لمجال تطبيق قاعدة الشكل في الالتزامات التجارية.

المطلب الأول: مجال تطبيق قاعد الشكل في العقد المدني الدولي وموقف المشرع الجزائري.

نتناول في هذا المطلب والذي سنقسمه إلى فرعين: مجال تطبيق قاعدة الشكل في العقود المدنية، أما الفرع الثاني سنخصصه لبيان موقف المشرع الجزائري من قاعدة الشكل في العقود.

الفرع الأول: مجال تطبيق قاعدة الشكل في العقود المدنية الدولية.

يعتبر العقد من إنتاج الفكر القانوني وأهم مصدر من مصادر الالتزام، والعقد كما عرفه فقهاء القانون المدني وأبرزهم فقيه القانون المدني الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري هو:" توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، أو إنهائه"[26]، وعرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني الجزائري بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

إذا جوهر العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، أي بمجرد تمام إبرامه صحيحا، يصبح العقد قانون المتعاقدين إذ ارتضى كل منهما بما تم الإتفاق عليه[27].

ومعلوم أن العقود تنقسم إلى تقسيمات عديدة، ومايهمنا من هذه التقسيمات في مجال بحثنا، هو تقسيمها من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعينية، فالعقود الرضائية أو عقود التراضي (contrats consensuels)، هي التي تتم بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول ولا تتوقف صحتها على وجوب تسليم العين محل العقد، ولا على استفاء أوضاع شكلية خاصة، أما العقود الشكلية أو الرسمية (contrats formels ou solennel)، هي التي لا يكفي لتكوينها الإيجاب والقبول، بل يشترط القانون لانعقادها شكل خاص، كتحرير ورقة رسمية، فلا يكفي فيها إرادة المتعاقدين[28] ومثالها في القانون المدني الجزائري، عقد الرهن الرسمي الذي لا ينعقد إلا بموجب عقد رسمي أو حكم، أو بمقتضى القانون وهو ما نصت عليه المادة 883 من القانون المدني.

والمتعارف عليه أن اغلب العقود في القانون المدني، هي عقود رضائية، لكن ذلك لا يحول أن يكون إثباتها في شكل خارجي، وهذا لأنه يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فالعقد الرضائي يعتبر موجودا بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، حتى ولو اشترط القانون الكتابة لإثباته، أما العقد الشكلي فلا يمكن تصور وجوده دون استيفائه للرسمية المطلوبة قانونا فإذا تم العقد الرسمي بدون كتابة فإنه يعتبر غير موجود لأن الكتابة ركن فيه، ومادامت الكتابة لم توجد فلا وجود للعقد.

أما العقد العيني (contrat réeal)،فهو عقد لا يكفي لوجوده التراضي بل يجب لإتمامه تسليم العين محل التعاقد. وبناءا على ماسبق، نلاحظ أن الشكلية ضرورية سواء كان العقد رضائيا أم شكليا وهذا استنادا إلى نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري التي تنص:"في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن

100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

وعليه فإذا كانت الشكلية ضرورية، سواء في العقود الرضائية أو في العقود الرسمية، نتساءل هل يجوز في مجال العلاقات الخاصة الدولية إبرام عقد بطريقة عرفية وفقا للقانون المحلي والاحتجاج به في مواجهة القانون الوطني؟ أو بعبارة أخرى، هل يعتبر العقد العرفي المبرم وفقا للقانون المحلي صحيحا حتى لو كان القانون الوطني للمتعاقد يتطلب إبرام هذا العقد في شكل رسمي؟. إن الإجابة على هذا الإشكال تتوقف على الموقف المتخذ من الطبيعة القانونية لقاعدة الشكل، فقديما كان لا يجوز تحرير العقد الرسمي إلا وفقا للشكل الذي يتطلبه القانون الوطني، وذلك لأن الشكل الرسمي كان ينظر إليه على أنه يهدف إلى حماية الرضا، ولهذا اعتبرت قاعدة الشكل قاعدة موضوع وليست قاعدة شكل، ولكون قواعد الشكل تقتصر فقط على إبرام العقد، كان في هذه الفترة لا يمكن إبرام عقد رسمي في شكل عرفي، لكنه وفي الوقت المعاصر اعتبر كل من الفقه والقضاء العقود الرسمية تدخل في مجال قاعدة الشكل، لذلك ففي ظل التشريعات التي أخذت بقاعدة الشكل استنادا إلى نص قانوني نجد أن هذه التشريعات اعتبرت قاعدة الشكل في مجال العقود قاعدة مفسرة ومن ثم أجازت للمتعاقدين الاختيار بين أكثر من قانون، أما التشريعات التي تعتبر قاعدة الشكل قاعدة عرفية كفرنسا، فتعتبر هذه القاعدة قاعدة آمرة ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين الاختيار بين أكثر من قانون، بل يجب عليهما الرجوع إلى قانونهما الوطني فقط، لذلك كان لا يسمح للفرنسي الموجود في الخارج أن يحرر هبة عرفية طبقا لقانون المحل، بل كان عليه الالتزام بالشكل الرسمي المقرر في قانونه الوطني[29].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من قاعدة الشكل في العقود.

أخضع المشرع الجزائري شكل العقد الدولي في مظهره الخارجي لقانون المكان الذي تم فيه، وأجاز إخضاعه لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني المعدلة عام 2005، ويفهم من نص هذه المادة أن الشكل الذي يخضع لقاعدة الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة[30]، أما الشكل المطلوب لانعقاد العقد فلا يدخل في مجال قاعدة الشكل في القانون الجزائري، لأنه مقرر لحماية رضا العاقد لذلك يجب أن يلتزم الجزائريين بالشكل الرسمي المطلوب في قانونهم الوطني حتى

ولوكان القانون المحلي يجيز لهم إجراء العقد في الشكل العرفي[31]، وشكل العقد الذي يخضع لأحكام المادة 19 هو العقد الذي يتم في مجلس واحد.

