جامعة مولود معمري-تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ضوابط إعمال مبدأ سلطان الإرادة

مذكرة تخرج لنيل شهادة
الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتان:
- لعطاب ثينهينان
- مجبر تسعديت

الأستاذ المشرف
سعد الدين

لجنة المناقشة

د/قونان كهينة		رئيسا
د/امحمد سعد الدين	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا
د/داني ليندة		ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2020/12/09

بسم الله الرحمن الرحيم

"قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

سورة البقرة الآية 32

شكر وعرفان

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل سعد الدين لقبوله الإشراف على البحث ولم يبخل بالنصح والإرشاد والتوجيه وأتقدم بالشكر إلى كل أساتذة مشواري الدراسي بكلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو.

وأشكر كذلك كل القائمين بإدارة المكتبة وكل العاملين فيها.
كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة لأفاضل أعضاء جنة المناقشة.

إهـــداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى أبي رمز العطاء والحب والى أمي الغالية على قلبي حفظهما الله.

وإلى أخي وأختاي بكل محبة وتقدير.

وإلى نعمة أنعمها الله على زوجي.

كما اهدي هذا العمل إلى كل زملائي في قسم الحقوق والى كل من ساندني لإنجاز هذه المذكرة.

لعطاب ثينهينان

إهـــــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وعلى اهله وأصحابه أجمعين أما بعد احمد الله الذي وفقنا طوال مسيرتنا الدراسية للوصول لهذه الخطوة مذكرتنا ثمرة جهدنا ونجاحنا التي اهديها إلى أبي العزيز وأمي الغالية حفضهما الله

إلى أختاي وفقهما الله والى عائلتي الكبيرة.

إلى صديقاتي اللائي كانوا برفقتي وساندتني في مشواري الدراسي.

والى من ساهم في انجاز هذا العمل المتواضع.

مجبر تسعديت

مقدمـــــة

تعددت العقود في مجال المعاملات من اجل إشباع حاجات الأفراد وتحقيق غايتهم. والعقد في مفهومه العام وسيلة لتمكين الشخص من تحقيق بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية، ويعني تلاقي إرادتين أو أكثر من اجل إحداث أثر قانوني، فالإرادة هي أساس العقد.

تعتبر إرادة الإنسان حرة بطبيعتها في إبرام العقود، فهي المحرك الذي تدور حوله الحياة الاجتماعية، إذ لا يمكن أن يلتزم الإنسان إلا بما ارتضى به. كما أن العقد ذاته ليس له أي قيمة قانونية أو أدبية إلا إذا كان ناتجا عن التراضي.

وهذا ما يجعل الإرادة جوهر المبادلات التجارية، والأساس القانوني لها عملا بالقاعدة المعروفة أن العقد شريعة المتعاقدين. وهو ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة **(l'autonomie de la volonté).**

ومن منطلق مبدأ سلطان الإرادة، انها تنشا من العقود والتصرفات ما تشاء، ما دامت في إطار القانون ويترتب عن ذلك أن يكون للمتعاقدين إدراج ما يشاءون من البنود والشروط في عقدهم، كل ذلك من اجل تحقيق مصلحتهم.
ومتى نشا العقد صحيحا وفقا لإرادة المتعاقدان اعتبر شريعة لهم مما يعني أن مبدأ سلطان الإرادة كان الأصل في التعاقد.

لذلك الفقه قسم مبدأ سلطان الإرادة إلى قسمين، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع. (مبدأ الرضائية) ويعني القسم الأول أن الإرادة وحدها كافية لإبرام التصرفات القانونية، وإنشاء التزامات على عاتق المتعاقدين دون أن تفرغ هذه الإرادة في شكل معين.

أما من حيث الموضوع فنعني به انه تطابق الإرادتين ولكن أحيانا لا يكفي لإبرام العقد، وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع العقود من حيث تكوينها أو إفراغها في قالب معين.

تدخل المشرع بوضع ضوابط لمبدأ سلطان الإرادة، حتى لا يترك للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وإدراج ما يشاءون فيها من بنود كل ذلك من اجل أن يبقى العقد خاضعا للقانون ويتفادى فكرة العقد الطليق، بحيث عرف هذا المبدأ رواجا أكثر في العقود الدولية مقارنة مع العقود الداخلية، الذي يمنح للأطراف الحرية في بإبرام العقود التي تخدم مصالحهم بداية المفاوضات مرورا بإبرام العقد وصولا إلى تنفيذه. و الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ولهم الحق في اختيار حكم المبادئ العامة والعادات والأعراف التجارية، كما يمكن لهم الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في المنازعات التي قد تنشا عن العقد.

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دور كبير في حل مشكل تنازع القوانين المثارة بشأن العقود الدولية، وكان المنطلق الأساسي لتدويل هذه العقود التي أخذت به اغلب التشريعات الوطنية، واعتبرته من أهم ضوابط حل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية ومع ذلك تبقى حريتهم دائما غير مطلقة.

أقر المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة من خلال المادة 18 من القانون المدني[1] إلا انه اشترط لإعماله ضوابط وجب على القاضي مراعاتها من اجل أن يضل القانون ذو صلة بالعقد والمتعاقدين، مع إعطاء الشرعية للعقد ذاته في إطار القانون ولذلك نطرح الإشكالية التالية:
بما أن مبدأ سلطان الإرادة يحل مشاكل تنازع القوانين فما الغاية من تدخل المشرع لوضع استثناءات للمبدأ؟ أو بصيغة أخرى إلى أي مدى يمكن تطبيق قانون الإرادة على العقد؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية نقسم الموضوع الى فصلين
الفصل الأول نتناول فيه الإطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الإرادة
الفصل الثاني نعالج فيه موضوع مبدا سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد

1 أمر رقم 75_58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1957، (المعدل والمتمم).

الفصل الأول
الإطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الإرادة

يعتبر العقد الإطار العام الذي يعبر عن إرادة الطرفين، فتحدد بموجبه ملامح وشروط العقد المراد إبرامه، كما تحدد أيضا نوعية وماهية هذا العقد وأثاره التي تقوم البعض منها على سلطان الإرادة.

أصبحت الإرادة الحرة هي المهيمنة على اغلب الالتزامات، وتعد جوهر التصرفات القانونية التي تصدر عن الأشخاص. ونظرا لأهمية هذا المبدأ لابد من تبيان مفهومه **(المبحث الأول)**، وتحديد أسسه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول
مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يحدد مبدا سلطان الارادة مدى شرعية العقد بتوافق إرادة الشخص مع العقد المراد إبرامه، ولهذا حاولنا في دراستنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين **(المطلب الأول)** سندرس فيه المقصود بمبدأ سلطان الإرادة وفي **(المطلب الثاني)** المبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول
المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

يعتبر العقد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة. وسنبين ذلك من خلال تعريف مبدأ سلطان الإرادة **(الفرع الأول)** ومبرراته **(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول
تعريف مبدأ سلطان الإرادة

اعترف الدين الإسلامي بمبدأ سلطان الإرادة، يتجسد هذا الأخير عن طريق العبادات والمعاملات، يعتبر من أهم شروط إبرام العقد، ذكر في العديد من الآيات والأحاديث واعترف به **(أولا)** كما اهتم به الفقه بإيراد تعريف له **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الفقه الإسلامي لمبدأ سلطان الإرادة:

لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة بهذا الاسم[2]إلا أن معناه ومضمونه يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي، وكان أول مبدأ عرف آنذاك هو كفاية الرضا لإنشاء العقود، والثاني حرية الإرادة في تحديد أثار العقد[3].

جعل الله سبحانه وتعالى الإنسان حر في عبادة الدين حيث قال سبحانه وتعالى «**لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي**[4]» يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أقرت هذا المبدأ وتبنته من خلال منح الحرية في اختيار دين معين بدون إكراه فالإرادة هي أساس الاعتداد بالدين الإسلامي من عدمه.

وذكر ذلك في عدة آيات قرآنية منها «**وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر**»[5] و«**نحن اعلم بما يقولون وما أنت عليهم بجبار فذكر بالقران من يخاف وعيد**»[6].

نفس الشيء مذكور في السنة والأحاديث النبوية في قول الرسول صلى الله عليه وسلم «**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى مهاجر إليه"**[7].

يتضح من هذا الحديث أن قواعد الدين اعتبرت الإرادة أساس العبادات والمعاملات، فالأعمال لا تصلح شرعا إلا بالنية أو الإرادة[8].

---

[2]عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، د س، ص14.

[3] بوكماش محمد، أثر الجعلية في تقييد الإرادة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، جامعة خنشلة، الجزائر، العدد 13، سنة 2012، ص ص 132-152.

[4]سورة البقرة آية 256 .

[5] سورة الكهف آية 29 .

[6] سورة ق آية 45.

[7] إسلام ويب، شرح الأربعين النووية حديث إنما الأعمال بالنيات، الإمام البخاري في الصحيح باب بدء الوحي الجزء 1 03/05/2005محمول من الموقع islamway.net.

[8] حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر 2007، ص11.

تظهر حرية الشخص في التعاقد في الشريعة الإسلامية في كافية الرضا لإنشاء العقود دون إلزامية الشكلية، لم تكن من قبل الإسلام امة ذات تاريخ تشريعي يقضي انه بمجرد التراضي يولد عقد ملزم، فالإسلام الغي جميع القيود التي تقع على المتعاقدين عند إبرام العقد، يمكن إبرام العقود التي يريدونها ما دامت قائمة على التراضي بين الأطراف، أي الشكلية ليست مهمة ولم توصف كقيد عند إبرام العقود مهما كانت[9].

ثانيا: التعريف القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

لا يوجد في الدراسات والبحوث القانونية تعريفا مباشرا لمبدأ سلطان الإرادة، رغم أن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مع التزامها بحدود النظام العام والآداب العامة[10].

لكن يمكن أن نجد تعريفه عند بعض الفقهاء ونذكر منهم الفقيه **كانط** الذي عرفه على انه **«صفة تلحق الإرادة ومؤده أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها وبمعنى أخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث أخر ملموس"**[11].

كما يرى الدكتور **محمد صبري السعدي** أن الإرادة المشتركة لطرفين هي أساس العقد، وهذه الإرادة هي التي تحدد أثار العقد، والقانون يقوم بتحقيق غاية هذا العقد.[12]

أما الدكتور **عبد الرزاق السنهوري** يعرف الإرادة بربطها لحرية الشخص التامة في إبرام العقود، بشرط ألا تتعارض هذه الحرية في التعاقد مع حرية الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق المصلحة مع مصلحة الجماعة[13].

---

[9] دبابشي عبد الرؤوف، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية عدد 44 جامعة خيضر بسكرة 2016، ص ص 257-273.

[10] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2012/2011، ص4.

[11] مشار إليه في تقية محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الامة، الجزائر،1995، ص6.

[12] صبري السعدي محمد، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر،2009، ص43.

[13] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000، ص153.

وعرفه كذلك الدكتور **عبد الحميد علي فودة** بقوله **"يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، وإنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد أثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه"**[14].

الفرع الثاني
خصائص مبدأ سلطان الإرادة

تدعم مبدأ سلطان الإرادة عدة مبررات، أولها أن للشخص كامل الحرية في التعاقد (**أولا**) وهذه الحرية تشترط عدم المساس بحرية الآخرين (**ثانيا**) وتخضع هذه الأخيرة لرقابة ولكن هذه الرقابة لابد من أن تكون ضيقة(**ثالثا**) عملا بما ارتضوا به الأطراف المتعاقدة.

