قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها سنة2005

بقلم بلعيور عبد الكريم
أستاذ مكلف بالدروس
بكلية الحقوق ببن عكنون

المبحث الأول : مفهوم قانون الإرادة ونشأته وتطوره:

المطلب الأول : مفهوم الإلتزامات التعاقدية: [1]

نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة 18 حيث تنص "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر."

والمقصود من عبارة الالتزامات التعاقدية الواردة في النص هو التصرفات الإرادية التي يجريها الأفراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية التي يكون أحد عناصرها أجنبيا، ويحكمها القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.

ويترتب على هذا المفهوم أن العقود الوطنية تستبعد من دائرة تطبيق قانون الإرادة لأنها لا يثور بشأنها تنازع القوانين لأنها تخضع إلى قانون واحد هو القانون الوطني ولا دخل لإرادة المتعاقدين في تطبيقه وفي حالة اختيار تطبيق قانون غير القانون الوطني من

طرف المتعاقدين على العقد الوطني فإن هذا الأخير يعتبر باطلا على أساس أن ذلك يعد غشا نحو القانون.

ومما لا شك فيه أن قانون الإرادة وفقا لهذا المفهوم يلعب دورا هاما على المستوى الدولي وخاصة في مجال العلاقات المالية وعلى وجه الخصوص العلاقات التجارية التي أصبحت معظم القواعد التي تحكمها مستمدة من أحكام تعاقدية.

المطلب الثاني : نشأة قانون الإرادة وتطوره[2]:

عرف قانون الإرادة من حيث نشأته وتطوره عدة مراحل تطورت قواعده من خلالها، وذلك منذ المدرسة الإيطالية القديمة إلى العصر الحديث وذلك على النحو التالي:

-في القرن 12:عرفت المدرسة الإيطالية في القرن الثاني عشر قاعدة خضوع التصرفات بشكل عام إلى قانون المحل الذي أبرمت فيه وذلك بصرف النظر عن الناحية الموضوعية للعقد وشكله.

وقد كان الفقه آن ذاك يؤسس هذه القاعدة على أساس أن إرادة المتعاقدين قد اختارت ضمنيا مكان إبرام العقد وقد دافع على هذا الأساس الفقيه الإيطالي "كورتيس" بشدة.

-في القرن 16: عرف قانون الإرادة تطورا ملحوظا في القرن السادس عشر على يد الفقيه الفرنسي "ديجولان" الذي يعود إليه الفضل في الفصل بين موضوع العقد وشكله، حيث أخضع موضوعه إلى قانون الإرادة وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وأبقى على خضوع الشكل إلى قانون المحل الذي أبرم فيه العقد وذلك عملا بقاعدة لوكيس locus، وقد كان عمل هذا الفقيه بمناسبة الفتوى التي قال بها في شأن النظام المالي للعلاقات الزوجية حيث أفتى بأن النظام المالي للزوجين هو عقد يخضع إلى القانون الذي يختاره المتعاقدان وهو القانون السائد في موطنهما المشترك موطن الزوجين وبالتالي ظهرت إلى الوجود معالم مبدأ قانون الإرادة على يد هذا الفقيه الذي فصل بين مضمون العقد وشكله.

-في القرن 19 : عرف قانون الإرادة نوعا من الاستقرار في القرن التاسع عشر حيث كاد الإجماع أن يتحقق على الأخذ به لولا بعض الاختلافات التي ظهرت بشأن تطبيقه وليس في شأن المبدأ العام.

وفي هذا الصدد نادى الفقيه الألماني "سفيني" في مسألة الخضوع الاختياري إلى القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، نادى بضرورة تركيز العقد في مكان معين وهو مكان تنفيذه، ومن ثمة يكون القانون الذي يحكم العقد هو قانون المكان الذي سوف ينفذ فيه باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد توجهت إلى مكان التنفيذ.

وقد نادى الفقيه الإيطالي "مانشيني" أيضا إلى العمل بقانون الإرادة في القرن التاسع عشر وذلك حيث جعل تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين على عقدهما استثناء من القاعدة العامة التي جاء بها والتي تقضي بمبدأ شخصية القوانين ماعدا الاستثناء الوارد عليها ومنها قانون الإرادة.

ومما زاد في انتشار قانون الإرادة في العصر الحديث ظهور مبدأ الحرية الفردية الذي جاءت به الثورة الفرنسية من جهة وما لعبته فلسفة "كانت" آن ذاك من جهة أخرى.

وقد أدى التطور التاريخي لقانون الإرادة على النحو السابق إلى الأخذ به في معظم تشريعات الدول حيث نجدها جميعا تنص عليه بنصوص تشريعية تؤكد المبدأ أو القاعدة العامة مع بعض الاختلافات البسيطة في بعض المسائل القانونية[3].