أما بالنسبة للعقد الذي يتم عن طريق المراسلة، فقد أخضعه المشرع الجزائري إلى قانون محل العلم بالقبول مع اعتبار وصوله علما به، إلا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك، وما يفهم منه أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم شكل العقد، وهذا ما يفهم من نص المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه:" يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[32].

المطلب الثاني: تطبيق قاعد الشكل في الالتزامات التجارية الصرفية.

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول قاعدة الشكل في الالتزامات التجارية ونتناول في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي في السفتجة.

الفرع الأول:قاعدة الشكل في الالتزامات التجارية.

سبق القول أن من شروط تطبيق قاعدة الشكل أو حصول العمل بها، هو أن يكون الشخص أمام تصرف قانوني، كما أنه يجب أن يكون التصرف القانوني داخلا في نطاق القانون الخاص، وأخيرا من شروط تطبيق قاعدة الشكل يجب أن تكون النتائج التي يحدثها التصرف القانوني متعلقة بالنشاط الخاص بالأفراد، ومن بين أهم أنشطة الأفراد هو المجال التجاري الذي يحتوي على أغلب التصرفات القانونية التي يبرمونها، من بيع وإيجار و تأسيس شركات تجارية، فعندما يدخل على هذه التصرفات عنصر أجنبي يسري على شكل هذه التصرفات التجارية ما يسري على شكل التصرفات المدنية، ولكون مصادر الالتزام متعددة كما رأينا نتولى بيان مدى تطبيق قاعد الشكل على الجانب الشكلي للالتزام الصرفي باعتباره الأكثر تداول في الحياة التجارية الدولية.

لذلك أصبح من الضروري تكريس فكرة التعامل بالأوراق التجارية وذلك لتسهيل المعاملات وتوطيد الثقة بين التجار، بحيث أصبحت فكرة التعامل بالأوراق التجارية تفرض نفسها وبقوة لأنها تحل محل النقود في الوفاء بالديون مما يسمح لحركة تداول سريع ويحقق مبدأ السرعة والائتمان في المجال التجاري، وتتضمن الأوراق التجارية كل من السفتجة والشيك والسند لأمر والراجح فقها هو أن تعداد هذه الأوراق إنما على سبيل المثال لا الحصر، على اعتبار أن صك الرهن ورقة تجارية، كما جرى عليه العرف في لبنان وفرنسا.

والجدير بالذكر أن التشريعات تركت تعريف السندات التجارية للفقه، الذي بدوره أخذ هذه المهمة على عاتقه وعرف السندات التجارية على أنها: محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون، قابل للتداول بالطرق التجارية، ويمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على قبوله كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود[33]، كما أن هناك من أطلق عليها تسمية الأوراق التجارية[34] وأحيانا السندات التجارية لأن كلمة سندات باتفاق الفقه هي أخص من كلمة أوراق، نظرا للوظيفة النقدية التي تقوم بها هذه السندات، زيادة على وظائفها الأخرى المتمثلة في أنها أداة وفاء وائتمان[35].

الملاحظ أنه هناك إجماع في تعريف السندات التجارية على اعتبارها محررات مكتوبة وفقا لأشكال معينة، أي أن القانون ألزم المتعاملين بالسندات التجارية أن يتم وضعها في أشكال معينة حتى تكتسب صفتها الذاتية وتصبح خاضعة لأحكام الصرف[36]، حيث يجب أن تتوفر الأوراق التجارية كالسفتجة[37] والشيك والسند لأمر على مجموعة من البيانات بعضها إلزامي مثلا اسم السند، تاريخ الاستحقاق، اسم المسحوب عليه واسم الساحب.

هذه البيانات تعبر عن فكرة جوهرية في قواعد الصرف[38]، التي تخضع لها الأوراق التجارية هي مبدأ الشكلية، حيث تقوم على شكلية وضعها القانون لها، لا تتحقق لها ذاتيتها إلا بها، ولا تنطبق عليها القواعد الصرفية إلا بتمامها[39]، لأن الشكل يلعب دورا أساسيا ويرتب الالتزام الصرفي ويجعل من السندات التجارية تصرفا قائما بذاته، ومن

هنا نستنتج أن الأمر يدق في النزاعات القائمة حول هذه السندات، خاصة في المعاملات التجارية الدولية حولها، حيث يثار التساؤل حول أي نظام قانوني تخضع التصرفات القانونية الواردة على هذه السندات في جانبها الشكلي؟، للإجابة على هذا التساؤل، سنتناول في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإحدى هذه السندات التجارية ولتكن السفتجة باعتبارها من الأوراق التجارية البالغة الأهمية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي في السفتجة.

قبل التطرق للقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي في السفتجة يتعين علينا بداية تعريف السفتجة الدولية، حيث تعود تسمية السفتجة إلى أصل فارسي و كان يطلق عليها كلمة سفته أي الشيء المحكم وقد نقلها العرب والمسلمون عن الفرس وأعطوها تسمية سفتجة، فكانوا يصفون الكتب بأنها سفاتج إذا كانت رائجة رواج السفتجة[40]

وتعرف السفتجة الدولية في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج "الكمبيالات" الدولية في الفقرة 1" من المادة 2 والتي نصت : "السفتجة الدولية هي السفتجة التي يعين فيها مكانان على الأقل من الأماكن التالية، مع بيان أن مكانين ومن الأماكن المعينة على هذا النحو يقعان في دولتين مختلفتين [41]" :

– مكان سحب السفتجة، المكان المبين بجانب توقيع الساحب، المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه، المكان المبين بجانب اسم المستفيد

– مكان الدفع" شريطة أن يعين مكان سحب السفتجة أو مكان الدفع في السفتجة، وأن يقع هذا المكان في دولة متعاقدة.

ويتبين من هذا التعريف أنه وحتى تكون السفتجة دولية يتعين أن يدخل عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بالأطراف أو بالموضوع أو بالسبب كأن يكون الساحب من الجزائر والمسحوب عليه من تونس ومكان الدفع إنجلترا، أي تكون أحكامها خاضعة لأكثر من قانون.