أولا: حرية الشخص في التعاقد

لا يلتزم الشخص اتجاه أحد الأشخاص إلا إذا أراد ذلك بحريته[15]، والإرادة حرة في أن تتعاقد أو تمتنع عن التعاقد أو في أن تتجه أو لا تتجه إلى ما اتجهت إليه إرادة أخرى بما لها من استقلال عنه[16].

تعطي الحرية للمتعاقدين الحق في إنشاء ما يشاؤون من تصرفات قانونية، وتحديد أثارها وفقا لإرادتهم الحرة، سواء من الناحية الشكلية او الموضوعية، ولهم كامل الحرية في إبرام العقود التي يريدونها دون فرض أي قيد عليهم، فيكونون على علم بالمصالح التي يريدون تحقيقها من جراء ذلك، ولا يمكن أن نتصور شخص يتعاقد على ما لا يرجع عليه بالمنفعة وعدم تحقيق مصلحة ما، فلهذا الأخير الحرية التامة في الاتفاق على ما يحقق مصالحه ولكن في إطار القانون وذلك حسب طبيعة الالتزام، الذي يكون مصدره إرادة الشخص[17].

---

[14] عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق 14.

[15] حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق ص11.

[16] محمد علي محمد بابكر أبو سبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة للحصول على درجة الماجيستر في الشريعة الإسلامية، قسم الرابعة كلية القانون، جامعة الخرطوم، ص 18.

[17] فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 26.

ويعد رفض التعاقد أحد مظاهر الحرية، فلا يمكن لأحد أن يدخل في علاقة تعاقدية إجباريا. اذ ينبثق من حرية التعاقد أن للشخص الحق في اختيار الطرف الذي يريد التعاقد معه ويتجسد هذا الأخير عن طريق الاتفاق بكل حرية على الحقوق والالتزامات التي تقع عليه[18].

تعتبر نظرية العقد الاجتماعي التي يرجع أصلها إلى أفلاطون الممتدة في الفترة ما بين القرن الثامن عشر والتاسع عشر سندا قويا وداعما لمبدأ سلطان الإرادة، فحسب هذه النظرية الأفراد يولدون أحرار وأسياد لأنفسهم ولا يخضعون إلا لإرادتهم، وهذه الأخيرة هي التي تصنع قانونهم، والقيود التي تفرض عليهم ارتضوها لأنفسهم، ولذلك قيل أن العقد هو الصورة المثالية للعدل[19].

ثانيا: عدم المساس بحرية الآخرين

يرى جانب من الفقه انه يمكن وضع قيود على الإرادة لاعتبارات معينة، كالنظام العام والآداب العامة بغرض حماية حقوق وحريات الآخرين.
لأي شخص الحرية في التعاقد، لكن هذه الحرية ليست مطلقة فلا يمكن أن تتعارض مع حرية الآخرين، يجب أن يكون هناك نوع من التوازن بين حريات الأفراد وعدم المساس بحقوقهم لتفادي الفوضى[20].

تنطلق هذه النظرية التي رفع لوائها جون جاك روسو، من انه ينشا من العقد مجموعة من إرادات أفراد المجتمع، وهذه الإرادات هي مصدر السلطة والقانون في المجتمع، ينبثق منه النظام السياسي فيعتبر العقد الصورة المثالية للعدل وينبغي احترامه[21].

---

[18] حنيفي فاطمة، إرادة المتعاقدين بين الإطلاق والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، سنة 2018/2017 ص 155.

[19] عاشور عثمان، عبد الفاتح فريدة، مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ص 1، 2014/06/16.

[20] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص12.

[21] صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، رسالة دكتوراه في علوم القانون الخاص، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2018/2017 ص 34.

ثالثا: خضوع الحرية لرقابة قانونية ضيقة

تخضع الحرية لرقابة قانونية ضيقة، فالقانون والقاضي ليس لهما التدخل للتضييق على حرية المتعاقد وإلزامه على إتباع قواعد العدالة أو النظام العام، احتراما لفكرة التضامن الاجتماعي، أو إيقاف التعسف في استعمال الحق، لأن إرادة المتعاقد هي التي اتجهت إلى تحمل هذه الالتزامات، اما القاضي فيسهر فقط على احترام الشخص لحرية الآخرين ودوره يجب أن يبقى محايد[22].

المطلب الثاني
المبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة

يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة عدة مبادئ وتتمثل في أن الالتزامات التي تنشا بين المتعاقدين ملزمة بين الأطراف المبرمة للعقد **(الفرع الأول)** ولهم الحق في تحديد آثاره **(الفرع الثاني)** الى جانب أهم المبادئ التي أقرتها العديد من النظم القانونية أن العقد شريعة المتعاقدين **(الفرع الثالث)**.

[22] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص6.

الفرع الأول
الالتزامات التعاقدية هي الأصل

تنشأ الإرادة التزامات على عاتق المتعاقدين، هذه الالتزامات هي الأصل والواجبة التنفيذ، لأن الشخص حينما يتعاقد بمحض إرادته فهو يريد تحقيق مصلحة ما هو أدرى بها، اذ لا يمكن تصور أن يتعاقد الشخص على ما لا مصلحة له فيه، فهكذا يحدث توازن تلقائي بين المتعاقدين.

وقد أكد الفيلسوف الفرنسي فوييه (fouille) على ذلك بقوله "كل ما هو تعاقدي فهو عادل"[23].

وقد هيمن مبدأ سلطان الإرادة على جميع مصادر الالتزام، اذ لا يمكن للمتعاقدين أن يلتزموا إلا بإرادتهم الحرة، فينتج عن ذلك أن الالتزامات التعاقدية هي الأصل، وهذا العقد يترجم إرادة خالصة، إذ أن إرادة المدين وحدها التي تلزمه[24].

الفرع الثاني
الحرية في تحديد آثار العقد

إنطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة يتحدد مضمون العقد وأثاره، لأن كل الطرق التي يسعى بها المتعاقد لتحقيق مصالحه يكون على علم بها، فالتوازن بين هذه المصالح المختلفة ستجسده تلك الشروط المذكورة في العقد، وهو الذي يحقق العدالة بين طرفي العقد[25].

تجدر الإشارة أن أثار العقد يقتصر على المتعاقدين فقط لأنه لا يجوز للغير أن يتحمل التزامات وأن يكتسب حقوق لم يكن طرفا فيه[26].

تنشا الإرادة التزامات تخضع للإرادة الحرة، يظهر هذا من ناحيتين فالأولى أن كل ما ارتضاه المدين دين في ذمته وينتج العقد أثاره حتى وإن وقع أحد الأطراف في الغبن، لأن نشوء هذا الالتزام كان بموجب إرادة حرة.

لا يشترط أن يكون هناك تعادل في الالتزامات، بل يكفي أن يكون تعادل بين الشخصين المتعاقدين عند توفر كل منهما على حرية وإرادة مستقلة، أما من الناحية الثانية إن العقد قد تم بتوافق إرادتين مستقلتين فلا يمكن لأحد الأطراف تعديله بصفة منفردة، ولا يجوز للقاضي أن يعدل فيه أو أن يضيف له ما ليس منه[27].

---

[23] بودالي محمد، المرجع السابق، ص 10.

[24] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 120.

[25] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

[26] بوزرق احمد، بوزرق خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 4 العدد 2، سنة2019 ص ص 134-150.

[27] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثالث
قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

سيطر مبدأ سلطان الإرادة على العقد ونتج عن ذلك الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي نص عليه اغلب التشريعات ومنها الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه:**" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"**[28].

فلا يمكن لأحد الأطراف أن ينهي العقد أو أن يعدله بموجب إرادته المنفردة طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لان ذلك يمكن أن يؤثر سلبا على أحد أطراف العقد الذي ينشأ عن طريق الإرادة الحرة، وإذا نشأ بصفة صحيحة تولد للعقد قوته الإلزامية للأطراف السعي لتنفيذه[29], وبذلك يمكن ان يعتبر كالقانون بالنسبة للمتعاقدين، فلا يجوز لأحد الأطراف التهرب من التزاماته. أما بالنسبة للقاضي فلا يستطيع نقص أو تعديل ما اتفق عليه أطراف العقد وذلك عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فهو ملزم باحترام مضمون العقد وما جاء فيه، ولا يمكن أن يقوم بتعديله إلا إذا كان هذا التعديل تقتضيه العدالة العقدية، لأن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين[30].

---

[28] المادة 106 من القانون المدني، المرجع السالف الذكر.

[29] السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 24.

[30] علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر تلمسان، سنة 2008/2007، ص 14.

المبحث الثاني
أسس مبدأ سلطان الإرادة

هيمن مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات التعاقدية، واستند على اعتبارات وأسس وفق التطور والمراحل التي مرت بها العلاقات القانونية للفرد، هناك من إعتمد على حجج فلسفية **(المطلب الأول)** وهناك من جعل أساسها على الحرية الاقتصادية والمنفعة الاجتماعية **(المطلب الثاني)**، وهناك من برر أساسها بحجج قانونية **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول
الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

يعتبر الإنسان حر في إنشاء القواعد والعلاقات التي يخضع لها، فالحقوق الشخصية مصدرها الإرادة، وأساس هذه الإرادة تتمثل في الحرية الطبيعية للإنسان **(الفرع الأول)** والعقد الإجتماعي **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول
مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان

يرى أنصار المذهب أن الفرد هو ركيزة النظام الاجتماعي، مضمونه ان الشخص حر في إبرام العقود طواعية دون أي ضغط أو إكراه لأن شخصية الفرد لا تكتمل إلا بحريته، ليس للشخص قبول أي التزام لا يتماشى مع مصلحته ولم يرتضي عليه لأن كل التزام أساسه التراضي، الذي يتفق مع القانون الطبيعي القائم بدوره على الحرية الشخصية التي يجب احترامها[31].

وقد إستعمل **«كانط» للمرة** الأولى سلطان الإرادة واعتبر أن الإرادة هي القانون فيما بين الأطراف المتعاقدة وهي مصدر كل التزام، فالحرية هي الحق الأساسي للفرد ولا يمكن أن ينشأ إلتزام دون إرادة الفرد لأنه يتنافى مع العدالة والمنطق الطبيعي. فالقانون الوضعي السليم هو القانون الذي يستمد قواعده من إرادة الأفراد[32]، وبما أن مصدره هو الإرادة، فهي أساس وجود وتكوين العلاقة التعاقدية.

---

[31] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 120.

[32] حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016 ، ص 31.

كرس هذا المبدأ في مجال العقود بصفة مطلقة منذ أن سيطر النظام الرأسمالي[33]، حسب هذا النظام الإرادة هي التي تنشأ العقود، ولا حدود لحرية الأفراد سواء من ناحية مضمون العقد وآثاره[34].

بني مبدأ سلطان الإرادة على الأفكار والتحاليل الفلسفية مفادها أن الناس ولدوا أحرار ولا يخضعون للإرادة أي كان، فهي مطلقة وخالية من أي قيد وحسب رأيهم أن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام والتعاقد[35].

مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الفلسفية له علاقة بالحرية الطبيعية للإنسان، والقاعدة القانونية لها علاقة بالفلسفة السائدة في القرن الثامن عشر، وهذا ما يعطي للافراد الحق في مواجهة الدولة، التي يجب أن تكرس له الحرية بصفة طبيعية عن طريق الإعتراف بها[36] فإنه يتمتع بحقوق طبيعية ذاتية، ودور المجتمع هو حماية هذه الحقوق الطبيعية، فلا يمكن إخضاع الفرد لقوانين غيره فيخضع الشخص للا شرعية الذاتية[37].

[33]بودالي محمد، المرجع السابق، ص 6.