المبحث الثاني :الإرادة الصريحة والضمنية كضابط لتحديد قانون الإرادة :

المطلب الأول : الإرادة الصريحة:

إذا كانت إرادة المتعاقدين صريحة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، ففي مثل هذه الحالات ليست هناك صعوبة في تحديده وعلى القاضي الذي يعرض عليه النزاع في هذا الشأن إلا أن يطبق القانون المختار من طرف المتعاقدين، وليست له سلطة تقديرية، في هذا الشأن ومما لا شك أن هذا هو مضمون نص المادة 18 فقرة 1 حيث تنص ....."ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر" مما يدل أن الأمر لا يجوز مخالفته في حالة اختيار

قانون آخر من طرف المتعاقدين على الرغم من أن نفس المادة تعطي الاختصاص لقانون المكان الذي أبرم فيه العقد في حالة عدم ظهور إرادة المتعاقدين في اختيار قانون آخر، هذا قبل التعديل أما بعده فإن الفقرة الأولى من نفس المادة قد جاءت أكثر وضوحا بالنسبة إلى تطبيق القانون الذي إختارته إرادة المتعاقدين حيث تضمنت هذه الفقرة ضابطا واحدا وهو إرادة المتعاقدين الصريحة شريطة أن تكون لهذا القانون المختار علاقة أو صلة حقيقية إما بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه وذلك حيث تنص: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد" مما يدل أن الإرادة في هذه الحالة صريحة وبالتالي لا يجوز البحث عن ضابط آخر من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ما دام المتعاقدان قد اختارا قانونا محددا.

المطلب الثاني : الإرادة الضمنية:

ليست إرادة المتعاقدين دائما صريحة، بل قد يسكت المتعاقدان عن رغبتهما في اختيار تطبيق قانون معين على عقدهما، مما يؤدي بالقاضي المعروض عليه النزاع إلى اللجوء إلى البحث عن إرادتهما الضمنية من خلال الظروف والملابسات المحيطة بإبرام العقد، وهي مسألة موضوعية محضة ليس للمحكمة العليا في هذه المسألة حق الرقابة على أعمال القضاة.

وتجدر الملاحظة أن التشريع الجزائري لم ينص في المادة 18 قبل تعديلها السالفة الذكر المنظمة لقواعد قانون الإرادة، على الظروف والملابسات التي يمكن عن طريقها كشف الإرادة الضمنية كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، وبالتالي يشوبه نقص من هذه الناحية يجب تفاديه مقارنة بالقوانين الأخرى التي لم تكتف بالنص على الإرادة الصريحة وحدها بل أحالت القاضي إلى ظروف وملابسات التعاقد عند غياب الإرادة الصريحة، وذلك من أجل الوصول إلى معرفة إرادة المتعاقدين الضمنية وهو ما فعله المشرع المصري[4] أما بعد التعديل الجديد فإن المشرع الجزائري قد جاء بضابطين هما:

الضابط الأول: هو ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة بمعنى أنه في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين على النحو الذي أشارت إليه الفقرة الأولى فإن قانون موطن المتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة هو الذي يطبق على عقدهما وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 18 المعدلة بقولها (وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة) على أساس أن إرادتهما الضمنية قد توجهت إليه[5].

الضابط الثاني :هو محل إبرام العقد.

قد لا يختار المتعاقدان قانونا معينا يطبق على عقدهما وقد لا يتحدان في الموطن ولا في الجنسية ففي هذه الحالة القانون الذي يحكم العقد هو قانون المحل الذي أبرم فيه وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 18 المعدلة حيث تقول)وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد) على أساس أن إرادتهما الضمنية تشير إلى تطبيقه.

وعليه فإن النقص الذي كان يسود النصوص التشريعية الجزائرية وخاصة المادة 18 قبل تعديلها قد زال وأصبحت هناك عدة ضوابط تفيد وجود الإرادة الضمنية.

أما الفقه فقد تعدد الآراء فيه بالنسبة إلى المؤشرات والضوابط التي يمكن بواسطتها الوصول إلى تحديد معرفة إرادة المتعاقدين الضمنية وذلك على النحو التالي:

***المصطلحات المستعملة:**

يرى الفقه بأن القاضي المعروض عليه النزاع يستطيع اللجوء خلال بحثه عن إرادة المتعاقدين الضمنية إلى الإصطلاحات المستعملة في العقد والموجودة في قانون معين كدليل على أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اختياره للتطبيق على عقدهما.

***اللغة المستعملة في العقد:**

يرى الفقه من ناحية أخرى أن القاضي في استطاعته الوصول إلى كشف إرادة المتعاقدين من خلال صياغة العقد بلغة معينة ومن طرف موظف كدليل على أن إختيار لغة

دولة ما يعني اختيار تطبيق قانون هذه الدولة بصفة غير مباشرة أي عن طريق إرادة ضمنية.

*** الجنسية المشتركة:**

يرى جانب من الفقه بأن القاضي يستطيع إبراز إرادة المتعاقدين الضمنية من خلال اتخاذهما جنسية موحدة على أساس أن هذه الأخيرة تدل على أن إرادة المتعاقدين قد توجهت إلى اختيار قانون دولتهما للتطبيق على العقد.