والسفتجة كمحرر مكتوب يجب أن تتوفر على شروط موضوعية[42] إلى جانب البيانات الشكلية[43] التي نصت عليها مختلف التشريعات الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص عليها في المادة 390 من القانون التجاري الجزائري[44]

هذا بالنسبة لبيانات السفتجة أما بالنسبة لخصائصها ووظائفها فاتفق الفقه و التشريع على أنها تتميز بعدة خصائص أهمها الذاتية والحرفية والشكلية ويكون موضوعها مبلغ من النقود وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية، ومن أبرز وظائفها أنها أداة ائتمان ووفاء بالديون الخارجية، إذ تعد هذه الوظيفة من الوظائف الرئيسية لورقة السفتجة لخلق علاقة آمنة بين الساحب والمسحوب عليه لصالح المستفيد حيث يمكن أداؤها من قبل المدين للدائن كأنها نقود.

وبالنظر لما سبق تعتبر السفتجة هي محور كافة أحكام قانون الصرف المنظم للالتزامات الصرفية المترتبة عنها وكذا السندات التجارية الأخرى.

وباعتبار السفتجة تصرف قانوني يرتب التزامات صرفي، الذي يتميز بكونه التزام حرفي أو شكلي، لهذا فإن مفهوم الشكلية في هذا المجال يختلف عن مفهوم الشكلية في التصرفات العادية، وذلك لأن الشكلية التي تتميز بها الأوراق

التجارية ليست لمجرد الإثبات، بل أن الورقة التجارية لا تنهض صحيحة بدون استيفائها، فالشكلية المتطلبة في الأوراق التجارية بصفة عامة، تشكل خروجا عن القواعد العامة، ذلك أن إنشاء الأوراق التجارية وتظهيرها، تصرفات إرادية تصدر بمناسبة علاقات تعاقدية متتالية بين محرر الورقة والمستفيد والمظهرين والمظهر إليهم وغيرهم، ورغم ذلك فإن إرادة الأطراف في الالتزام الصرفي تكاد تختفي ولا تلعب نفس الدور الذي تلعبه في التصرفات العادية، وذلك لأن المشرع اهتم بتوفير الثقة في هذه الأوراق أكثر من اهتمامه بإرادة أطرافها، وهذا ما جعل الجانب الشكلي في هذه السندات التجارية يطغى على الجانب الموضوعي، لذلك ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي في الأوراق التجارية عموما والسفتجة على وجه الخصوص[45]، ارتأيت بحث المسألة في القانون الجزائري وفي الاتفاقيات الدولية من خلال الفرعين التاليين:

أولا: القانون الذي يحكم شكل السفتجة في القانون الجزائري.

تخضع السفتجة في جانبها الشكلي للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، أي لقاعدة قانون **محل الإبرام**، حيث ظلت قاعدة التنازع التي تحكم شكل العقد الدولي هي قاعدة قانون محل الإبرام [46]، وتستجيب هذه القاعدة لحاجات المعاملات الدولية على أساس أن إخضاع شكل السفتجة لهذا القانون، من شأنه التيسير على المتعاملين اللذين قد يصعب عليهم إجراء تصرفهم في شكل مخالف لقانون محل تعاملهم، وبالنظر لهذا الاعتبار العملي الذي تقوم عليه هذه القاعدة، سمح المشرع الجزائري للمتعاقدين إخضاع تصرفهم في جانبه الشكلي إلى قانون وطنهما المشترك أو إلى قانون جنسيتهما المشترك أو إلى القانون الذي يحكم التصرف من حيث الموضوع.

وإذا أردنا تقييم ضوابط الإسناد الواردة في المادة 19 بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل السفتجة، نقول أن قانون محل الإبرام يسهل على الملتزمين في الورقة التجارية، الإطلاع على هذا القانون بيسر، كما أن حامل السفتجة يمكنه وبسهولة الوقوف على مكان نشوء الالتزام، ليتمكن وبسهولة من الوقوف على صحة التصرفات الواردة على السفتجة من الناحية الشكلية، لكن ومع ذلك فإن الصعوبة التي تواجه هذا الحل تكمن في تعدد العمليات التي تقع على السفتجة، ومن ثم تصبح السفتجة الواحدة في جانبها الشكلي تخضع لأكثر من قانون[47].

أما بالنسبة لقانون **الجنسية المشترك** فيعتبر تطبيقه أسهل، لأن الأطراف على دراية كافية بقانونهما الوطني[48]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزام الساحب في مواجهة شخص يحمل نفس الجنسية يؤدي إلى إبعاد البطلان عن السفتجة ويزيد في ضمان تداوله، ورغم ما يوفره هذا الضابط من تيسير بالنسبة للوطنين الموجودين في الخارج، فإنه وبالرغم من ذلك أنتقد، لأن تطبيق القانون الوطني للأطراف يتضمن غموض في تحديد الأطراف،كونه لا يحدد من هم هؤلاء الأطراف، هل يقصد بهم الساحب والمستفيد، أم يقصد بهم الساحب والحامل الأخير؟ بالإضافة إلى ذلك فإن السفتجة تتطلب السرعة لتداولها، لذلك لا يستطيع حاملها بمجرد الإطلاع عليها التعرف على مكان إنشائها وجميع الأمكنة التي ظهرت فيها، ويزيد الأمر تعقيدا إذا استبعدت قاعدة الشكل من مجال التطبيق وطبق بدلها القانون الوطني للأطراف، لأن الحامل في هذا الفرض يجب عليه القيام بسلسلة بحوث طويلة للتعرف على القانون الوطني للأطراف خاصة، وأن جنسية الأطراف ليست من البيانات المدرجة في السفتجة، لذلك اعتبر بعض الفقه إعمال هذا الضابط لا

مبرر له، لأنه لا يعتبر بالنسبة للأطراف القانون اليسير والأسهل معرفة من قانونهم الوطني[49].وهكذا يتضح لنا مدى ما لهذا الخيار من نتائج عملية ضارة في خصوص الالتزامات الصرفية عامة والالتزام في السفتجة على وجه الخصوص[50].