[34] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 22.

[35]Benslmane née Haj Mokhtar Keila De la théorie de l'autonomie de la volanté des effets dans le droit contractuel Algérienne, Mémoire de Magister en Droit Privé Institut de Droit et Science Administrative inv, Oran, 1983, p 6 et 8 .

[36] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 35.

[37] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2010، ص 48.

الفرع الثاني
مبدأ سلطان الإرادة والعقد الإجتماعي

تعتبر نظرية العقد الإجتماعي سندا قويا لمبدأ سلطان الإرادة التي رفع لوائها **جون جاك روسو**، مفاد هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرض عليه من حقوق وإلتزامات[38].

يتمتع الأفراد بالحرية فيمكن أن يتنازلوا بإرادتهم عن البعض منها، ويكون ذلك في الحدود والشروط التي يحددها العقد الإجتماعي، والقانون الوضعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة الجماعية وليس هناك قاعدة أفضل من تلك التي تنشأ طواعية وجعلها قانون لهم بمحض إرادتهم الحرة وذلك لتحقيق العدالة ولحماية المال العام[39].

يفترض موافقة كل فرد ضمنيا على قوانين المجتمع عند إبرام هذا العقد الإجتماعي، وبالتالي فعلى الفرد تحمل الضغوطات وإختلال في التوازن التي قد تنتج عن إعمال هذه القوانين، إذا أنقض هذا الميثاق إستردوا الأفراد حريتهم الطبيعية التي عدلوا عنها في سبيل المجتمع واستقراره[40].

المطلب الثاني
الأساس الإقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

يدعم مبدأ سلطان الإرادة أسباب وأسس أخرى، فمنها الأسس الإقتصادية الذي يرتكز على فكرتين مبدأ سلطان الإرادة والحرية الإقتصادية **(الفرع الأول)** والى جانب المنفعة الإجتماعية **(الفرع الثاني).**

[38] عشور عثمان، عبد الفاتح فريدة، المرجع السابق، ص 8.
[39] حليس لخضر، المرجع السابق، ص 32.
[40] روسو جون جاك، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعتر، مؤسسة الهنداوي لتعليم والثقافة مصر،2013، ص 38.

الفرع الأول
مبدأ سلطان الإرادة والحرية الإقتصادية

ناد الفيزيوقراطيون (physio crate) بالحرية الإقتصادية، على اساس ترك للناس الحرية في النشاط الاقتصادي وفتح أبواب المنافسة بينهم لستستقر الأمور من الناحية الاقتصادية، أي أن الإرادة وحدها المهيمنة على الاقتصاد، العقود لا تخضع إلا لمبدأ سلطان الإرادة[41].

يرتكز مبدا الحرية الإقتصادية هو على مقولة مشهورة " **دعه يعمل ودعه يمر"**، اذ يعطي للأفراد الحرية في إبرام من العقود ما يشاءون، وهذا المبدأ وسيلة لإنشاء علاقات أكثر عدلا ونفعا فيما بينهم[42].

يرى المذهب الإقتصادي الليبرالي أساس إبرام أي عقد هي الإرادة، فهي التي تفرض سلطانها على المتعاقدين[43]، وتستمد العلاقات التعاقدية قوتها الملزمة من أساس إرادي محض قوامه الحرية المطلقة للإرادة، فحرية المبادرات الفردية تضمن تلقائيا ازدهار التوازن الإقتصادي[44].

الفرع الثاني
مبدأ سلطان الإرادة والمنفعة الإجتماعية

ويترتب عن العقود إقرار الحقوق وفرض التزامات والهدف منها تنظيم العلاقات القانونية واستقرار المعاملات الاقتصادية والإجتماعية لتحقيق النظام العام في المجتمع[45]، ومن ثم تحقيق الطمأنينة والسكينة.

لتسهيل المبادلات الضرورية يجب استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الإجتماعية[46].

---

[41] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 122.

[42] عشور عثمان، عبد الفاتح فريدة، المرجع السابق، ص 9.

[43] غستان جاك، المطول في القانون المدني ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،2000، ص48.

[44] عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2006، ص ص83 و127.

[45] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص27.

[46] سعدون يسين، أثر الظروف الإقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون الوضعي، القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2017-2018، ص 14.

المطلب الثالث
الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

إبرام العقد من أقدم التصرفات التي عرفتها البشرية، فأصبح داعما وأساس المبادلات الأفراد، وقد مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة وترك صدى لما يسود في كل عصر سواء في ظل القانون القديم **(الفرع الأول)** أو في ظل التشريع الحديث **(الفرع الثاني).**

الفـــرع الأول
في ظل النظم القديمة

عرف مبدأ سلطان الإرادة تطور في ظل القوانين الرومانية**(أولا)** منذ بداية العصر الروماني إلى نهايته، كما استقلت الإرادة في التعاقد تدريجيا في القانون الكنسي**(ثانيا)**.

أولا: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القوانين الرومانية:

تطور مبدأ سلطان الإرادة في ظل القوانين الرومانية، فقد إعترفوا به بعدما كانت في بداية العصر الروماني العقود الشكلية هي المسيطرة.

1_في بداية العصر الروماني:
لم يعرف القانون الروماني مبدأ سلطان الإرادة لأن العقود الشكلية هي التي كانت المسيطرة على أوضاع معينة، المتمثلة في الحركات والإشارات، الألفاظ، الكتابة...

كان العقد يستمد قوته من صحته وليس من مضمونه، إذا كان العقد صحيح من الناحية الشكلية فيعتبر عقدا منتجا لأثاره حتى ولو كان السبب الحقيقي غير موجود أو غير مشروع أو الإرادة معيبة[47].

العقود لا تبرم بمجرد توافق إرادتين وإنما المراسيم الخارجية هي التي تنشأ الإلتزام أي أن العقد يستمد صحته من شكله[48].

يرتبط العقد في القانون الروماني بالحياة الإجتماعية للرومان، فينظر إلى العلاقة بين المتعاقدين بوصفها علاقة دينية وليست قانونية ولم يكن يعتد بالإرادة بمفردها لإبرام العقد، كانت العقود آنذاك تنظر إلى الشكل واللفظ دون النية والقصد. إذا كانوا لا يعترفون بالغبن، ويكون العقد منتجا لأثار ملزمة للطرفين بمجرد أن يلبس بعض الشكليات، وتخلفها يؤدي إلى بطلان العقد[49].

---

[47] عشور عثمان، عبد الفاتح فريدة، المرجع السابق، ص 10.
[48] دبابشي عبد الرؤوف، دغيش حملاوي، المرجع السابق، ص 257-273.
[49] حليس لخضر، المرجع السابق، ص 23.

2_ في نهاية العصر الروماني

تطور المجتمع الروماني إذ أصبحوا يميزون بين الشكل المطلوب والإرادة في العقد، مما أدى إلى التخفيف من حدة الشكليات في العقود، وذلك لعدة أسباب المتمثلة في إتساع إقليمها الجغرافي والحاجة إلى إجراء المعاملات والمبادلات التجارية.

فاصبح القانون الروماني القديم لا يتماشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية خاصة بعدما كثر فيها الأجانب بحيث كانوا يمارسون أنشطة مختلفة تم فتح الباب للمبادلات التجارية واستوجب وضع قوانين لحماية هذه الفئة[50].

كان القانون الروماني لا يطبق إلا على الرومان، ولم يوجد أي هيئة للفصل في نزاعات بين الأجانب والرومان والأجانب فيما بينهم مما أدى في سنة (242 قبل الميلاد) إلى إنشاء بريتور **(praetor peregrinus)** الأجانب، ووضعوا قواعد ونظم قانونية خالية من الشكلية وذلك لتأثير القواعد العامة للعدالة التي أقرتها الشعوب المجاورة وعادات الأجانب[51]، ومن هنا يبرز مبدأ سلطان الإرادة بعدما كان قائم على الشكلية البحتة، فأصبحت الإرادة تلعب دور مهم في إنشاء العقود.

[50] فرج رضا، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1976، ص 127.
[51] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القانون الكنسي

كان العقد قائم على فكرة دينية مفادها أن من قطع عهد يستوجب تنفيذه تجنبا للخطيئة والإثم وساد مبدأ في ذلك العهد هو **"لا يرعى عهد من لا له عهد"**[52].

يلتزم الأطراف بتنفيذ العقد باعتباره عهدا والعهد الذي يقطعه الأطراف هو أساس القوة الملزمة للعقد وهو واجب التنفيذ تجنبا من الوقوع في الخطيئة. انتقلت الكنيسة من فكرة العقوبة إلى الإلتزام المدني على المتعاقدين لتنفيذ التزامهم ليس فقط خوفا من العقوبات الدينية ولكن تجنبا للعقوبات الدنيوية[53].

سيطرت الكنيسة في العصور الوسطى على أوروبا وفرضت عليها قوانينها ونظمها، أو استقرت إرادة الفرد في التعاقد تدريجيا ولم يكن ذلك دفعة واحدة وكلما تطور مبدأ سلطان الإرادة في العقود واستقل تراجعت الشكلية، وبعد التطور في مجال مبدأ سلطان الإرادة أصبحت الإرادة كافية لإنشاء العقود[54].

23

[52] أشار اليه العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة) الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004 ،ص 295.

[53] دبابشي عبد الرؤوف، حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 251-273.

[54] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

الفرع الثاني
مبدأ سلطان الإرادة في ظل القانون الحديث

تراجع دور الكنيسة في القرن السابع عشر ميلادي من خلال الإصلاحات الدينية بتأثير النظريات الفلسفية والسياسية الاقتصادية التي تدعو إلى تمجيد الفرد خاصة الرأسمالية إزداد إنتشار مبدأ سلطان الإرادة[55].

ناد الفزيوقراطي يونب بالحرية في التعاقد عن طريق تكريس الحرية الاقتصادية، وتأثروا الكثير من الفلاسفة بهذا المبدأ، فقدسوا الحرية الفردية وعلى رأسهم الفيلسوف **"جون جاك روسو"** التي كانت فلسفته من إحدى خلفيات الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر، وكان تقنين نابوليون سنة 1804نموذج احترام وتقديس حرية الفرد.

كان وراء الاعتراف بحرية الفرد في القانون الفرنسي عدة خلفيات متمثلة في الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي، أدت الرغبة في تشجيع التجارة والصناعة في ظل النظام الرأسمالي إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة، لأنه من الضروري أن يقوم العقد على الإرادة الفردية، فمبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تنظيم العلاقات خاصة التجارية ويؤدي ذلك إلى استقرار المجتمع[56].

[55] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 156.
[56] بوزرق أحمد، بوزرق خديجة، المرجع السابق، ص ص 134-150.

الفصل الثاني
مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد

تتميز العلاقة التعاقدية في إطار العقود الدولية بوجود عنصر أجنبي يتحدد على ضوء جنسية أحد المتعاقدين أو محل إبرام العقد وتنفيذه[57]، والمشرع منح للأطراف المتعاقدة الحق في إخضاع عقدهم لقانون الإرادة واعتبارها كضابط إسناد لحل مشاكل تنازع القوانين [58]**(المبحث الأول)** لكن الحرية التي منحها المشرع ليست مطلقة بل هناك عليها بعض القيود القانونية للتقليص من هذه الحرية **(المبحث الثاني).**

المبحث الأول
إخضاع العقد الدولي لمبدأ سلطان الإرادة

يخضع العقد الدولي لقانون الإرادة، ويعتبر أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي كرسته قواعد تنازع القوانين في كل الأنظمة القانونية.