***مكان تنفيذ العقد:** [6]

يرى فريق من الفقه أن القاضي المعروض عليه النزاع في إمكانه معرفة إرادة المتعاقدين الضمنية من خلال المكان المختار لتنفيذ العقد، ذلك أن اختيار تنفيذ العقد فوق إقليم دولة ما يوحي بأن إرادة المتعاقد قد اختارت قانون مكان التنفيذ بصفة غير مباشرة للتطبيق على عقدهما، مما يدل أن الإرادة الضمنية متوفرة.

***الدفع بعملة معينة:**

يمكن الوصول إلى معرفة الإرادة الضمنية والقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين عن طريق شرط الدفع بالنسبة إلى الثمن الذي يكون بعملة دولة محددة، وذلك على أساس أن الإرادة اتجهت إلى اختيار قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق على العقد إلى جانب اختيار عملتها للدفع.

***الإختصاص القضائي:**

يرى الفقه أن الاختصاص القضائي الذي يحدده المتعاقدان في عقدهما يستطيع القاضي المعروض عليه النزاع أن يستشف منه أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد توجهت إلى اختيار قانون الدولة المختصة بالنظر في النزاع ليطبق على عقدهما.

***اختيار نماذج معينة:**

هناك بعض النماذج ليست معروفة إلا عند دول محددة ومعينة وتعتبر تلك النماذج خاصة بها، ومن ثمة إذا استعمل المتعاقدان نموذجا معينا لدولة معينة، فإن ذلك يدل أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد توجهت إلى تطبيق قانون هذه الدولة على عقدهما[6].

هذه بعض المؤشرات التي تمكن القاضي المعروض عليه النزاع من الوصول إلى كشف إرادة المتعاقدين الضمنية، ولكن إذا لم تكن الإرادة صريحة طبقا للقانون الجزائري فلا بد من الأخذ بالقاعدة التي تجعل الاختصاص إلى قانون مكان إبرام العقد وهو ما نستعرضه فيما يلي:

المبحث الثالث: محل إبرام العقد كضابط إسناد في القوانين العربية والغربية:

المطلب الأول : في القوانين العربية:

بداية لا بد من الإشارة بأن قاعدة خضوع العقد إلى قانون المحل هي قاعدة قديمة ساءت نظرية الأحوال الإيطالية، وكان اختصاصها آن ذلك اختصاصا آمرا شاملا يشمل الناحية الموضوعية والشكلية وقد لحقت بها عدة تطورات على النحو المشار إليه سابقا على أن حصلت كما هي عليه في قوانين الدول ومنها القوانين العربية التي تختلف في شأن ضوابط الإسناد المعتمدة في تحديد القانون الذي يحكم العقد عن التشريع الجزائري قبل تعديله على النحو الذي سبق بيانه لأنها لم تجعل ضابط الإسناد الذي يحدد إرادة المتعاقدين قاصرا على ضابط محل إبرام العقد في حالة غياب الإرادة الصريحة كما فعل المشرع الجزائري قبل تعديله، بل أخذت بالدرجة الأولى بضابط الإرادة الصريحة أو الضمنية هما في الدرجة الثانية بضابط قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وفي الحالة الثالثة بضابط قانون محل إبرام العقد أو تكون هناك ظروف تفيد بأن قانونا آخر هو الواجب التطبيق على العقد.

وقد تميزت هذه القوانين عن القانون الجزائري لأنها تركت المجال مفتوحا أمام العمل القضائي والفقهي الإجتهادي من أجل الوصول إلى معرفة القانون الذي يحكم العقد من ظروف وملابسات العقد وهي سياسة حميدة لم يأخذ المشرع الجزائري حتى بعد التعديل على الرغم أنه أخذ لضوابط أخرى.

وعليه فإن محل إبرام العقد لم يكن يحتل المكانة الأولى باعتباره ضابطا بل كان في المرتبة الأخيرة.

المطلب الثاني: القوانين الغربية.

يمكن القول باختصار شديد أن الوضع في الدول الغربية يختلف عما هو عليه في الدول العربية لأن الأمر هناك غير مستقر بالنسبة للضوابط المعتمدة والمعمول بها سواء في المجال التشريعي أو في المجال القضائي.

ففي بعض القوانين الغربية كالقانون الألماني مثلا يعطي الأولوية إلى ضابط الجنسية المشتركة أمام الضوابط الأخرى، في حين ذهب القانون السويسري إلى الأخذ بضابط محل تنفيذ العقد.

أما في المجال القضائي فإننا نجد الوضع غير مستقر، حيث كانت أحكام القضاء الفرنسي مثلا غير مستقرة حيث ذهب في بعض أحكامه إلى ضابط الجنسية المشتركة كضابط إسناد لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وذهب في أحكامه تارة أخرى إلى قانون محل إبرام العقد، وإلى قانون الدولة المتعاقد معها في حالات معينة وإلى قانون مكان تنفيذ العقد في مجالات أخرى وهو ما نادى به بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الألماني سافيني.