أما بالنسبة لضابط **الموطن المشترك**، فإن الأخذ به يحقق في نطاق الالتزامات الصرفية تطابق بين موطن المدين ومحل الوفاء، وهو حل لا يثير صعوبات من الناحية العملية، وغالبا ماتتجه إليه إرادة الأطراف، يضاف إلى أن الأخذ بضابط الموطن المشترك تحقيق لوظيفة الورقة التجارية المتمثلة في سرعة التداول، حيث تسهل على الحامل الأخير الوقوف على صحة الالتزامات الصرفية في جانبها الشكلي، لكون بحثه يقتصر على هذا القانون وحده دون قوانين أخرى، ورغم ذلك يثير هذا الخيار صعوبات تتمثل في تحديد المقصود بالموطن المشترك من الناحية الواقعية والقانونية، بالإضافة إلى المقصود بالموطن المشترك ذاته هل هو موطن الساحب والمستفيد أم هو موطن المظهر و المظهر إليه أم هو موطن الحامل الأخير[51]؟

ثانيا: القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في السفتجة طبقا لاتفاقيتي جنيف.

لقد ظهرت الحاجة إلى توحيد قواعد القانون الصرفي من أجل حل تنازع القوانين حول الأوراق التجارية الدولية، وتوجت هذه المساعي لتوحيد هذه القواعد، إلى عقد مؤتمر جنيف 1930 الذي تمخض عنه ظهور عدة اتفاقيات متعلقة بالأوراق التجارية منها الاتفاقية التي تبين القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في السفتجة[52] حيث نصت المادة الثالثة من اتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على شكل الورقة التجارية، على أنه:" يخضع شكل الالتزامات الواردة في السفتجة أو السند لأمر لقانون الدولة التي حررت هذه الالتزامات على إقليمها، ومع ذلك إذا كانت الالتزامات الواردة في سفتجة أو سند لأمر غير صحيحة طبقا للفقرة السابقة، ولكنها جاءت مطابقة لتشريع الدولة التي حرر فيها التزام لاحق، فإن العيب الشكلي الذي لحق الالتزامات الأولى لا يؤثر في صحة الالتزام اللاحق. ولكل دولة من الدول المتعاقدة الحق في أن تنص على أن الالتزامات الواردة في السفتجة أو سند لأمر والصادرة خارج إقليمها عن أحد رعاياها تكون صحيحة في إقليمها بالنضر إلى رعاياها الآخرين بشرط أن تكون هذه الالتزامات مطابقة للشكل المنصوص عليه في القانون الوطني"[53].

وتضمنت المادة الرابعة من اتفاقية جنيف لسنة 1931 الخاصة بتوحيد قواعد التنازع في مسائل الشيك، كحكم مماثل للحكم الوارد في المادة الثالثة من اتفاقية جنيف لسنة 1930، مع فارق واحد جاءت به الفقرة الأولى من المادة الرابعة مفاده أنه يكفي مع ذلك مراعاة الأشكال المنصوص عليها في قانون محل الوفاء.

من قراءة هذه النصوص يظهر أن الاتفاقيتين جاءتا بمبدأ عام عليه استثناءان، وأن اتفاقية جنيف لسنة 1931 أضافت استثناءا ثالثا خاصا بالشيك فقط، نتعرض فيما يلي لكل من المبدأ والاستثناءات المتضمنة في هاتين الاتفاقيتين.

1- المبدأ العام: كمبدأ عام يخضع الالتزام الوارد في السفتجة من حيث الشكل في اتفاقيتي جنيف لقانون محل الإبرام، وهذا المبدأ ينسحب تطبيقه على إنشاء الورقة وكافة التصرفات التي ترد عليها، كتظهيرها وقبولها أو ضمانها احتياطيا، وهذا الحل يتيح للملتزم في السفتجة أي كانت صفته سواء كان ساحبا أو مظهرا أو قابلا، الإحاطة علما وبطريقة سريعة بالشكل الذي يتعين عليه أن يفرغ فيه التزامه الصرفي وهذا الحل لم يثر جدلا بين واضع الاتفاقيتين، لكنه

ورغم الاتفاق الحاصل حول قانون محل إنشاء السفتجة لكونه أصبح قاعدة دولية، لكنه ورغم ذلك اختلف الفقه حول طبيعة الاختصاص المقرر لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، هل هو اختصاص إلزامي أم اختصاص اختياري؟

يجمع الفقه على اعتبار قانون محل إنشاء السفتجة أنه يكتسي طابعا آمرا ويظهر ذلك بوضوح من عبارة النص: " شكل الالتزامات يحكمه... قانون الدولة "، ويرى الفقه أن هذه الطبيعة الإلزامية من شأنها أن تحقق سرعة تداول الورقة التجارية بسهولة لأمرين: أولهما أنه يسهل على أطراف الالتزام الصرفي معرفة قانون محل إبرام تصرفهم، وثانيهما أنه يكون في مقدور حملة الورقة التجارية المتتابعين أن يعلموا مسبقا بالقانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية بطريقة ثابتة ومحددة فيعرفون مقدما مدى صحة هذه الالتزامات من الناحية الشكلية[54].

وفي مقابل هذا الرأي الفقهي، نادى اتجاه فقهي آخر بالطابع المفسر لقاعدة لوكيس في مجال السفتجة، واقترح الاختيار مابين قانون محل إنشائها والقانون الشخصي لأطرافها عندما يتحدون في الجنسية، وذلك لأن تطبيق القانون الشخصي يعتبر تطبيقه أسهل في هذه الحالة، لأن الأطراف يكونون على دراية به هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزام الساحب في مواجهة شخص يحمل نفس الجنسية معه يؤدي إلى استبعاد البطلان عن السند التجاري وزيادة الضمان في تداوله. وقد نصت اتفاقية جنيف في المادة 03 الفقرة 03 على ما يلي:"كل طرف متعاقد يحق له أن يقرر بأن الالتزامات المتعلقة بالسفتجة والسند الإذني التي ينشئها أحد مواطنيه في الخارج تكون صحيحة في مواجهة مواطن آخر موجود على إقليمه،بشرط أن تتبع الأشكال التي يقضي بها القانون الوطني "[55].