يقصد بتنازع القوانين انه تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي[59]، والمادة 18 من القانون المدني الجزائري[60]جعلت الإرادة كضابط إسناد لحل مشاكل تنازع القوانين **(المطلب الأول).**

ويترتب على إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة عدة نتائج لابد من التطرق إليها **(المطلب الثاني).**

---

[57] مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في ظل التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف، سوق هراس، 2019، ص 1.

[58] عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد10، العدد03، 2019، ص ص 364-373.

[59] عيد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص ص 364-373.

[60]المادة18 من الأمر رقم10/05 المعدل والمتمم لأمر رقم58/75، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، الصادر 2005.

المطلب الأول
قانون الإرادة كضابط إسناد لحل
مشاكل تنازع القوانين

تعمل قاعدة الإسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية على البحث عن القانون المختص في الفصل في النزاع.

وتعرف أنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الأكثر ارتباط بالعلاقة القانونية ذات الطابع الدولي[61], واغلب التشريعات اعتبرت قانون الإرادة ضابط إسناد لحل مشاكل تنازع القوانين **(الفرع الأول)** ولتعين قانون الإرادة يجب الاعتداد بعدة ضوابط وضعها المشرع **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول
مضمون فكرة قانون الإرادة

يرجع مصدر فكرة قانون الإرادة إلى المدرسة الايطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات العامة قانون مكان إبرامها شكلا وموضوعا, فبرروا ذلك على أساس أن إرادة الأطراف اتجهت إلى ذلك ضمنيا[62]، فسره **Rochus Curtins** بان إخضاع العقد لقانون محل إبرامه هو إرتضاء المتعاقدين بذلك ضمنيا، وبلور الفقيه **Dumoulin** فكرة قانون الإرادة بخصوص قضية الزوجين **"دوجاني",** أشار أنه انصرفت إرادة الزوجين ضمنيا إلى تطبيق قانون موطن الزوجين[63].أصبح من حق الأطراف في استبعاد اختصاص قانون محل إبرام العقد باتفاق صريح أو ضمني وإخضاعه للقانون الذي ارتضوا به في الجانب الموضوعي، أما الجانب الشكلي منه فأبقاه لقانون بلد إبرامه[64].

وعليه أصبح العقد يخضع للقانون المختار بينما بقي شكله يخضع لقانون محل إبرامه، وتبنى ذلك المشرع الفرنسي واعتمدته كذلك معظم التشريعات في القرن 19 و20[65]وهكذا أصبح للإرادة دور في حل مشاكل تنازع القوانين.

يعتبر قانون الإرادة من نتائج الفلسفة السياسية الفردية التي تقدس إرادة الفرد وتقرر السيادة الكاملة لها أصبح، هذا الأخير معترفا به في جل القواعد الدولية. أقرته المادة 3/38 من لائحة محكمة العدل الدولية وجسدته الاتفاقيات الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية[66].

---

[61] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، جامعة الجزائر،2010، ص12.

[62]مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات الدولية، مذكرة تكميلية لنبل شهادة الماستر شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون دولي خاص كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2016/2015، ص8.

[63] سعد الدين امحمد، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشاكل تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، بدون سنة، ص 358-408.

[64] الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997 ص147.

[65] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 41-42.

وتجدر الإشارة الى ان هذا المبدأ كرسته اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية في المادة 25/1 منها، وإتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإنابة وعقود الوساطة[67].

سلطان الإرادة هو القانون الذي يحكم الالتزامات، يستند إلى إرادة الأطراف وهذه الإرادة تكون مستقلة لكن هذا لا يعني استقلالها من رقابة أو سيطرة القانون بل تعيين القانون الذي يضفي على العقد الصفة القانونية[68].

وفي هذا الإيطار يعرف قانون الإرادة في القانون الدولي **"انه القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا"**أو **" هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى الأطراف** "وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرة القانون[69].

---

[66] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، العقيد أكلي محند ولحاج، المركز الجامعي، بويرة، 2012 ص 1.

[67] سعد الدين امحمد، المرجع السابق، ص ص 358-408.

[68] سعد الدين امحمد، المرجع نفسه، ص ص 358-408.

[69] مناصف أمين، سعدي سامية، المرجع السابق، ص 7.

الفـرع الثاني
تعيين قانون الإرادة

تحدث العديد من المنازعات والخصومات حول العقود الأجنبية، يتعلق الأمر بعدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن اشتمال العقد على عنصر أجنبي[70]، لذلك المشرع منح للأطراف العقد بغية حل النزاعات التي قد تثور بينهم الحق في اختيار القانون الذي يفصل في النزاع.

يمنح للأطراف اختيار قانون الإرادة لحكم العقد من حيث تكوينه، وأركانه، وشروط صحته ونهايته وأثاره وما عادا الأهلية والشكل في العقد الدولي.

يحكم قانون الإرادة في العقد خاصة في المسائل التالية:
1-موضوع العقد ضمن حدود النظام العام والآداب العامة
2-ما يتعلق بتكوين العقد وأركانه
3-ما يتعلق بأسباب إفساد العقد كالإكراه مثلا
4-الوفاء بالالتزام، ومواعده، وطرقه
5-تفسير العقد
6-المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام ما لم يكن ذلك منافيا للنظام العلم والآداب العامة.
7-القوة القاهرة، وقيمة العطل، والضرر، والتأخير من جراءها.
8-بداية الإلتزام ونهايته وإنتقاله.
9-فسخ العقد، ومدى حق أطراف العلاقة في ذلك عند تنفيذ الإلتزامات من قبل أحدهم أو بعضهم[71].

أولا: نطاق التعين

يعين أطراف العقد القانون الواجب التطبيق، متى لم يستعملوا هذا الحق يقع على القاضي تحديد ذلك أثناء طرح النزاع عليه، وأما الأطراف فيقومون بذلك عادة عند إبرام العقد، وميزة إختيار القانون المطبق لا نجدها في القانون الداخلي فهي خاصة للعقد الدولي فقط.[72]

---

[70] مسعود دير، المرجع السابق، ص 2.
[71] مسعود دير المرجع السابق، ص11.
[72] سعد الدين امحمد، المرجع السابق، 538-408.

ثانيا: كيفية تعين القانون الواجب التطبيق

1- **التعيين الإرادي لقانون العقد:**

أقر القانون للمتعاقدين الحق في تعيين القانون الذي يحكم العقد، فمن الطبيعي أن يمارسوا هذا الحق، بإعلان إرادتهم الصريحة عن الدولة التي اختاروها والتي سيطرح عليها قضيتهم في حال نشوب نزاع[73].

نجد في اغلب العقود عدم تضمين اتفاق حول القانون المختار، يوجد خلف ذلك الأخذ بإرادة الضمنية التي لا ينبغي تجاهلها، يقوم القاضي باستخلاصها ضمنيا حسب الظروف معتمدا على عدة قرائن، من مميزات التعيين الإرادي لقانون الإرادة انه يحقق للمتعاقدين شرط العلم من البداية بالقانون الذي سيحكم عقدهم، مثلا أذا كان القانون المختار هو قانون دولة التنفيذ يعلم المتعاقدين بهذا القانون منعا للمفاجآت التي قد تطرأ بعد إبرام العقد[74].

2-التعيين القضائي لقانون العقد

يعين القاضي قانون العقد عند انعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار قانون العقد، ويجتهد للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، لا يمكن أن يختصر الطريق ويطبق القانون الوطني كما تفعل النظم القانونية الانجلوسكسونية، أو أن يرفض الفصل في النزاع، فيقوم القاضي بتوطين أو تركيز العقد لدولة معينة [75].

المطلب الثاني
نتائج إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة

يترتب على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة إحتفاظ القانون المختار بالصفة القانونية **(الفرع الأول)** مع ضرورة توفر الصلة بين القانون المختار والعقد **(الفرع الثاني)** والسماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون يحكم الجوانب الموضوعية للعقد **(الفرع الثالث).**

---

[73] سعد الدين امحمد، مداخلة تحت عنوان صعوبة توطين عقود التجارة الالكترونية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016 ، ص8.

[74] شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص55.

[75] سعد الدين امحمد، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشاكل تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص ص 358-408.

الفرع الأول
إحتفاظ القانون المختار بالصفة القانونية

تعتبر النظرية الموضوعية أن حرية اختيار قانون العقد ليست مطلقة، لا يستند بصفة مطلقة إلى سلطان الإرادة، هذا لا يعني تراجع قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، بل هذه القدرة على اختيار القانون المختص يرجع إلى سيادة القانون نفسه، القانون من خلال قواعد الإسناد هو الذي اقر هذه الحرية وما هي إلا ضابط إسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق[76].

لا يمكن للمتعاقدين مخالفة القواعد الآمرة في القانون المختار، حتى ولو كانت هذه الأحكام تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، القانون المختار يطبق على العقد باعتباره قانونا، وإرادة الأطراف هي مجرد ضابط إسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق إعمالا للحكم الوارد بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية حتى ولو كانت القواعد الآمرة في القانون المختار يؤدي إلى بطلان العقد[77].

يرى جانب من الفقه أنه عندما يختار المتعاقدان القانون الذي يحكم النزاع وهذا القانون يقضي ببطلان العقد فانه يبطل، وإذا سكت المتعاقدان عن اختيار القانون المختص فان القاضي هو الذي يتولى الكشف عن إرادتهم الضمنية، ويبتعد عن القانون الذي يقضي بالبطلان، بينما هناك من يرى أنه إذا سكت المتعاقدين عن تحديد القانون المختص فالقاضي هو الذي يتولى تحديده ويمكنه اختيار القانون الذي يبطل العقد، له سلطة تقديرية في ذلك، بينما إذا إختار المتعاقدين قانون يقضي ببطلان العقد فانه لا يبطل لأنهم لا يمكن أن يتعاقدوا على ما يبطل عقدهم.[78]

---

[76] حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص 33.

[77] محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص51-52.

[78] حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، المرجع نفسه، ص 34.

الفرع الثاني
اشتراط توفر الصلة
بين القانون المختار والعقد

منح المشرع للأطراف المتعاقدة الحق في إختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، المشرع وضع حدود لهذه الحرية، اشترط توفر الصلة بين القانون المختار والعقد.

يمنح للأطراف الحرية في اختيار قانون العقد تقابل هذه الحرية قيود تتمثل في ضرورة وقوع الاختيار على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة التعاقدية[79].
إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار قانون غير متصل بالعلاقة التعاقدية يتيح للأطراف التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد.

إختلف الفقهاء في القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد الدولي الذي سيخضع للقانون المختار كما اختلفوا حول الرابطة التي يجب أن تتوفر بين قانون الإرادة والعقد الدولي فهناك اتجاه يزعم بضرورة تقييد أرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد[80].

إستندوا إلى عدة حجج منها: منع المتعاقدين من التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة المرتبطة بالعقد، للقاضي استبعاد القانون المختار بإعماله لنظرية الغش نحو القانون واستناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بها.

هناك اتجاه آخر يعطي للأطراف الحرية في اختيار قانون العقد. يجيز للأطراف اختيار القانون المناسب الذي يحكم عقدهم حتى ولو لم يكن أي صلة بالعقد [81].

فأغلب الفقه اتفق على إلزامية وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ولكن مناهجه مختلفة حول طبيعة هذه الصلة، فهناك من اكتفى بوجود صلة مشروعة في اختيار قانون العقد حتى ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالرابطة العقدية.

---

[79] بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2009 ص106.
[80]حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص35.
[81] بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في المنازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 ص47.

حين يذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم **"باتيفول"** بالإقتصار على توفر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد، أما القضاء هناك يشترط توفر الصلة الحقيقية مثل القضاء الإنجليزي.