ونشير في الأخير بأن اتفاقية لاهاي لسنة1955وخاصة ما يتعلق منها ببيع المنقولات المادية قد أخذت بقانون موطن البائع في الحالات التي يسكت فيها المتعاقدان على تحديد القانون الذي يحكم عقدهما صراحة.

وعليه فإن قاعدة خضوع العقد إلى قانون المحل لم تعد الضابط الوحيد الذي يعتمد عليه لتحديد القانون الذي يحكم العقد، بل أصبحت هناك ضوابط أخرى اختلفت في شأنها قوانين الدول على النحو السالف ذكره.

أما مدى القدرة والحرية التي يتمتع بها المتعاقدان في اختيار القانون الذي سوف يحكم عقدهما، هو ما نستعرضه فيما يلي:

المبحث الرابع : مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما:

المطلب الأول : في التشريع الجزائري:

يبدو من خلال صياغة نص المادة 18 قبل تعديلها المنظمة لقانون الإرادة أن المشرع الجزائري لم يضع قيودا على حرية المتعاقدين التي تحد من حريتهما عند اختيارهما للقانون الذي سوف يحكم عقدهما، لأن النص جاء عاما أعطى الحرية المطلقة في تحديد المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقدهما، ويبدو لنا أن هذا الاتجاه غير معقول ولا هو مستساغ بالنظر إلى الرأي الراجح فقها كما سوف نرى في حينه.

وبناء على الحرية المطلقة الواردة في التشريع الجزائري فإن للمتعاقدين حرية الاختيار للقانون الذي يحكم عقدهما حتى لو كان هذا القانون المختار ليست له صلة بهما أو بالعقد وقد يؤدي بهذا الإطلاق إلى اختيار قانون يحكم ببطلان عقدهما ومع ذلك لابد من الأخذ به وهو أمر يدعو إلى الغرابة واللامنطق في التشريع الجزائري، ومن ثمة فإننا نطالب بتعديل النص السالف الإشارة إليه وجعل الصلة التي تربط القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين ضرورية ولا مفر منها[8] وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في التعديل الجديد الوارد في المادة 18 المشار إليه سابقا، أما بعد التعديل فقد إشترط المشرع أن يكون القانون الذي إختارته إرادة المتعاقدين له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه وبالتالي لم تعد حرية المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد وهذا ما ذهب إليه الفقه الحديث.

المطلب الثاني : في الفقه: [9]

اختلف الفقه كعادته في مسألة مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي سوف يطبق على عقدهما، بين مؤيدين لحريتهما المطلقة على النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري قبل التعديل الجديد، وبين مقيد لها بحيث يكون للقانون المختار صلة بالعقد أو المتعاقدين على النحو الذي جاء به المشرع الجزائري في التعديل الجديد، وهو ما نستعرضه فيما يلي:

الرأي الأول: الحرية المطلقة في الاختيار:

ذهب فريق من الفقهاء وهو من أنصار النزعة الذاتية أو المدرسة الشخصية إلى القول بأن المتعاقدين لهما الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما دون قيود ترد على إرادتهما مهما كان القانون المختار، وقد ترتبت على هذه النظرة نتائج في غاية الأهمية والخطورة في نفس الوقت نذكر منها على سبيل المثال:

- يجوز للمتعاقدين العدول عن القانون المختار والأخذ بقانون آخر.
- يجوز ألا يختار المتعاقدان أي قانون يحكم عقدهما وبالتالي يبقى عقدا بدون قانون يحكمه.
- يجوز للمتعاقدين أن يختار قانونا معينا حتى لو يقضي ببطلان عقدهما مادامت إرادتهما أرادت ذلك.
- يجوز للمتعاقدين أن يخضع جزءا من عقدهما إلى قانون والجزء الآخر إلى قانون آخر.

وقد أدت هذه المبالغة في الحرية المطلقة التي أعطيت للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما إلى ظهور انتقادات لاذعة منها على سبيل المثال، أن مبدأ الحرية المطلقة التي اعتمدتها النظرية الشخصية لا وجود لها في القواعد التاريخية للقانون الدولي الخاص، وأن القانون هو الذي يختار العلاقة التي يحكمها وليس المتعاقدين، وأن القاضي هو الذي يستخلص القانون الواجب التطبيق من ظروف الحال في حالة عدم اختيار المتعاقدين له.

الرأي الثاني: صلة القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين:[10]

ذهب فريق آخر من الفقهاء ينتمون إلى النزعة أو النظرية الموضوعية وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffolإلى القول بضرورة أن يكون القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين له صلة بالعقد أو المتعاقدين بصورة أو بأخرى، إذ يستطيع المتعاقدان اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال محل التعاقد، أو كأن يختار المتعاقدان قانونا يعرف بشروط نموذجية لا توجد في بقية

القوانين الأخرى كما هي الحال بالنسبة إلى القانون الإنجليزي في مجال عقود التأمين البحري وتجارة الحبوب.