2- الاستثناءات الواردة على المبدأ العام.

أوردت اتفاقيتي جنيف لسنتي 1930- 1931 استثنائين بالنسبة للسفتجة والسند الإذني نتولى بيانهما فيما يلي:

أ- الاستثناء الأول: خاص بالحالة التي يكون فيها الالتزام الوارد على السفتجة باطلا في نظر قانون محل الإبرام، وصحيحا طبقا لقانون الدولة التي حرر فيها التزام لاحق، لكن ولإعمال هذا الاستثناء يجب توفر ثلاثة شروط[56]:

1- أن يرد التزام أو أكثر على السفتجة وتكون هذه الالتزامات غير صحيحة وفقا لقانون محل إنشائها.

2- أن يتم تحرير التزام لاحق في دولة أخرى على ذات السفتجة، وأن يكون هذا الالتزام اللاحق صحيحا وفقا لقانون دولة إنشاء الالتزام.

3- أن تكون الالتزامات السابقة غير صحيحة وفقا لقانون محل الإنشاء وصحيحة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التعاهد اللاحق.

ولتوضيح هذا الاستثناء، نفترض مثلا: أن سفتجة ظهرت في سويسرا وتم التوقيع على صيغة التظهير بالختم رغم أن القانون السويسري يتطلب لصحة الالتزامات الصرفية في سويسرا أن يتم التوقيع بالإمضاء(المادة 1085فقرة 01 قانون الالتزامات السويسري)، هذا الالتزام الصرفي يعتبر من الناحية الشكلية باطلا لكونه جاء مخالفا لقانون الدولة التي نشأ فيها، ومع ذلك إذا تم تظهير هذه الورقة في دولة أخرى تظهيرا صحيحا من الناحية الشكلية بأن كان قانون هذه الدولة

يجيز التوقيع على الالتزام الصرفي بالختم فإن البطلان الذي لحق التظهير الأول لا يؤثر في صحة التظهير الثاني،طبقا للمادة 03 فقرة 02 من اتفاقية جنيف[57].

والحكمة من هذا الاستثناء، هو تسهيل تداول الورقة التجارية بإعفاء الحامل من البحث في قوانين الدول التي وقعت فيها الالتزامات السابقة للتأكد من سلامتها من الناحية الشكلية.

ويجد هذا الاستثناء سند تبريره في المبدأ المعروف في القوانين الداخلية بخصوص الالتزامات الصرفية باسم مبدأ استقلالية التوقيعات، والذي يقضي بأن كل من يضع توقيعه على الورقة التجارية ينشأ في ذمته التزاما صرفيا قائما بذاته ومستقل عن التزامات غيره من الموقعين سواء كانوا سابقين أم لاحقين له، بحيث يكون ملزما بدفع قيمتها إذا امتنع المدين عن الوفاء في تاريخ الاستحقاق[58].

ب- **الاستثناء الثاني**: ومفاده أنه يجوز بمقتضى اتفاقيتي جنيف، لكل دولة أن تنص على أن الالتزامات الواردة في سفتجة أو سند لأمر أو شيك والصادرة عن أحد رعاياها خارج إقليمها، تكون صحيحة في إقليمها بالنسبة إلى رعاياها الآخرين متى كانت هذه الالتزامات مطابقة للشكل المنصوص عليه في قانونها الوطني، ولتحقق هذا الاستثناء يجب توفر الشروط التالية:

1- أن ينشأ أحد مواطني دولة منضمة للاتفاقية التزام صرفيا خارج دولته ويكون هذا الالتزام باطلا من حيث الشكل لمخالفته لقانون محل الإنشاء.

2- أن يكون هذا الالتزام صحيحا من حيث الشكل من وجهة نظر القانون الوطني لطرفي الالتزام الصرفي.

ولتوضيح هذا الاستثناء نفترض أن فرنسيا التزم صرفيا في إنجلترا وكان التزامه صحيحا من حيث الشكل وفقا للقانون الفرنسي، ولكنه باطلا حسب القانون الانجليزي، مثل هذا الالتزام يكون صحيحا بالنسبة لفرنسا في مواجهة كل الفرنسيين اللذين يتعاملون على هذه الورقة، فلو أن ضمانا احتياطيا قد تم من فرنسي بمقتضى ورقة منفصلة عن الصك في دولة يتطلب قانونها ضرورة أن يكون الضمان على نفس الصك وإلا كان باطلا بوصفه التزاما صرفيا، فإن مثل هذا الضمان يكون صحيحا في فرنسا بالنسبة لكل حامل فرنسي للورقة التجارية، باعتبار أن هذا الالتزام صحيح حسب القانون الفرنسي.

الخاتمـــــــــــة:

يخلص لدينا من ما سبق، أن قاعدة الشكل التي تم اكتشافها من طرف فقهاء المدرسة الايطالية القديمة مازالت شامخة ومحافظة على بريقها بالرغم من تجريدها من طابعها العرفي في الكثير من التشريعات الوضعية، وهذا يدل على صلابة الاعتبارات التي قامت عليها هذه القاعدة، لذلك أصبحت هذه القاعدة قاعدة عالمية نصت عليها معظم التشريعات الوضعية واعتمدتها الكثير من الاتفاقيات الدولية، وقد استرجعت هذه القاعدة طابعها المفسر، سواء في التشريعات التي اعتمدتها كنص قانوني أو تلك التي أخذت بها كعرف دولي.

وبالرغم من وضوح مضمون القاعدة منذ نشأتها، وهذا لكون مكتشفيها قصدوا بالشكل الذي يخضع لقانون محل الإبرام الشكل المعبر عن الإرادة، إلا أن ذلك لم يحول دون الخلط بين الشكل والموضوع في التصرفات القانونية، وهذا

بالرغم من مجهودات الفقه المضنية في هذا الإطار، وقد ترتب عن المحاولات الفقهية العديدة إخراج الكثير من الأشكال من نطاق قاعدة الشكل ليبقى تطبيق القاعدة قاصرا على الشكل الخارجي للتصرف القانوني.