في حين هناك من يشترط أن يكون العقد على صلة طبيعة بالعقد كالمحاكم الأمريكية، ألمانيا تشترط توفر صلة جادة بين العقد والقانون المختار، فسويسرا تشترط توفر الصلة الإقليمية lien territorial ووجود مصلحة معقولةintérêt raisonnable [82].

نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني قد نص على**"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد وبالمتعاقدين وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق محل إبرام العقد"[83].**

جعل القانون الذي يختاره المتعاقدين كضابط إسناد لكن مع ضرورة وجود صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين [84]واستبعد المشرع فكرة اختيار المتعاقدين قانون لا صلة له بالرابطة العقدية لمنع اتجه الأطراف إلى الغش نحو القانون[85].

يرى الأستاذ **زروتي طيب** أن المشرع الجزائري قد أجحف في حق الطرفين عندما قيدهم بضرورة وجود صلة بين العلاقة التعاقدية والقانون الواجب التطبيق لأن ذلك يخول للقاضي مراقبة عملية الإختيار[86].

---

[82]حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص 36.

[83] المادة 18 من القانون10/05، المرجع السابق.

[84] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 97.

[85] خليفي حنان، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010، ص33.

[86] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، دون سنة، ص 244.

الفـــرع الثـــالث
السماح للمتعاقدين بإختيار
أكثر من قانون يحكم عقدهم

ظهرت عدة أراء فقهية حول إمكانية المتعاقدين اختيار أكثر من قانون يحكم عقدهم من عدمه، فجانب من الفقه أكد على إلزامية الحفاظ على وحدة العقد وإخضاعه لقانون واحد لأن تجزئة العقد يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد لان العقد وحدة إقتصادية وليس شتاتا من عناصر والتزامات.

عدة دول أخذت بهذا الاتجاه كالقانون الاسباني الذي نص على" **القانون الذي يحكم الالتزام يحكم أيضا شروط تنفيذه ونتائج عدم التنفيذ وكذلك انقضاءه"** كما اخذ نفس الموقف كل من القانون الدولي الخاص المجري، والمشرع الجزائري يميل إلى ذلك أيضا[87].

هناك من يرى أن الإلتزامات التعاقدية تخضع للقانون وتتعلق الإلتزامات بتكوين العقد وأثاره، إذن العقد يخضع من حيث تكوينه وأثاره لقانون واحد.

قال الأستاذ عزالدين عبد الله بما يتعلق بالمادة19 من القانون المصري والتي تقابلها المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أنه جاء في المذكرة الإيضاحية لمشرع القانون المدني تعليق على المادة 42 والتي تقابلها المادة 19 من القانون المصري أن المشرع اقتصر على أكثر إستقرار في النطاق التشريعي وحسب المادة 42 التي تقابلها المادة 19 من القانون المصري أن يحكم الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره المتعاقدين صراحة واضمنا، وهذا الحكم عام يكرس مبدأ سلطان الإرادة ويضمن وحده القانون الواجب التطبيق وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها، ويرى أن ما جاء به المشرع هو القصد الأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد[88].

ونعتقد أن المشرع الجزائري عند إستعماله لمصطلح الإلتزامات التعاقدية هو كل ما يتعلق بالعقد من حيث التكوين والآثار، لذلك إستثنى في المادة 18 من الخضوع لقانون الإرادة العقود المتعلقة بالعقار بمفهوم المخالفة العقود الغير متعلقة بالعقار غير مستثناة[89].
ولكن في الواقع العملي نجد أن هناك تجزئة للعقد لان التجزئة أو التوزيع مفروض وذلك في:

---

[87]بوخالفة عبد الكريم، نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكادمي، شعبة حقوق، في العلاقات الخاصة الدولية، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014 ص50.

[88] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد، تلمسان، سنة2011/2010، ص 230-231.

[89] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة عشرة، دار هومة للنشر والتوزيع، 2013، ص308.

أولا: التجزئة الأفقية

نجد أن الغالب من النظم القانونية تعترف بها، فالأهلية القانونية تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين، شكل العقد الدولي يخضع لقانون محل إبرامه الأثر العيني، ونقل الملكية محل التعاقد يخضع إلى قانون موقع المال، وإجراءات التنفيذ تخضع لقانون المحل أو لقانون القاضي حسب الأحوال.

ثانيا: التجزئة الرأسية

تكون في حالة الخضوع لقوانين البوليس العقدي ونذكر بهذا الخصوص اتفاقية روما سنة1980 في مادتها السابعة الفقرة الأولى **"عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى الاتفاقية الحالية يمكن أن يعطي أثرا للنصوص القانونية الآمرة في قانون بلد أخر تحتفظ الرابطة الوثيقة، وإذا كانت هذه النصوص وفقا لقانون هذا البلد الأخير الواجبة التطبيق أيا كان القانون الذي يحكم العقد ولتقرير ما إذا كان يجب إعطاء أثر لهذا النص الأمر ويؤخذ في الاعتبار طبيعتها وموضوعها وأيضا النتائج التي تترتب عليه أو على تطبيقها"[90].**

يرى فقهاء النظرية الموضوعية إمكانية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد بشرط توفر الصلة المطلوبة بين العقد والقانون المختار، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة لابد من توفر شرطان:

1-ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية

2-ألا تؤدي إلى الإفلات من سلطان القانون [91].

إن إمكانية المتعاقدين من اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية هو اتجاه يربط بفكرة النظرية الشخصية التي تجيز للمتعاقدين اختيار القانون الذي لا يكون له صلة بالعقد، وهكذا قد اعترف بحق أطراف العقد في اختيار أكثر من قانون يحكم عقدهم، مثلا يمكن لأطراف المتعاقدة أن يخضعوا تكوين العقد لمحل إبرامه وإخضاع تنفيذ العقد لقانون محل التنفيذ فهذا الرأي يجيز تجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد[92].

ذهبت اتفاقية روما لسنة 1980 في شان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 03 فقرة 1 منها في تأكيد هذا الحق في قولها **" يخضع العقد لقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة ويتعين أن يكون هذا الاختيار صريحا ناتجا على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف التعاقد"[93]**

---

[90]بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 51.

[91]حمومة سعيدة، حميطوش اعمر، المرجع السابق، ص 45.

[92] بلاق محمد، المرجع السابق، ص45.

[93]انظر المادة 3 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980.

هذه الاتفاقية نصت على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فهي من أبرز الاتفاقيات التي كرست مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد.

وأيضاالمادة07 فقرة 02 من اتفاقية لاهاي سنة 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[94].

المبحث الثاني
قيود إخضاع العقد
الدولي لقانون الإرادة

يبرم الشخص من العقود ما يشاء عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، رغم انه يظهر انتشارا كبيرا وواسع لمبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي لحل مشاكل تنازع القوانين، إلا ان في بعض الأحيان هذه الحرية تكون مقيدة بموجب قانون **(المطلب الأول)** فاغلب النظم القانونية وكذلك المشرع الجزائري عمل على وضع ضوابط عند إخضاع العقد للحرية جعل وقيود على مبدأ سلطان الإرادة **(المطلب الثاني)** لحل مشاكل تنازع القوانين وذلك لإضفاء نوع من الاستقرار في المعاملات.

المطلب الأول
ضرورة إخضاع
العقد للقانون الدولي

يعتبر خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي، ولقد أدى إختلاف الأنظمة القانونية الوطنية بعد ظهور أنماط جديدة من العقود بعد أن عرف العالم تطور ملحوظا في حقل التبادل التجاري الدولي إلى صعوبة حل المنازعات في هذا المجال ولذا أصبح العقد الدولي يخضع لحكم القانون ولهذا لابد من تحديد مضمون هذه الفكرة **(الفرع الأول)** والأساس الذي تقوم عليه **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول
مضمون إخضاع العقد الدولي
لحكم القانون المختص

تقدس النظرية الشخصية إرادة الفرد في التعاقد وتعطي للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي تراه أكثر تعبيرا عن مصالحهم المشتركة وكانت تفتح المجال وتؤيد إخضاع القانون الدولي لمبدأ سلطان الإرادة، بينما إتجهت النظرية الموضوعية إلى عكس ذلك ورأت أنه لابد من إخضاع العقد الدولي لحكم القانون[95].

---

[94]بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص51.

[95]حمومة سعيدة، حميطوش اعمر، المرجع السابق، ص25.

إن أساس إخضاع العقد الدولي لمبدأ سلطان الإرادة، أنه يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة، فالقانون يسمح للمتعاقدين من اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم لأن العقد الدولي نظام قانوني خاص يسمح لهم باختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فهو أداة لتداول الثروات والخدمات، وبتالي أطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل التداول[96]، فاختيار قانون العقد لا يستمد إلى حرية الأطراف بل إلى نصوص قانونية التي أعطت للأطراف هذه الحرية[97].

الفرع الثاني
الأساس الذي تقوم عليه فكرة
إخضاع العقد الدولي لحكم القانون

رتب تقديس مبدأ سلطان الإرادة انكماش في القاعدة القانونية وترتب عن ذلك عدم تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة. أصبحت إرادة الفرد هي جوهر القاعدة القانونية والتي تسمو فوق القانون[98]، إلا أن المشرع قد تدخل وفرض العديد من القواعد الآمرة التي تكون ملزمة ولا يمكن الاتفاق على تعديلها أو استبعادها، واعتبرت الإرادة مقيدة بحدود ما يسمح به القانون والذي تستمد منه سلطانها[99].

لا يمكن للعقد أن يستند إلى إرادة المتعاقدين دائما لان العقد هو حلقة من نظام قانوني متكامل وليس مسالة خاصة بالأفراد فالعقد لا يرتب آثاره القانونية إلا باستناده إلى النظام قانوني معين يعترف بها ويعطي لها الضوابط والحدود ويتكفل حمايتها[100].

أولا: نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

ترجع فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني **سافيني** ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه **باتيفول.**

إنتبه فقهاء القانون الدولي الخاص أن فعلا الإرادة لها دور كبير في حل مشاكل تنازع القوانين، إلا أنه اختيار القانون لواجب التطبيق يكون استنادا إلى نص قانوني الذي يمنح للإرادة هذا الاختيار ولا يرجع ذلك إلى مبدأ سلطان الإرادة، فيقتصر دور هذه الأخيرة إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد وليس تحريره من قيود القانون[101].

---

[96]امحمد سعد الدين، ضوابط أعمال قانون الإرادة لحل مشاكل تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص385-408.

[97]قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009 ص 105.

[98] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، (دراسة تحليلية ومقارنة في ظل الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، مصر، 2000 ص 26.

[99]حمومة سعيدة، حميطوش اعمر، المرجع سابق، ص 26.

[100]حمومة سعيدة، حميطوش اعمر، المرجع نفسه، ص 27.

[101] محمود محمد ياقوت، المرجع نفسه، ص 97.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن القانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من تركيزه حسب معطياته الخارجية أي أن المتعاقدين لهم دور في تحديد مقر العقد ويرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر، الإرادة حرة في اختيار قانون العقد ولكن ليس بصفة مطلقة، فهي مقيدة بإلزامية وقوع الاختيار على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية، الإرادة دائما تستند إلى نصوص قانونية التي تسمح بهذا الاختيار.

دور الإرادة يقتصر على الاختيار، إذ ليس بإمكانها إخراج العقد من دائرة القانون[102]، حسب هذه النظرية لتحقيق تركيز العقد يجب إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب ظروف وملابسات العقد وإعطاء ضابط إسناد واحد لكل العقود الدولية المتمثل في إخضاعها لقانون محل الإبرام[103].