والأساس الذي يعتمده هذا الاتجاه الفقهي في الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ليس سوى مدى أهمية دور الإرادة في تركيز العقد في مكان ما، وذلك وفقا لعناصر العقد الواقعية والمحيطة به، ويترتب على ذلك أن القانون المختار من طرف المتعاقدين إذا وجده القاضي يتنافى مع التركيز الفعلي للعقد جاز له ألا يأخذ بما أشارت به إرادة المتعاقدين.

وتجدر الملاحظة أن التقييد من حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما على النحو السالف الذكر وخاصة في مجال العقود الدولية له أهمية إذ يقلل من مجالات التحايل على القانون وخاصة تلك القوانين التي ليست لها علاقة بالعقد.

المطلب الثالث : مدى قوة نصوص القانون المختار بعد إدماجها في العقد :

من المسائل القانونية التي طرحت بعد اختيار القانون الذي سوف يحكم العقد هي مسألة قوة النصوص القانونية هل تبقى محافظة على قوتها الإلزامية على النحو الذي تعرف به كنصوص قانونية لها الصبغة القانونية أم أنها تتحول بمجرد إدماجها في العقد المختار من طرف المتعاقدين إلى بنود في العقد.

هناك رأيين في هذا المجال، ذهب الأول إلى القول بأن اختيار المتعاقدين إلى قانون معين يجعل نصوصه تفقد صفتها القانونية، ويترتب على ذلك أن إلغاءه أو تعديله لا يؤثر في بنود العقد ومن ثمة لا يعدل ولا يلغى تبعا لإلغاء القانون أو تعديله.

أما الرأي الثاني فقد ذهب إلى عكس ما ذهب إليه الرأي الأول حيث يرى بأن النصوص القانون للقانون المختار من طرف المتعاقدين لا تنصهر انصهارا تاما ولا تفقد صفتها القانونية بل تبقى محافظة عليها وعلى قوتها الإلزامية على الرغم من إدماجها في العقد، ويترتب على ذلك حتمية تعديلها في حالة تعديل القانون وإلغاؤها في حالة إلغائه أيضا، لأنها لم تفقد إطلاقا خصوصيات النصوص القانونية.

المبحث الخامس: نطاق تطبيق قانون الإرادة:

المطلب الأول : الحالات التي تستبعد من نطاق قانون الإرادة:[11]

قبل التطرق إلى الجوانب التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد لابد من تحديد بعض الحالات يستبعد فيها تطبيق القانون المختار من طرف المتقاعدين في الحالات التالية:

الحالة الأولى : العقود الواردة على العقار:

تنص الفقرة الثانية قبل التعديل والفقرة الثالثة بعده من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي "غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه" فطبقا لهذا النص أن كل العقود الواردة على العقار لا تخضع إلى القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 18والتي تجعل العقود يحكمها قانون الإرادة بل تخضع إلى قانون موقع العقار وذلك بالنسبة إلى الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية وسواء كانت منشئة أو معدلة أو منهية لها ومما لا شك فيه أن الحقوق الشخصية تبقى خاضعة لقانون الإرادة.

الحالة الثانية : شكل العقد:

لا يسري قانون الإرادة المحدد في المادة 18 على النحو السالف بيانه على الناحية الشكلية للعقد، ذلك أن هذا الجانب الشكلي يخضع إلى مضمون المادة 19 التي تسند الحكم فيه إلى قانون المحل أو قانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو للقانون الذي يحكم الموضوع طبقا للتعديل الجديد، وذلك على النحو الذي سوف نستعرضه بالتفصيل في حينه.

الحالة الثالثة : أهلية المتعاقدين:

تستبعد مسألة الأهلية من نطاق تطبيق قانون الإرادة، لأنها على الرغم من اعتبارها شرطا من شروط صحة التعاقد إلا أنها في حقيقة الأمر هي لصيقة بالشخص ولا يمكن فصلها عنه ومن ثمة فهي تخضع إلى قانون الجنسية طبقا للمادة 10 على النحو السالف بيانه.

الحالة الرابعة : العقود التي تكون الدولة فيها طرفا بصفتها صاحبة سيادة:

لا يشمل قانون الإرادة العقود التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها تمثل أحد أشخاص القانون الدولي العام لأن هذه العقود لا تخرج عن نطاق الاتفاقيات الدولية والتي يعود الاختصاص فيها إلى القانون الدولي العام، أما إذا لم تكن لهذه العقود هذه الصفة كأن تتعاقد الدول فيما بينها كأشخاص عاديين فإنه يخضع إلى قانون الإرادة.