من أهم **النتائج** المتوصل إليها من خلال هذه الورقة البحثية:

– أن استرداد قاعدة الشكل لطابعها المفسر،ساعد على انتشارها والعمل بها في التشريعات الوضعية والدولية وفي القضاء الداخلي والدولي.

– سبب انتشار العمل بقاعدة الشكل سواء في مجال الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية يرجع إلى سلامة الاعتبارات التي قامت عليها هذه القاعدة منذ نشأتها، والمتمثلة في التيسير على المتعاقدين في إجراء تصرفاتهم القانونية.

– تطبيق قاعدة الشكل يعترضها عقبات كثيرة تحول دون تطبيقها كمخالفتها للنظام العام أو تهرب الأفراد من حكم قانونهم الوطني وتمسكهم بقاعدة لوكيس غشا وتحايلا، ففي هذه الحالة يستبعد إعمال القاعدة ويطبق قانون القاضي المختص بحكم العلاقة القانونية هذا عن الالتزامات التعاقدية.

– ليس كل أشكال التصرف القانوني تخضع لقاعدة محل إبرام التصرف، ذلك لأن هناك أشكال مطلوبة لانعقاد التصرف القانوني، وأخرى مقررة لإثباته، والتمييز بين هذه الأشكال يدخل ضمن عملية التكييف والتي تخضع لقانون القاضي.

– شكل التصرفات يجب أن يخضع للقانون الذي يجعله أنجع وأنفع.

– أما في مجال التصرفات التجارية فرأينا أن قاعدة الشكل تهيمن على هذا النوع من التصرفات، سواء كان هذا الشكل يتعلق بإنشاء السفتجة أو بتظهيرها أو بقبولها.

التوصيات:

إن سالف النتائج المتوصل إليها دفعتنا إلى المساهمة في تكريس شموخ و عالمية قاعدة الشكل و دورها الفعال في حل مسائل تنازع القوانين في جميع فروع القانون لا سيما الالتزامات التعاقدية المدنية منها والتجارية وذلك من خلال تقديم التوصيات التالية:

– يتعين على المشرع الجزائري تضمين القانون التجاري بنود الاتفاقيات الخاصة بالالتزامات الصرفية الدولية لا سيما السفتجة والسند لأمر–الإذني– تماشيا مع ماجاءت به بنود هذه الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، وبالتحديد اتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، في مادتها 03، فقرة 03، التي تبين القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في السفتجة، و السند الإذني.

– يجب على التشريعات الوضعية عند اعتماد قاعدة الشكل أن لا تخير بين اعتمادها كنص قانون أو كعرف دولي بل يجب الأخذ بالطابع الاختياري لهذه القاعدة حتى يتحقق مبدأ إخضاع العلاقات القانونية الخاصة للقانون الذي يتناسب وطبيعتها.

– يتعين على بعض التشريعات المقارنة عند وضعها للنصوص القانونية التي تحكم قاعدة الشكل، الابتعاد عن الصياغة في نصوصها، التي لا توضح التفرقة بين مضمون الشكل الذي يخضع لقاعدة لوكيس– عناصر الشكل الخارجية للتصرف فقط –هذا من جهة. و جوهر التصرف أو موضوعه التي يسري عليه القانون الذي يحكم موضوع التصرف هذا من جهة أخرى.

– قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية:

1– الأمر رقم 75–58 المتضمّن القانون المدني، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م، ص.ص. 990–1059، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 05–10المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو سنة 2005، ص.ص. 17–25، وبالقانون رقم 07–05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31، الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ص.3

2– الأمر رقم 75–59 المتضمّن القانون التجاري، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 101، الصادرة في 2 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم، ص.ص. 990–1306، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 15–20 ممضي في 30 ديسمبر الجريدة الرسمية عدد 71 مؤرخة في 30 ديسمبر 2015، ص. 5

ثانيا: الكتب

1.إدوارد عيد، الإسناد التجارية: مبادئ عامة، سند السحب، سند لأمر، مطبعة النجوي، بيروت، لبنان 1966

2.الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2012

3.بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.30

4.راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية، في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008

5.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول؛ تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2010

6.سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1987

7.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول؛ مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952

8.علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1984 عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني؛ تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1957

9.عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010

10.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، بدون سنة.

11.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الجزء الأول، الالتزامات، منشأة المعارف، مصر، 2005

12.مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1983

13.محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص.12

14.محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، المجلد الثالث، الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012

15.نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف،الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2006

16.نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر، 2006

17.نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر الجزائر،2013

18.هشام علي صادق، أ.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية و التجارية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية،مصر، 2008

19.هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004

20.هاني دويدار، الأوراق التجارية و الإفلاس، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006،ص.12

21.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016

ثالثا: المقالات العلمية

1.بلحاج محجوبة، "تدخل المصرف في عمليات السفتجة الإلكترونية"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتندوف، المجلد 02، العدد02، 2018، الجزائر، ص. من 123 إلى 153

2.حسين بلهوان، "القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 31، العدد 3،2020، الجزائر،ص. من 161 إلى 174

3.شنوف معمر، "الإسناد التجارية وتنازع القوانين"، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 08، العدد 01، 2015، الجزائر، ص من 282 إلى299

4.كوثر مجدوب، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الإستهلاكي"، مجلة تاريخ العلوم، جامعة سكيكدة، المجلد 02، العدد 08، 2017، الجزائر،ص. من 265 إلى 272

5.عقيلة مرشيشي، "السفتجة الإلكترونية بديلة للسفتجة التقليدية، مجلة مراجعة نقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المجلد 10، العدد01، 2015 الجزائر، ص. من 200 إلى 2017

6.نزيهة غزالي، "السفتجة الإلكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة سطيف 2،المجلد 15، العدد01، 2018، الجزائر، ص. من 161إلى 170

رابعا: الرسائل الجامعية

1.جميلة بنت بادة، تداول الأوراق التجارية في القانون الموريتاني والجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجيستير، قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013-2014

2.سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية،سند السحب، وفقا لمشروعي قانون التجارة والمدني الفلسطينين، دراسة مقارنة، رسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2004-2005

3.عثماني كريمة، القبول في السفتجة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012

4.محمد محمد الأمين أبا صالح، أحكام التنازع في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجيستر، القانون و الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2009 - 2010

5.محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات قواعد عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011

6.محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016

الهوامش

[1] – محمد محمد الأمين أبا صالح، أحكام التنازع في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجيستر، القانون و الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2009 -2010

[2] – محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات قواعد عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011

[3] هشام علي صادق، أ.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية و التجارية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص.228.