ولابد من اعتماد ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود الدولية بعد تحليل كل نزاع وتحليل العلاقة القانونية ثم إسنادها إلى القانون الملائم.

ولكي تتحقق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن الاعتماد على ثلاثة وسائل على سبيل الاختيار لتحديد ذلك:

1-اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح لتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام.

2-منح للقاضي السلطة التقديرية لتحديد القانون الواجب التطبيق حسب ظروف وملابسات العقد.

3-الاعتماد على منهج وسط عن طريق ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود الدولية[104].

نستنتج أن حسب هذه النظرية العقد لا يلقى اختيار الأطراف فقط بل يجب النظر في مدى توفر الرابطة الجدية بينه وبين العقد أي أن إرادة الأطراف ليست كافية لذاتها لاختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: نظرية الأداء المميز في العقد

تقوم هذه الفكرة على الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية وحسب الأستاذ **Jean-Baptiste** إن الأداء المميز للعقد "هو الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن العقود الأخرى" وعرفه**vanOverstraeten** "بأنه ذلك الأداء التي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا " [105].

---

[102]سعد الدين محمد، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشاكل تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص 385-408.

[103] بلاق محمد، المرجع السابق، ص56.

[104] بلاق محمد، المرجع نفسه، ص58.

[105] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 59.

تعبر فكرة الأداء المميز عن تركيز موضوعي بحت، كل عقد له أداء مميز ويحدد خصائصه، التركيز مبني على عناصر مادية وموضوعية مرتبطة بطبيعة العقد.

في العلاقة التعاقدية هناك طرفين الطرف الأول يقوم بأداء وهو الذي يميز العملية التعاقدية بينما الطرف الأخر دوره دفع فقط المبلغ النقدي.

يخضع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز بالعقد وهو ما يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه النظرية أمر سهل.

الاختلاف بين التركيز الموضوعي (نظرية التوطين) وفكرة الأداء المميز تكمن في تعيين القانون الواجب التطبيق، في التركيز الموضوعي يتحدد في مرحلة متأخرة ويهمل القانون الذي يختاره المتعاقدون، أما الأداء المميز يعطي للقاضي السلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لظروف وملابسات النزاع كما يتحدد على أساس الرابطة العقدية للنزاع[106].

تجدر الإشارة على أن ضابط الأداء المميز يعتبر أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية طبقتها العديد من الأحكام القضائية منها على سبيل المثال قرار المحكمة الفيديرالية السويسرية الصادرة في 11 ماي 1966 الذي حكمت فيه بخضوع العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق وأقرت بان قانون مجل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز بالعقد[107].

وأخذت بها اتفاقية لاهاي سنة 1955 م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية في المادة الثالثة منها بحيث اعتمدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشاته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي، كما تبنتها في المادة الرابعة اتفاقية روما وغيرها منها الاتفاقيات الدولية[108].

---

[106] بلاق محمد، المرجع نفسه، ص 59-60.

[107] عبد الفاتح خالد خليل محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر،2002، ص 155.

[108] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الثاني
مبدأ سلطان الإرادة
في التشريع الجزائري

تعتبر إرادة الأطراف المتعاقدة كأحد ضوابط الإسناد (الإسناد الشخصي) ومن خلالها تم تحديد القانون الواجب التطبيق، بشرط أن يكون ذو صلة حقيقة بالمتعاقدين وبالعقد **(الفرع الأول).**
قد يقوم الأطراف بعدم استعمال هذا الحق، وفي هذه الحالة لابد من إعمال ضوابط إسناد أخرى (الإسناد الموضوعي) **(الفرع الثاني)** لحل النزاعات التي قد تثور بين المتعاقدين.

الفرع الأول
قانون الإرادة ذو صلة
حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد

يعطي جانب من الفقه والقضاء للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار قانون عقدهم (النظرية الشخصية) دون وجود أي قيد عليهم، يكفي اختيار قانون العقد بنحو قانوني وبحسن النية مع عدم معارضة للنظام العام ليطبق القانون المختار، بشرط لا ينطوي على غش نحو القانون.

جانب آخر يرى أن لإختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لابد من وجود صلة جوهرية بين العقد والقانون المختار، أما جانب ثالث أكد إلزامية وجود رابطة أو صلة بين العقد والقانون المختار يكفي أن تكون صلة فنية بين العقد والقانون المختار[109].

أخذ المشرع الجزائري موقفا من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري، كانت هذه المادة من قبل تعديلها تنص في فقرتها الأولى على انه:
"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"[110]وسوف نترك جانبا الموضوع الورد في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تتعلق بالعقود الواردة على العقارات[111].

بعد تعديل المادة سنة 2005 بموجب القانون 10/05 أصبحت تنص على " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد وبالمتعاقدين وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق محل إبرام العقد"**[112].

---

[109] سعد الدين امحمد، ضوابط اعمال قانون الإرادة لحل مشاكل تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص 385-408.
[110] المادة 18 من الأمر 58/75، قبل التعديل، السالف الذكر.
[111] اسعاد محند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 361.
[112] المادة 18 من القانون رقم10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، المرجع السالف الذكر.

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري جمع بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين واعترف بمبدأ سلطان الإرادة (النظرية الشخصية) في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بالأولوية، ولكنه قيد هذا المبدأ بشرط وجود صلة حقيقية بين القانون وبين المتعاقدين والعقد معا عند اختيار القانون الذي يحكم العقد[113].

فقبل التعديل المشرع الجزائري وضع قاعدتي إسناد تتعلق الأولى بمكان إبرام العقد، والثانية بقانون سلطان الإرادة، العقد الدولي يخضع للقانون الذي اختاره المتعاقدان، في حالة ما لم يختاروا قانونا معين فان قانون مكان إبرامه هو الذي يطبق[114].

دار نقاش حول معرفة الإسناد الأساسي والثانوي، فهناك من اعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو الإسناد الأساسي، وقانون الإبرام إسناد ثانوي وهذا الرأي ذهب به الأساتذة **محند اسعاد وعلي بن شنب** والأستاذ G.Peyrard الذي اعتبر أن الإسناد الأساسي هو قانون مكان إبرام العقد. فصلت في هذا الخلاف المادة 18 بعد التعديل واعتبرت أن قانون الإرادة هي قاعدة الإسناد الأساسية، وقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد هما قاعدتي إسناد ثانويتان[115].

كان موقف المشرع الجزائري يشوبه غموض بشأن هذه المسالة إلى حين تعديل نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

يفهم من المادة 18 من القانون المدني بعد تعديلها أن المشرع الجزائري نص على قاعدة إسناد أصلية، لا تتمثل في تطبيق قانون الإرادة بل هي تطبيق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين وبالعقد، على القاضي البحث والتأكد من أن القانون المختار من قبل المتعاقدين له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهو يتنافى مع مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، فكان من الأفضل أن ينص على تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق على القانون الذي له صلة حقيقة بالمتعاقدين وبالعقد[116].

أولا: صلة قانون الإرادة بالمتعاقدين:

اشترطت المادة 18 من القانون المدني الجزائري مجموعة من الشروط التي تفسح المجال في اختيار قانون يحكم العلاقة التعاقدية هي:

1- أن يكون العقد دولي،
2-الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب التطبيق،
3-أن تكون هناك صلة حقيقية بيت القانون المختار والمتعاقدين،

---

[113] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق ص226.
[114] بلقاسم اعراب، المرجع السابق، ص303.
[115] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص266.
[116] مسعود دير، المرجع السابق، ص 22.

يتضمن هذا الشرط الأخير على مصطلح الصلة الحقيقية التي يقصد بها انه لا يمكن تطبيق قانون الإرادة إلا إذا كان له صلة بالمتعاقدين كقانون جنسيتهما المشتركة أو موطنهم وأن يمثل صلة بالعقد كأن يكون قانون مكان إبرام العقد [117].

ثانيا: صلة قانون الإرادة بالعقد

يعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزام، المشرع خص له عدة نصوص قانونية في القانون المدني.

عرفه الفقه بأنه اتفاق إرادتين اتجاه إحداث أثر قانوني[118]، المشرع الجزائري تناوله في المادة 59 من القانون المدني بقوله"يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"[119].

إختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول إلزامية توفر صلة بين القانون الذي اختارته الإرادة والعقد الدولي، وتفرع عن ذلك ثلاثة اتجاهات الأول يؤكد على ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار، أما الاتجاه الثاني يرى بعدم وضع هذا القيد على قانون الإرادة، اتجاه الثالث اتخذ موقف وسط بينهم واشترط وجود صلة فنية بين العقد والقانون المختار[120].

اعتبرت اغلب التشريعات انه يجب أن يكون للقانون المختار صلة تربطه بالعقد، وإذا أهمل الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق يقوم القاضي بتحديد ذلك وفقا لضوابط الإسناد الاحتياطية[121]، القانون الواجب التطبيق على العقد مرتبط بالصلة وبانعدام الصلة ينعدم هو كذلك، أي انه يقتصر تركيز العقد على مكان معين والذي يعد مركز ثقل في العقد. القاضي لا يأخذ بقانون الإرادة إذا انعدمت الصلة بالعلاقة التعاقدية[122].

---

[117] مسعود دير، المرجع نفسه، ص26.
[118] مسود دير، المرجع نفسه، ص22.
[119] المادة 59 من القانون المدني، السالف الذكر.
[120] مسعود دير، المرجع أعلاه، ص24.
[121] دواس أمين، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، (العلوم الإنسانية)، المجلد25 (10)، 2011، ص ص2538-2558.
[122] مناصف أمين، سعدي سامية، المرجع السابق، ص13.

الفرع الثاني
القانون الواجب التطبيق
في ظل غياب الإرادة

يجتهد القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في حالة ما لم يعلن أطراف العقد الدولي عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون العقد وصعب الكشف عن إرادتهم الضمنية.
فالقاضي في هذه الحالة هو الذي يتولى تعيين قانون العقد حسب المؤشرات والعوامل التي تشير أي القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا عن طريق إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين **(أولا)** و إعمال ضوابط إسناد المتعلقة بالعقد**(ثانيا).**

أولا: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

نص المشرع الجزائري على ضابطي اسناد في المادة 18 من القانون المدني الجزائري وهما قانون الموطن المشترك **(1)** وقانون الجنسية المشتركة **(2)**.

1-الموطن المشترك

اعتبر اغلب الفقهاء أن الموطن المشترك هو المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله، وللموطن أهمية كبرى في القانون الدولي الخاص ففي بعض الأحيان يطبق على القضايا المعروضة أمام القضاء ذو موطن أجنبي.

فهناك من يرى أن للموطن مفهوم مزدوج ففي نطاق القانون الدولي الخاص هو بمثابة رابطة بين شخص إقليم دولة معينة، أما في العلاقات الداخلية تكون رابطة بين شخص و مكان معين بهذا الإقليم، و الرأي الأخر وهو الراجح بوحدة الموطن في العلاقات الداخلية و الخاصة الدولية ،لان الموطن في الحالتين توصف بأنها حالة واقعية يرتب القانون عليها أثر معين، وان تحديد القانون الدولي الخاص يكون عن طريق إعمال فكرة الموطن كما تصورها أحكام القانون الداخلي بالنسبة للحالات القانونية الوطنية, فإذا اعتبرنا أن شخص مقيم في بلد فان مفهوم الإقامة تكون بالرجوع إلى أحكام تلك الدولة، الشخص يكون مقيما في دولة إلا إذا تبينت إقامته بصورة عادية في مكان ما في حدود لإقليم الخاص بتلك الدولة [123].