الحالة الخامسة : عقود العمل:

تستبعد عقود العمل من نطاق قانون الإرادة لأن هذه الأخيرة يغلب عليها الطابع التنظيمي الأمر الذي يجعل معظم قواعدها آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو اختيار قانون يحكمها من طرف المتعاقدين مما جعل الفقه يختلف في شأن القانون الذي يحكمها، حيث أخضعها البعض إلى قانون الموطن المشترك أو إلى قانون الجنسية المشتركة في حالة الاختلاف في الموطن، وأخضعها البعض الآخر إلى قانون المكان الذي يوجد فيه مقر المؤسسة التي يباشر فيها العمل، وأخضعها آخرون إلى قانون المحل الذي أبرم فيه العقد، في حين أخضعها بعض الفقهاء إلى قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد.

ونشير أخيرا إلى أن عقود العمل قد وضعت لها بعض التشريعات قواعد خاصة بها تعتبر قواعد إسناد منفصلة ومستقلة عن قواعد الإسناد المعمول بها في العقود الأخرى في مجال القانون الدولي الخاص، ويعود ذلك إلى طبيعة عقد العمل المميزة عن بقية العقود الأخرى.

الحالة السادسة : عقود الأحوال الشخصية:

تخرج العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج مثلا من نطاق تطبيق قانون الإرادة، ذلك أنها لا تدخل في مفهوم الفكرة المسندة لهذا الأخير، بل تدخل في مفهوم الفكرة المسندة للأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية على النحو السابق بيانه طبقا للمواد التي وردت فيها أحكام الأحوال الشخصية في القانون المدني الجزائري ابتداء من المادة 10 إلى نهاية المادة 16 والتي جعلت كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية كقاعدة عامة يخضع إلى قانون الجنسية ومنها مسألة العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية.

المطلب الثاني : الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد:

يمكن حصر الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد في ثلاثة جوانب أساسية لا يخرج عنها نطاق قانون الإرادة وهي من حيث تكوين العقد، ومن حيث آثاره، ومن حيث أسباب انقضاء الالتزامات المترتبة عنه.

أولا : من حيث تكوين العقد: [12]

من أهم المجالات التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد المسائل القانونية المتعلقة بتكوينه من حيث ضرورة توفر الأركان والشروط سواء ما تعلق بركن التراضي أو المحل أو السبب:

1- ركن التراضي:[13]

يعود الاختصاص إلى قانون الإرادة لأنه هو الذي يحدد لنا متى يتطابق الإيجاب بالقبول، وهو الذي يحدد كيفية التعبير عن الإرادة وهل يكفي التعبير عنها ضمنيا أم يجب أن يكون صريحا، وما حكم الإرادة الباطنية والإرادة الظاهرة فيه، وهو الذي يحدد أيضا زمان ومكان انعقاد العقد، وإن كان البعض قد جعل زمان ومكان انعقاد العقد يخضع إلى قانون القاضي على أساس أن ذلك يعد مسألة تكييف تخضع إلى القواعد التي تحكم هذا الأخير وبالتالي إلى قانون القاضي.

أما عيوب الرضاء فقد اختلف في شأنها الفقه إذ يرى البعض بضرورة إخضاعها إلى قانون الجنسية لأنها تهدف إلى حماية الشخص وليس العقد، وذهب فريق آخر إلى التمييز بين عيوب الإرادة وهي نقص الأهلية، والعته، والسفه، والغفلة، والجنون وأخضعها إلى قانون الجنسية على أساس أنها من الأحوال الشخصية، وبين عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه وأخضعها إلى قانون الإرادة على أساس أنها عيوب لا تمس الشخص وإنما تمس العقد في حد ذاته وبالتالي فإن القانون الملائم لحكمها هو قانون الإرادة.

أما بالنسبة إلى حكم السكوت وهل يعتبر قبولا من عدمه وفقا للرأي الراجح فإن قانون الإرادة هو الذي يرجع إليه لمعرفة حكمه في السكوت، غير أن هناك آراء أخرى ترى بأن القانون الذي يحكم السكوت هو قانون محل إقامة من صدر منه الإيجاب وذهب آخرون إلى الأخذ بقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب.

وتجدر الملاحظة إلى أن وجود الإرادة في حد ذاتها لا تدخل في نطاق قانون الإرادة، وإنما تبقى خاضعة إلى قانون الجنسية لأن الأمر يتعلق بالأهلية وهذه الأخيرة من الأحوال الشخصية وبالتالي يحكمها قانون الجنسية.

2ـ محل العقد:

الرأي الراجح فقها أن محل العقد يخضع إلى قانون الإرادة فهو الذي يبين لنا الشروط الواجب توافرها فيه، ومدى قابليته للتعامل من عدمه، وكيفية تعيينه وطريقة تحديد وجوده من عدمه، أو إمكانية تواجده.

غير أن بعض الفقهاء ذهب إلى أن ذلك لا يخضع إلى قانون الإرادة فحسب بل يخضع إلى قانون موقع المال في الحالات التي يكون محل العقد مالا، ويخضع إلى قانون محل تنفيذ العقد في الحالات التي يكون محل العقد عملا.