[5]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص.229

[6] – كوثر مجدوب، حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الاستهلاكي، مجلة تاريخ العلوم، جامعة سكيكدة، المجلد 02، العدد 08، 2017، الجزائر،ص. 01

[7]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1984. ص. 84

[8]– عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص.138.

[9]– كالفقيه ريكارد Ricard، الذي تتلخص نظريته في أن التصرفات ذات الشكل العام تخضع لقاعدة لوكيس أو بعبارة أخرى تخضع لقانون الموظف العام الذي يقوم بتحريرها. والفقيه بوهيية Bouhier والذي نادى بمبدأ شخصية القوانين الشكلية، وأدخل قاعدة لوكيس في الأحوال الشخصية وأعتبرها ذات طابع آمر، وأخضعها لقانون موطن الموظف العام الذي يقوم، بتحرير التصرف. وكذا الفقيه بوللنواBoullenois والذي أدمج قاعدة الشكل في الأحوال المختلطة وأخضعها للقانون العيني، لا على القانون الشخصي كما فعل الفقيهين السابقين، أنظر في ذلك إلى: نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص. 64

[10]– ومن بين الفقهاء القدامى الذين نادوا بالطابع الآمر لقاعدة الشكل، الفقيه بول فويت Paul Voet الذي رأى أن التصرف القانوني يجب أن يطبق عليه قانون المحل، لأن إرادة الأطراف رضيت بالخضوع لهذا القانون.

[11]– ومن بين الفقهاء المعاصرين الذين نادوا بالطابع الآمر لقاعد لوكيس نجد الفقيه أرمنجون Armin jon، الذي برر خضوع شكل التصرف للقانون المحلي بأسباب فرضتها الملائمة والضرورة العملية فضلا على أن الأطراف غالبا ما يتعذر عليهم معرفة واحترام قانون آخر غير قانون المحل.

[12]– نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، مرجع سابق، ص.104

[13]– و تتلخص وقائع هذه القضية أنه أجريت مقايضة في لندن بين التاجرين المذكورين أعلاه، وثار نزاع بينهما بشأن معدل المقايضة، الذي كان التاجر الفرنسي ملزم بدفعه، وعند حلول أجل الدفع طلب التاجر الإنجليزي من التاجر الفرنسي بأن يدفع له مبلغ 100 فرنك فرنسي لكن التاجر الفرنسي دفع في مواجهته انه ملزم بدفع 375 فرك فرنسي وأمام المحكمة طالب التاج الفرنسي بإثبات حقه بالبينة، لكن التاجر الفرنسي دفع بأن هذا الإثبات غير ممكن في ظل القانون الفرنسي، الذي كان ينص في المادة 1341، يمنع الإثبات بالبينة إذا تجاوز قيمة الالتزام مبلغ 150 فرنك فرنسي، وقد قررت المحكمة بإلزام تاجر فرنسي بدفع المبلغ الذي أقر به، وبعد نقض هذا الحكم استجابة محكمة النقض الفرنسية إلى ادعاءات التاجر الإنجليزي ونقضت حكم محكمة بولونيا، على أساس أن التصرف تم في إنجلترا ومن ثم فإن هذا القانون هو الواجب التطبيق على شكل هذا التصرف باعتباره قانون المحل، ولكون القانون الإنجليزي كان يجيز الإثبات بالبينة استجابة لطلبه وألزمت التاجر الفرنسي بدفع كل المبلغ، بموجب حكمها المؤرخ في 24 أوت 1880.مشار إلى هذا الحكم في: Journal du droit international prive (clunet)1899، p.804

14- الأمر رقم 75-58 المتضمّن القانون المدني، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م، ص.ص. 990-1059، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 05-10المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005 م، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو سنة 2005، ص.ص.17-25، وبالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31، الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007 ، ص.ص.3.

[15]– و من هذه التشريعات نجد كل من التشريع الإيطالي والألماني و الياباني، والمجري والمصري والجزائري، والتي ميزت بين شكل العقد و موضوعه وأخضعت شكل العقد بصفة اختيارية إلى قانون محل الإبرام (قاعدة لوكيس)، أما الموضوع فأخضعته إلى القانون الشخصي (قانون الجنسية المشترك أو قانون الجنسية المشترك).

[16] – زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول؛ تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص.236.

[17] – يقصد بالتصرف الرضائي هنا، هو التصرف القائمة على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد والتي تخول للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا لحكم علاقتهم التعاقدية الدولية الخاصة، أنظر في ذلك إلى محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016

[18]– أنظر كل من:أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص.325 و أ.د.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الموجع والموضع نفسه.

[19] – عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني؛ تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1957، ص.03.

[20]– أنظر كل من: اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص.325 ونادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص.224

[21]– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، بدون سنة، ص.597.

[22]– يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ص.430.

[23]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.86.

[24]– نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص.87.

[25] - نذير بوصبع، نظرية العقد عند الإمام ابن حزن، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2004-2005، ص.160

[26]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول؛ دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952، ص.156.

[27] - فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2018-2019، ص.317

[28]– محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني،الالتزامات، الجزء الأول؛ منشأة المعارف، مصر،2005، ص.29.