2-قانون الجنسية المشتركة:

"تعتبر الجنسية أنها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة يرسم القانون نظامها منذ نشأتها إلى زوالها والآثار المترتبة على ذلك بوصفها تمس بكيان الدولة وتكشف عن الولاء وهي معيار لتوزيع الأفراد بين الدول المختلفة في المجال الدولي"[124].

---

[123] مسعود دير، المرجع السابق، ص42.

[124] احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، فصل دراسي ثاني، كلية الحقوق، جامعة بنها، دون سنة النشر، متحصل عليه من الموقع، www.pdfactory.com ، ص7.

تعددت تعريفات الجنسية القانونية في العصر الحديث ومن بين التعريفات نجد ان الجنسية هي التعبير القانوني عن الرابطة بين الفرد والدولة التي منحته جنسيتها[125].

نجد في نص المادة 18 المعدلة من القانون المدني أنّ المشرع الجزائري[126] أخذ بضابط الجنسية المشتركة بعد الموطن المشترك وأعطاها ترتيب ثالث[127]، بمعنى عند سكوت الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الواجب التطبيق (بإرادة صريحة أو ضمنية) ويتم إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة[128].

تجدر الإشارة على أن معظم التشريعات لم يتفقوا حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، هناك اختلاف حول قانون الجنسية المشتركة، فالقضاء الفرنسي في بعض أحكامه ألقاها على قرينة الإرادة المفترضة، بينما في أحكام أخرى اعتبرته دليلا عن الإرادة الضمنية أو مركز للأعمال المشتركة، فإسناد الرابطة العقدية الى قانون الجنسية المشتركة منتقد و أكد الفقه أن الجنسية ليست عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية لان هناك صعوبة في تطبيق ذلك في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات ذات الطابع الدولي[129].

ثانيا: إعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد (محل الإبرام)

أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 المعدلة من القانون المدني[130]، خضع العقد لقانون محل إبرامه في الحالات التي سكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة وضمنيا، على القاضي أن يطبق أولا قانون الموطن المشترك أو قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم المشتركة وفي حالة عدم مكان ذلك يطبق قانون دولة إبرام العقد.

وتجدر الإشارة الى أن هناك تمسك بإسناد جامد ومسبق للعقد إلا أن هذا الإسناد لم يبين الحكم والحل الواجب الإتباع إذا ابرم العقد في دولة تختلف عن دولة التنفيذ والإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد وفقا لقضاء يفترض أن المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحة وضمنيا ، ويختلف عن بعض الاتجاهات التي أسندت العقد لقانون دولة الإبرام باعتبار انه القانون الذي اختاره المتعاقدان ضمنيا في حالة انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية[131]، لذلك تقوم العديد من التشريعات بالاستعانة بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد و قيل أن "الإسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد إذ :

- يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل،
- يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد،
- يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية"[132]،

---

[125] شريفي نسرين، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013 ، ص118.
[126] المادة 18 من القانون المدني، المعدل والمتمم السالف الذكر.
[127] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006، ص 114
[128] مسعود دير، المرجع السابق، ص 44.
[129] بلاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 53.
[130] المادة 18 من القانون المدني، المرجع السابق.
[131] مسعود دير، المرجع نفسه، ص51.
[132] بلاق محمد، المرجع السابق، ص5.

و بالرغم من هذه الحجج المنطقية التي تؤيد إخضاع العقد إلى قانون محل الإبرام إلا انه لم يسلم من الانتقادات.

-" إن إبرام العقد في بلد ما قد يتم بناء ظروف عارضة التي لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه حيث يتمكن الشخص من أن يتعاقد مثلا عبر الانترنيت من جهاز الكمبيوتر شخصي له أو يتواجد في مكان لا يخضع لإقليم دولة معينة.

-إن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام قد يبدو ملائما للروابط العقدية التي تتم بين التجار في أسواق المدن، لذا فهناك بعض المعاملات التجارية التي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك المعاملات تركيز مكاني.

-إن مكان إبرام العقد يمكن أن لا يرتبط بعلاقة موضوعية أو جوهرية بموضوع العقد حيث انه هناك بعض التعاملات تختلف طرقها في التعاقد.

- إن التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد ويرجع ذلك لاختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به مثلا إبرام العقد"[133].

[133] مسعود دير، المرجع السابق، ص 56.

الفرع الثالث
عدم مخالفة قانون
الإرادة للنظام العام

يتمتع الأطراف في العقود الدولية بالحرية في اختيار القانون الذي يطبق على عقدهم ولكن ترد استثناءات مقيدة لهذه الحرية التي تمنع من تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة، إذا كان القانون المختار مخالفا للنظام العام والآداب العامة لدولة القاضي (أولا)، وان لا يكون غش نحو القانون (ثانيا)عن طريق تهرب وتحايل الأطراف على أحكام قانون معين.

أولا: مخالفة النظام العام والآداب العامة

لم يعرف المشرع الجزائري النظام العام، وذلك راجع لمرونة فكرة النظام العام واتساع نطاقها[134]، عرفه جانب من الفقه "أنه وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"[135].

يعرف النظام العام في القانون الداخلي «أنه مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية أو أخلاقية".

يفهم من هذا التعريف انه يبطل كل اتفاق يخالف القواعد الآمرة المرتبطة بالمصالح الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الأخلاقية للمجتمع فيعتبر قيدا لمبدأ سلطان الإرادة[136].

لقد عرف أيضا "انه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية[137].

أصبح تطبيق قانون إرادة المتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هو احترام إرادتهما أخذا بمبدأ سلطان الإرادة إلا انه من غير المعقول أن يكون القانون المختار من قبل المتعاقدين يخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، هذا الأخير يعتبر من موانع تطبيق القانون الأجنبي[138].

مثال على ذلك إذا تزوجت بيضاء من زنجي وقانون جنسيتهم يمنع زواج السواد من البيض، وطعن بهذا الزواج أمام محكمة دولة أخرى لا يحرم زواج البيض بالسود، فإن القاضي

---

[134]عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص155.

[135] خليفي سمير، المرجع السابق، ص32.

[136] مسعود دير، المرجع نفسه، ص28.

[137] الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 184.

[138] الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 147.

لا يأخذ بالقانون الأجنبي المختص (قانون جنسيتهما) لان قانون دولة القاضي لا تعترف بالتمييز العنصري القائم على اختلاف اللون[139].

يتضح لنا أن على الصعيد الدولي اختيار القانون الواجب التطبيق لا يصل إلى تطبيقه إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في بلد القاضي، فكلما اتضح للقاضي انه يتنافى مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في مجتمعه لا يأخذ به[140].

ثانيا: حالة ثبوت الغش نحو القانون

اعتبر بعض الفقهاء فكرة الغش نحو القانون مظهرا من مظاهر فكرة النظام العام وهناك من اعتبرها مستقلة عنه ولكن اتفقوا أنهما يؤديان إلى نفس النتيجة، في حالة الدفع بهما يؤديان إلى استبعاد القانون المختص[141].

يقوم الشخص بتغيير ظروف الإسناد في قاعدة التنازع عمدا بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق، لتطبيق قانون معين أصلح له في دولة أخرى هروبا من القوانين الآمرة الواجب تطبيقها في دولة معينة[142]، وللدفع بنظرية الغش نحو القانون لابد من توفر شروط:

1_الشرط المادي

يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهذه المخالفة غير مباشرة للقانون لأنها ترتكب بواسطة القانون نفسه ويمكن التعبير عنها بمظهرين.

أ-التلاعب في ضوابط الإسناد

تقوم عند التلاعب بضوابط الإسناد مثل الجنسية والموطن...لان هذه الضوابط قابلة للتغيير وفق إرادة الأفراد.

يعتبر غش نحو القانون إذا قام المتحايل عملا بمحض إرادته، يكون دور للإرادة في إحداث تغيير في ضوابط الإسناد، وهذا الإجراء مشروع يستند إلى نص قانوني، النية عند القيام بتغيير ضابط الإسناد التي تكون غير مشروعة ويشترط آن يكون هذا التلاعب فعليا وليس صوريا[143].

---

[139] الهداوي حسن، المرجع السابق، ص178.

[140] مسعود دير، المرجع السابق، ص28.

[141] مسعود دير، المرجع نفسه، ص29.

[142] هند مهند عبد، التغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2011 ، ص 259.

[143] مسعود دير، المرجع السابق، ص30.

ب-**التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية**

يتم التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية بتطبيق قواعد التنازع دون أن تكون مختصة أصلا بحكم الرابطة العقدية، مثال على ذلك إذا كان العقد في صورته عقدا داخليا ويقوم أحد الأطراف بتغيير جنسيته لإضفاء عنصر أجنبي على العقد وهذا يؤدي إلى اكتساب هذا العقد للصيغة الدولية لكي يخضع العقد للقانون الذي يحكم مصالحهم[144].

إن القضاء الفرنسي قدم مثالا لهذا النوع من التحايل في قضية (كارو)، كارو رجل من أصل فرنسي واكتسب الجنسية الأمريكية، توطن في أمريكا وترك والديه ويملك كارو شقة في فرنسا سنة 1971 فحرر وصية تاركا نصف تركته إلى سكرتيرته والنصف الثاني إلى منشأة طبية، وبالتالي للوالدين الحق في المطالبة بحقوقهم الوراثية على العقار الموجود في فرنسا دون صعوبة، فهو حق معترف به في القانون الفرنسي في ثلثي التركة العقارية الفرنسية أما الثلث الأخير فانه يصير إلى أمه (ليسي) باعتباره حقا يستقطع من التركة قبل قسمها وفقا للقانون الفرنسي، وتلاعب كارو في هذا الوصف المعطى للعلاقة القانونية بتكوين هذا الأخير مع سكرتيرته وزوجها شركة وسلم الأسهم التي يملكها بشرط أن تصبح هذه الأسهم عند وفاته إلى سكرتيرته وزوجها، بحيث باع الشقة الواقعة في فرنسا إلى الشركة وقد رهن العقار إلى حصص هذه الشركة التي يعتبرها القانون الفرنسي منقولة أي قام بتغيير الطبيعة القانونية للعقار حتى يتمكن من الهروب من القواعد الفرنسية وقد قررت المحكمة بوجود قصد التحايل من طرف الشخص (كارو) وقضت بأحقية ولديه في العقار الفرنسي[145].

2_الشرط المعنوي:

يتمثل هذا الشرط في نية التهرب من أحكام القانون المختص بنقل الاختصاص لقانون آخر، لتطبيق الدفع بالغش نحو القانون يكون التغيير في ضابط الإسناد مقترنا بنية الغش والتحايل على القانون المختص[146].

يتوفر قصد التهرب من تطبيق القانون المختص ان كان الهدف من التغيير هو الهروب من حكم القانون المختص أصلا بحكم العلاقة القانونية للتوصل إلى تطبيق قانون تحقيقا لمصلحة الطرف الذي قام بأحداث التغيير، فإذا انعدمت نية التحايل أو الغش كان القاضي أمام استحالة عدم الاعتداد بالتعديل الذي حصل على ظرف الاستناد[147].

وفي هذا السياق نذكر قضية (دي بوفرمون) بحيث تجنست الأميرة (دي بوفرمون) بالجنسية الألمانية لكي تتهرب من حكم قانون جنسيتها الأولى التي تحضر الطلاق، وهكذا تمكنت من الحصول على الطلاق وتزوجت بزوج آخر، والزوج الأول طالب أمام القضاء الفرنسي ببطلان

---

[144] مناصف أمين، المرجع السابق، ص 29.
[145] مسعود دير، المرجع نفسه، ص 31-32.
[146] مناصف أمين، المرجع السابق، ص 30.
[147] هند مهند عبد، المرجع السابق، ص21.