3ـ السبب "سبب العقد":

يخضع سبب العقد وفقا لرأي الأغلبية الفقهية إلى قانون الإرادة فهذا الأخير هو الذي يبين هل هو موجود او غير موجود، ومدى مشروعية السبب من عدمه، وهل المقصود منه السبب المباشر أو الباعث الدافع.

غير أن رأيا آخر ذهب إلى القول بأن كل ما يتعلق بمشروعية السبب من عدمه يخضع إلى قانون القاضي وإلا استبعد قانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي.

4ـ الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط الصحة:

قانون الإرادة هو الذي يحدد الجزاء إذ هو الذي يحدد لنا ما إذا كان البطلان مطلقا أو

نسبيا، ومن له حق التمسك بالبطلان، وأحكام تقادم دعوى البطلان، أما ما يرتبه البطلان من آثار كالتعويض مثلا فإنه يخضع إلى القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية لأن العقد لم يعد موجودا من الناحية القانونية.

ثانيا : من حيث آثار العقد والالتزامات الواردة فيه:

أ- بالنسبة إلى آثار العقد[14]:

*قانون الإرادة هو الواجب التطبيق على الآثار المترتبة على العقد كقاعدة عامة وذلك من حيث المستفدين من هذا العقد ومتى يجوز الاشتراط لمصلحة الغير وشروطه.

*قانون الإرادة أيضا هو الذي يحدد لنا مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، ويحدد لنا أيضا الدعاوى التي يجوز رفعها من طرف الدائنين كالدعوى البوليسية والدعوى غير المباشرة.

*قانون الإرادة هو الذي يبين لنا موضوع التعاقد بين الطرفين وما هي الإلتزامات المتولدة عن هذا العقد وأحكامها.

*قانون الإرادة أيضا هو الذي يرجع إليه في الحالات التي يحتاج فيها العقد إلى تفسير لمعرفة أحكام التفسير فيه والقواعد الواجبة الاتباع لتفسير العقد، مع الإشارة إلى أن مسألة العبارات الواردة في العقد من حيث مفهومها لا تخضع إلى قانون الإرادة بل تخضع إلى قانون الدولة التي تم فيها تحرير العقد.

*كذلك قانون الإرادة هو الذي يحدد لنا قواعد الفسخ الذي قد يتعرض له العقد بحيث نرجع إليه إلى معرفة شروطه، نوعه، والآثار المترتبة عليه.

ب - بالنسبة إلى تنفيذ العقد:

-قانون الإرادة هو المختص بكل الالتزامات الواردة في العقد والتي يجب تنفيذها، إذ هو الذي يحدد لنا أحوال تنفيذ العقد عينيا، ومتى يكون في حالات أخرى التنفيذ ليس عينيا بل يكون بمقابل، ويحدد أيضا كيفية تقدير التعويض وما هي عناصره، وما هي أحكام الشرط الجزائي الوارد في العقد، وحكم الفوائد إن وجدت فيه.

-ونشير إلى أن كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المتعلقة بالتهديد المالي والتنفيذ الجبري يخرج من دائرة قانون الإرادة ويخضع إلى قانون القاضي لأن في ذلك ما يتعلق بالأمن المدني لدولة القاضي والنظام العام.

-قانون الإرادة أيضا هو الذي يحكم مسألة التضامن، عدم قابلية الدين للتجزئة وهل الإعذار واجب أم لا، ويحدد أيضا ما يتعلق بعناصر المسؤولية التعاقدية والأسباب التي يمكن دفعها بها، يحدد أيضا مسألة الآجال وأسباب زوالها، قانون الإرادة أيضا هو المختص بكل وسائل تنفيذ الالتزام، واستحالة التنفيذ، وكذا القوة القاهرة التي قد تكون سببا لعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي.

ثالثا : من حيث انقضاء الإلتزام التعاقدي: [15]

وفقا للرأي الراجح فقها، فإن معظم المسائل القانونية التي تؤدي إلى انقضاء التزامات العقد تكون من اختصاص قانون الإرادة إذ يرجع إليه لمعرفة كل من:

-هو الذي يحدد طرق الانقضاء بالوفاء أو التنفيذ الاختياري وشروط صحته ومن يجوز له القيام بالوفاء ومن لا يجوز له ذلك وما هي الأشياء التي يقع عليها الوفاء، وفي أي زمان ومكان يتم الوفاء، شريطة ألا يكون الوفاء مخالفا للنظام العام للدولة التي يتم فيها الوفاء.

-كذلك قانون الإرادة هو المختص بحكم التجديد باعتباره سببا من أسباب انقضاء الإلتزام، غير أنه يجب أن ينشأ صحيحا وفقا للقانون الذي يحكم الالتزام القديم في الحالات التي ينشئ إلتزاما جديدا وكذا القانون الذي يحكم الالتزام الجديد.

-كذلك قانون الإرادة هو الذي يحكم انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه وطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العقد.