[29]– نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، مرجع سابق،ص.225

[30] – حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، الجزائر، ص.156

[31]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق،ص.237

[32]– نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، مرجع سابق،ص.229

[33]– علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت، 1991،ص.11

[34] – من أبرز تعريفات الأوراق التجارية أو السندات التجارية هي أنها : "محرر قابل للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الإطلاع، أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على اعتباره أداة للوفاء، تقوم مقام النقود."، ولقد أجمع الرأي على أن الأوراق التجارية هي صكوك مكتوبة وفق شكلية معينة، قابلة للتداول التجاري وتمثل حقا نقديا وأنها واجبة الدفع بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير، على أن يجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، إذا فالصفة البارزة للأوراق التجارية هي أنها تقوم مقام النقود في المعاملات التجارية.أنظر في ذلك إلى كل من سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1987، ص.06 و شنوف معمر، الإسناد التجارية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 08، العدد 01، 2015، الجزائر، ص.278 ، محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، المجلد الثالث، الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2012،ص.24.

[35]– جميلة بنت بادة، تداول الأوراق التجارية في القانون الموريتاني والجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013-2014، ص.15

[36]– نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، مرجع سابق، ص.230

[37] – السفتجة هي :" "ورقة تجارية يأمر فيها شخص يسمى الساحب بشكل قاطع غير معلق على شرط، شخصا آخر يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين، أو بمجرد الإطلاع إلى شخص ثالث هو المستفيد أو الحامل"، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف السفتجة التي نظمها في المواد من 384 إلى 464 من القانون التجاري الجزائري ، بل اكتفى بالنص على طبيعة العمل بها، حيث أنها تعد عملا تجاريا مهما كان الأشخاص أنظر في ذلك إلى كل من : بلحاج محجوبة، تدخل المصرف في عمليات السفتجة الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية،المركز الجامعي بتندوف، المجلد 02، العدد02، 2018، الجزائر،ص.131 ، عثماني كريمة، القبول في السفتجة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص.13، نقلا عن المادة 390 قانون تجاري جزائري .

[38] – نزيهة غزالي، السفتجة الإلكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة سطيف 2،المجلد 15، العدد01، 2018، الجزائر، ص.166

[39] – محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص.12

[40] – نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر،2006، ص.19

[41] – سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية،سند السحب، وفقا لمشروعي قانون التجارة و المدني الفلسطينين، دراسة مقارنة، رسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2005، ص.03

[42] – تتثمل الشروط الموضوعية لإنشاء السفتجة في الرضا الذي يجب أن يكون سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط، أو الإكراه،أو التدليس، الإستغلال ، أي يجب أن تكون نية الموقع اتجهت إلى التزامه التزاما صرفيا و أرتضى بذلك، كذلك شرط الأهلية، يجب على الساحب أن يكون أهلا للإتجار، أي يجب أن يكون بلغ السن القانونية للممارسة التجارة، و شرط المحل، يجب أن يكون محل السفتجة دفع مبلغ من النقود ثابت القيمة، لأن مبلغ النقود دائما يعبر عن علاقة المديونية التي تقوم بين أطراف الورقة، ثم شرط السبب الذي يشترط أن يكون مشروعا و موجدا و هو من المبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف لأن عدم وجود سبب مشروع و موجود قد يؤدي إلى المساس بهذه المبادئ كأن تحرر سفتجة بقصد المجاملة مثلا، أنظر في ذلك إلى كل من ادوارد عيد، الإسناد التجارية: مبادئ عامة، سند السحب، سند لأمر، مطبعة النجوي، بيروت، لبنان، 1966، ص.221 ، نادية فضيل مرجع سابق، ص.21،هاني دويدار، الأوراق التجارية و الإفلاس، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006،ص.12، بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.30

43 – تتمثل البيانات الشكلية في : تسمية " سفتجة " في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره، أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين، اسم من يجب عليه الدفع المسحوب عليه، تاريخ الاستحقاق، المكان الذي يجب فيه الدفع، اسم من يجب الدفع له أو لأمره، بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه، توقيع من أصدر السفتجة الساحب، أنظر في ذلك إلى عقيلة مرشيشي ، السفتجة الإلكترونية بديلة للسفتجة التقليدية، جلة مراجعة نقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المجلد 10، العدد01، 2015، الجزائر،ص.208

[44] – الأمر رقم 75-59 المتضمّن القانون التجاري، المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 101، الصادرة في 2 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 م المعدل و المتمم، ص.ص. 990-1306، وبالقانون رقم 15-20 ممضي في 30 ديسمبر الجريدة الرّسمية عدد 71 مؤرخة في 30 ديسمبر 2015، ص.5

[45]– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر،2012، ص.ص.29.31

[46] – حسين بلهوان، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 31، العدد 3، 2020، الجزائر، ص. 166.

[47] – نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، مرجع سابق، ص.170

[48]– سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية، سند السحب، وفقا لمشروعي قانون التجارة و المدني الفلسطينين، دراسة مقارنة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2005، ص.32

[49] – نادية فضيل، مرجع سابق، ص.238

[50]– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص.84

[51] – عليوش قربوع كمال القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول؛ تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 370

[52] – راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية، في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المبطوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص.21.

[53]" – La forme des engagements pris en matiere de lettre de change et de billet a ordre est regleee par la loi du pays sur le territoire duquel ces engagements ont ete souscrits.

Cependant si les engagements souscrits sur une lettre de change ou un billet a ordre ne sont pas valables d'apres les disposition de alinea precedent. mais qu ils soient conformes a la legislation de l'Etat ou un engagement ultriwue a ete souscrit. la circonstance que les premiers engagements sont. irreguliers en la forme n'infirme pas la validite de l'engagement ulteriur".

[54]– أنظر كل من عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص.60 و سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية (سند السحب) وفقاً لمشروعي قانون التجارة والقانون المدني الفلسطينيين، مرجع سابق، ص.37.

[55] –Article 3 ali.a de la convention dispose M" chacune des hautes parties contractantes à la faculté de perscrite que les engagements pris en matière de lettre de change et de billet à ordre à l'étranger par un de ses ressortissants eront valables à l'égard d'un autre de ses ressortissants sur son territoire; pourvu qu'ils aient été pris dans la loi nationale ".

[56] – عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.74.

[57]– سمير جبر دويكات، مرجع سابق، ص.38.

[58] – مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1983، ص. 554