الزواج الثاني لأنه توفرت نية التحايل ورتب الغش نحو القانون إلى الإضرار بمصالح مشروعة للغير[148].

أخير يمكن القول أن المشرع وضع حدود تقلص من مبدأ سلطان الإرادة، رغم أن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا أن ذلك لا يعني أن هذه الحرية مطلقة، فالنظام العام والآداب العامة واشتراط عدم الغش نحو القانون من أحد القيود التي وضعها المشرع على قانون الإرادة.

[148] مسعود دير، المرجع السابق، ص 33.

خاتمة

يلعب قانون الإرادة دورا هاما على المستوى الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة في مجال العلاقات التجارية، فالإرادة تعد صاحبة الحق الأصلي التي تمكن للتعاقدين ممارسة حقهم في الاختيار والمطالبة باستمرار العقد وتنفيذه الذي لا يفلت من حكم قانون الإرادة.

لكن العقد الذي يخضع في تكوينه وآثاره وإنهائه للقانون المختار تكون له قواعد آمرة تلزم المتعاقدين احترامها، وهذا ما يستبعد نظرية العقد الدولي الطليق.

وكذلك أيضا إذا تم اختيار القانون وفقا للإرادة كضابط إسناد معناه أن العقد يخضع لعدة قيود التي يمكن أن تؤدي إلى استبعاد قانون الإرادة، حيث أن بعض عناصره يمكن أن تخضع لغير قانون الإرادة وبالتالي تصبح الرابطة العقدية خاضعة لأكثر من قانون.

رغم أن الإرادة تعبر على أساس أنها مبدأ حرية الاختيار حسب النظرية الشخصية التي اخذ بها بعض الفقهاء إلا أن القاضي أصبح يتدخل في مثل هذه الحالات فيقوم باستبعاد القانون المختار لعدم توفر الشروط اللازمة أهمها:
1_إن تعلق الأمر باختيار المتعاقدين قانون دولة معينة
2_ذكره المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري وهو وجوب توفر صلة حقيقية بالعقد وبالمتعاقدين مراعيا بما تبنته النظرية الموضوعية.

وفي نفس المادة ذكر المشرع ضوابط أخرى يعتمد عليها الأطراف المتعاقدة في حالة انعدام الإرادة أي سكوت الأطراف عن الاختيار ولكن بعد دراستها تبين منها الغموض من حيث تطبيقها وأولوية أحدهما عن الأخر وفي هذه الحالة تترك السلطة التقديرية للقاضي الذي قد يواجه بعض الصعوبات في تطبيقها فمثلا ضابط الجنسية قد يصطدم بمشكلة تعدد أو انعدام الجنسية وأيضا ضابط الموطن قد يصطدم أيضا بتعدد الأماكن التي لها علاقة بالشخص وبالتالي يمكن اعتبارها ضوابط مرنة فقد تحول دون تطبيق انسب قانون على العقد محل النزاع.

إضافة إلى ذلك ذكر المشرع قيود أخرى ترد على قانون الإرادة فعلى سبيل المثال ما ورد في المادة 24 من القانون المدني الجزائري وهو النظام العام والآداب العامة لأنه يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا له، فالنظام العام هو من المبادئ والقيم والأخلاق التي يبنى عليها مجتمع كل دولة لذا فلا يطبق القانون المختار من طرف المتعاقدين إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة حسب هذه المادة.

وفي المادة 24 من نفس القانون ذكر المشرع حالة أخرى وهي حالة الغش نحو القانون فهو عبارة عن احتيال وتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق واختيار قانون أخر يخدم أكثر مصالحهم ولا تتحقق هذه الحالة إلا بتوفر شرطان أساسيان
شرط مادي الذي هو التغيير الإرادي لضابط الإسناد.
شرط معنوي وهو توفر نية التحايل على القانون.

وخلاصة القول بما أن القانون هو الوسيلة الآمنة لتحقيق نظام العيش في الجماعة فنستنتج أن الحرية في اختيار قانون العقد الدولي مقيدة وليست مطلقة بموجب المادة 18 سالفة الذكر نظرا للنتائج الخطرة التي قد تترتب منها.

فيجب الرجوع إلى ما تبناه أصحاب النظرية الموضوعية التي تمنح للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يطبق على العقد ولكن في حدود ما تسمح به القواعد الآمرة.

قائمة المصادر والمراجع

I- قائمة المصادر

1-القران الكريم

II- قائمة المراجع بالغة العربية

-الكتب

1_ اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

2_ اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، طبعة ثالثة عشر، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

3_ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

4_ الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1997.

5_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني والعقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

6_ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

7_ تقية محمد، الإرادة المنفردة للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995.

8_ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر،2007.

9_ خالد عبد الفاتح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

10_ روسو جون جاك، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعتر، مؤسسة الهنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2013.

11_ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في ضوء القانون 05_10 المؤرخ في جوان 2005، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2005.

12_ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، جامعة الجزائر، 2010.

13_ شريفي نسرين، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

14_ صبري السعدي محمد، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
15_عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
16_علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
17_غستان جاك، المطول في القانون المدني ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2013.
18_فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، طبعة ثالثة منشاة المعارف، مصر، 2001.
19_فرج رضا، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976.
20_فيلالي علي، الالتزامات والنظرية النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
21_محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
22_نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

-الرسائل والمذكرات

الرسائل الجامعية

1_بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.
2_حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
3_سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون الوضعي، القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2017.
4_شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009/2008.

5_شياط صديق، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، رسالة دكتوراه في علوم القانون الخاص، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2018/2017.
6_عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د ط، د س.
7_عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
8_عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2017.
9_قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

المذكرات الجامعية

1/الماجستير

1_ابن غرابي سامية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
2- بلاق محمد، قواعد التنازع، والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
3_ خلفي حنان، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
4_عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، العقيد أكلي محند ولحاج، بويرة، 2012.
5_محمد علي محمد بابكر أبو سبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة الحصول على درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، قسم الرابعة كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، بدون سنة.

2/الماستر

1_بوخالفة عبد الكريم، نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، شعبة حقوق في العلاقات الخاصة الدولية، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2015/2014.
2_حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، ميرة، بجاية، 2015/2014.
3_عاشور عثمان، عبد الفاتح فريدة، مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، ميرة، بجاية، بدون سنة
4_علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر تلمسان، 2008/2007.
5_مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات الدولية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر لشعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون دولي خاص قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي, 2016/2015.
6_مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في ظل التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد الشريف، سوق أهراس، 2019.
7_حنيفي فاطيمة، إرادة المتعاقدين بين الإطلاق والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص معمق قسم قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017.

المقالات العلمية

1_بوزرق احمد وبوزرق خديجة، مبدأ سلطان الارادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 4 العدد2، 2019.
2_دواس أمين، إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح، للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد، 25(10)، الجزائر،سنة 2011.
3_عيد عبد الحفيظ، حل النازعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 10، عدد 3، الجزائر، 2019.

4_ هند مهند عبد، التغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2011.
- إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لسنة 1980 جريدة رسمية عدد 31 صادر في 2007/05/19.

النصوص القانونية

أمر رقم 58/57، مؤرخ في 26 سبتمبر 1957، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1957، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10.

المداخلة:

_محمد سعد الدين، مداخلة تحت عنوان صعوبة توطين عقود التجارة الإلكترونية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009/2008.

موقع الانترنيت

1_ أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، فصل دراسي ثاني، كلية الحقوق، جامعة بنها، دون سنة النشر، متحصل عليه من موقع www.pdfactory.com.
2_ إسلام ويب، شرح الأربعين النووية حديث إنما الأعمال بالنيات، الإمام البخاري في الصحيح باب بدء الوحي الجزء 1، 2005/05/03 مستخرج من موقع www.islamweb.net

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

Benslamane née hadj Mokhtar keila De la théorie de l’autonomie de la volonté des effets dans le droit contractuel Algérien, Mémoire de Magister en Droit Privé,Institut de Droit et de Science Administrative, université Oran, 1983.

فهرس

العنوان	الصفحة
دعاء	_
شكر وغفران	_
إهداء	_
إهداء	_
مقدمة	2-1
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الإرادة	3
المبحث الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	3
المطلب الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة	3
الفرع الأول: تعرف مبدأ سلطان الإرادة	3
أولا: التعريف الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة	4
ثانيا: التعريف القانوني لمبدأ سلطان الإرادة	5
الفرع الثاني: خصائص مبدأ سلطان الإرادة	6
أولا: حرية الشخص في التعاقد	6
ثانيا: عدم المساس بحرية الآخرين	7
ثالثا: خضوع الحرية لرقابة قانونية ضيقة	8
المطلب الثاني: المبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة	8
الفرع الأول: الالتزامات التعاقدية هي الأصل	9
الفرع الثاني: الحرية في تحديد أثار العقد	9
الفرع الثالث: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين	10
المبحث الثاني: أسس مبدأ سلطان الإرادة	11
المطلب الأول: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة	11
الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان	11
الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والعقد الاجتماعي	13
المطلب الثاني: الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة	13
الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة والحرية الاقتصادية	14
الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والمنفعة الاجتماعية	14
المطلب الثالث: الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة	15
الفرع الأول: في ظل النظم القديمة	15
أولا: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القوانين الرومانية	15
1_ في بداية العصر الروماني	15
2_ في نهاية العصر الروماني	16
ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القانون الكنسي	17
الفرع الثاني: في ظل القانون الحديث	18

الفصل الثاني: مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد	19
المبحث الأول: إخضاع العقد لمبدأ سلطان الإرادة	19
المطلب الأول: قانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكل تنازع القوانين	20
الفرع الأول: مضمون فكرة قانون الإرادة	20
الفرع الثاني: تعيين قانون الإرادة	22
أولا: نطاق التعيين	22
ثانيا: كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق	23
1_ التعيين الإرادي لقانون العقد	23
2-التعيين القضائي لقانون العقد	23
المطلب الثاني: نتائج إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة	23
الفرع الأول: احتفاظ القانون المختار بالصفة القانونية	24
الفرع الثاني: اشتراط توفر صلة بين القانون المختار والعقد	25
الفرع الثالث: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون يحكم عقدهما	27
أولا: التجزئة الأفقية	28
ثانيا: التجزئة الرأسية	28
المبحث الثاني: قيود إخضاع العقد لقانون الإرادة	29
المطلب الأول: ضرورة إخضاع العقد للقانون	29
الفرع الأول: مضمون إخضاع العقد لحكم القانون المختص	29
الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه فكرة إخضاع العقد الدولي لحكم القانون	30
أولا: نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية	30
ثانيا: نظرية الأداء المميز في العقد	31
المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري	33
الفرع الأول: قانون الإرادة ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين وبالعقد	33
أولا: صلة قانون الإرادة بالمتعاقدين	34
ثانيا: صلة قانون الإرادة بالعقد	35
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في ظل غياب قانون الإرادة	36
أولا: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين	36
1_قانون الموطن المشترك	36
2_ قانون الجنسية المشتركة	36
ثانيا: ضوابط إسناد المتعلقة بالعقد	37
الفرع الثالث: عدم مخالفة قانون الإرادة للنظام العام	39
أولا: مخالفة النظام العام والآداب العامة	39
ثانيا: حالة ثبوت الغش نحو القانون	40
خاتمة	44-43
قائمة المراجع	45
فهرس	*51-50*