- قانون الإرادة أيضا هو الذي يحكم الإبراء باعتباره يؤدي إلى انقضاء الالتزام، إذ هو الذي يبين لنا هل تكفي إرادة الدائن وحدها لقيام الإبراء أم يجب الاتفاق على ذلك من طرف المتعاقدين معا.

-قانون الإرادة هو الذي يحكم التقادم المسقط الذي يؤدي إلى زوال الالتزام، إذ هو الذي يحدد الآثار المترتبة على التقادم وماهي مدته وهل يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه وما هي الأسباب التي تؤدي إلى إيقافه ومدتها.

-قانون الإرادة أيضا وفقا للرأي الراجح هو الذي يحكم المقاصة الاتفاقية أما القضائية فإنها تخضع إلى قانون القاضي على أساس أن الأمر متعلق بصلاحيات المحكمة وهو يمس بالنظام العام، أما القانونية فقد اختلف في شأنها الفقه، إذ أخضعها البعض إلى قانون الإرادة، وأرجعها البعض الآخر إلى قانون القاضي، وقال البعض الآخر بالقانون الذي يحكم الالتزام باعتباره هو الذي أدى إلى تحقيق المقاصة، وقال آخرون بوجوب تطبيق قانون الدين الذي يدفع بانقضائه بالمقاصة.

المراجع المعتمدة

1ـ اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الجزء الأول 2003.

2ـ علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري الطبعة الرابعة 1994.

3ـ جمال محمود الكردي: دروس في القانون الدولي الخاص الجزء الأول النظرية العامة للقانون الدولي الخاص تنازع القوانين

– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة 2005.

4ـ زروتي الطيب:

– القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية الجزء الأول تنازع القوانين مطبعة الكاهنة سنة 200.

–القانون الدولي الخاص الجزء الأول: تنازع القوانين ˝في ضوء القانون 05–10 المؤرخ في 20جوان 2005 مطبعة الدويرة 2008.

5ـ أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية القاهرة 1995.

6ـ محمود محمد ياقوت: الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية دراسة تحليلية ومقارنة دار الفكر الجامعي سنة .2004

7ـ عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية القاهرة 2004.

8ـ حسن الهداوي، تنازع القوانين في القانون الدولي الكويتي الطبعة الثانية 1979.

9ـ أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين دار النهضة العربية الطبعة الأولى سنة 2006.

10ـ أشرف وفاء محمد، استبعاد قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف الطبعة الأولى دار النهضة العربية سنة 2005.

11ـ هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص الدار الجامعية بيروت.

12ـ ناصر عثمان محمد عثمان القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني الطبعة الأولى دار النهضة العربية سنة 2009.

الهوامش:

1ـ أنظر في هذا المجال: أحمد محمد الهداوي، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ص 5 وما بعدها طبعة 1995.

2ـ أنظر في هذا المجال: عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ص 63 وما بعدها سنة 2004.

3ـ لقد أصبح قانون الإرادة معمولا به في معظم الدول سواء منها العربية التي نصت عليه في نصوصها التشريعية صراحة أو في بعض الدول الأروبية مثل ايطاليا واليونان وبلونيا التي قضت به أيضا صراحة في حين هناك دول أخرى أخذت به في أحكامها القضائية على الرغم من عدم النص عليه في تشريعاتها مثل ما يجري به العمل في القضاء الفرنسي.

4ـ حيث جاء في المادة 19 من القانون المدني"...أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراده تطبيقه) فهذه العبارة لم ترد في النص الجزائري بل وردت في القوانين العربية مثل القانون السوري والأردني والسوداني والكويتي والعراقي واليمني.

5ـ نظر في هذا المجال وقارن مع ما ذهب إليه، عادل أبو هشيمة المرجع السابق ص 75 وما بعدها.

6ـ أنظر في هذا المجال: عادل أبو هشيمة محمود حوته المرجع السابق ص 94.

7ـ أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 421 وما بعدها.

8ـ هناك من يرى بأن موقف المشرع الجزائري يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية مع العلم أنه ليست كل العقود لها علاقة بالتجارة الدولية راجع الرأي المشار إليه أعراب بلقاسم المرجع السابق ص 307.

9ـ قارن مع ما ذهب إليه: أشرف وفاء محمد في كتابه: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف الطبعة الأولى ، دار النهضة سنة 2005ص 17 وما بعدها.

10ـ أنظر في هذا المجال: محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 2004 ص 98 وما بعدها.

11ـ أنظر في هذا المجال حسن الهداوي، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الكويتي الطبعة الثانية 1979 ص 196 وما بعدها أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين دار النهضة العربية ص 164 وما بعدها طبعة أولى 2006.

12ـ أنظر: ناصر عثمان محمد عثمان القانون الدولي الاخاص الكتاب الثاني الطبعة الأولى 2009 ص 193.

13ـ أنظر: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الدار الجامعية بيروت ص 264 وما بعدها.

14ـ أنظر: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 194 هشام علي صادق المرجع السابق ص 265.

15ـ أنظر: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 194.