الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et populair

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique.

Université de Ghardaïa.

Faculté de Droit et des Sciences olitiques.
Département de Droit.

شهادة تصحيح

يشهد الدكتور أبصير طارق

بصفته رئيسا في لجنة المناقشة لمذكرة

الماستر

الطالب(ة): طاجسمي لسمين رقم التسجيل: 19029540918

الطالب(ة): دسوقي لم محمد رقم التسجيل: 2009700682

تخصص قانون خاص دفعة: 2024-2023 لنظام(ل م د)

أن المذكرة المعنونة بـ: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تم تصحيحها من طرف الطالب / الطالبين وهي صالحة للإيداع.

غرداية في: 2024.09.02

إمضاء الأستاذ رئيس اللجنة المكلف بمتابعة التصحيح

رئيس القسم

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبين:

- سويلم محمد
- قاسمي لمين

إشراف الأستاذة:

د. خالدي هاجر صفاء

لجنة المناقشة:

لقب واسم الاستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
أبصير طارق	أستاذ محاضر "ب"	جامعة غرداية	رئيسا
خالدي هاجر صفاء	أستاذ محاضر "ب"	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
بن الصديق رمزي	أستاذ محاضر "ب"	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ: 09 جوان 2024

السنة الجامعية:

1445 هـ-1446 هـ/ 2023 - 2024 م

بِسْمِ الله الرَّحمَن الرَحِيم

﴿مَنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَلَنُحۡيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةٗ طَيِّبَةٗۖ وَلَنَجۡزِيَنَّهُمۡ أَجۡرَهُم بِأَحۡسَنِ مَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ﴾ (97)

[الآية: 97، سورة النحل]

شكـــر وتقديـــر

الحمد لله الـذي أنار لنا درب العلـم والمعرفـة

وأعاننـا على أداء هـذا الواجــب ووفقنــا إلى انجـاز هـذا العمـل

نتوجــه بجزيـل الشكـر والامتنـان

إلى كـل من ساعــدنا من قريــب أو من بعيــد على انجـــاز هـذا العمـــل

وفـــي تذليـــل ما واجهنـــاه من صعـــوبات

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الذين درسونا من الطور الإبتدائي إلى

الطور الجامعي وأخص بالذكر الدكتوة الفاضلة خالدي هاجر صفاء

على قبولها الإشراف على إنجاز هذا العمل وتحملها تعب التصحيح والتوجيه فلها منا جزيل

الشكر

الــتي لــم تبخــل علينا بتوجيـــهاتها ونصـــائحها القيمـــة

التي كانت عـونا لنا في إتمام هـــذا العمل.

إهداء

أهـــــــدي عمـــــــــلي هذا

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما .

إلى من قاسموني حبهم وعنائهم إلى رياحين حياتي إخوتي وأخواتي.

إلى كل الأهل والأقارب وكل عزيز على قلبي.

إلى كل الأساتذة الذين أطرونا.

إلى كل طالب علم يحب الحق ويبحث عن الحقيقة.

إلى كل الأصدقاء.

إلى زملائي الطلبة. إليهم جميعا أهدي هذا العمل وأتمنى من الله عز وجل السداد والتوفيق.

إلى كل من ساعدني ولو بكلمة طيبة إلى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي.

محمد

إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما و أمدهما بالصحة والعافية

إلى إخوتي و أخواتي و كل أفراد عائلتهم

إلى عائلتي الصغيرة ، زوجتي و إبنتي

رؤيا و رنيم

إلى كل أصدقائي و زملائي و كل من ساعدني و قدم لي يد العون

لمين

الرموز والمختصرات:

ع:عدد

ط: طبعة

ج: جزء

ص :صفحة

P :page

L .G.D.J : libraire général de droit et de jurisprudence .

مقدمة

إن القانون الدولي العام يحكم العلاقات التي تنشأ بين الدول، أما العلاقات الخاصة بكل دولة فيحكمها القانون الداخلي الذي يتميز بحكم العلاقات الناشئة بين الافراد.

ومن المعروف أن الأشياء هي محل للحقوق والأشخاص هم أصحابها، والواقعة القانونية هي مصدرها، فالعلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء إذا كانت وطنية العناصر فهي لا تثير أية مشاكل كوننا نبقى تحت أحكام القانون الداخلي الخاص بمختلف فروعه.

أما إذا أنشأت العلاقة القانونية خارج حدود الدولة فإننا أمام علاقة ذات عنصر أجنبي وبالتالي تثور مشكلة القانون الذي يطبق على هذه العلاقة محل النزاع.

إن إحتواء العلاقة القانونية لعنصر أجنبي يضعنا أمام أكثر من قانون واحد يمكن تطبيقه ومن المعلوم أنه لكل دولة قانونها الذي يقف سلطانه عند حدود سيادتها، الأمر الذي تطلب صياغة قواعد قانونية تبين حكم هذه العلاقة القانونية أطلق عليها بعض الفقهاء قواعد تنازع القوانين فيما أطلق عليها البعض الاخر تسمية القانون الدولي الخاص

ويقصد بتنازع القوانين تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر لحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ومن اهم العوامل التي كانت سببا نشوئه ما يلي :

- تطور العلاقات بين الدول بوجود حركة دولية للأشخاص والأموال و وجود تعامل تجاري وإقتصادي بين هذه الدول والمجتمعات إضافة الى العلاقات و الروابط الإجتماعية الأخرى
- السماح بتطبيق القانون الأجنبي بالنسبة لدولة القاضي حيث لا يمكن تصور وجود تنازع قوانين عندما ترفض كل دولة تطبيق القانون الأجنبي في أقاليمها بالتطبيق المطلق لإقليمية القوانين

- إختلاف القواعد الإقليمية الموضوعية التي تنظم العلاقة القانونية، فمثلا لا يمكن تصور وجود تنازع في مسالة القانون المطبق على الشروط الموضوعية للزواج إذا كان قانون الاحوال الشخصية مماثل بين كل الدول.

يمكن أن يكون تنازع القوانين من حيث الزمان أو من حيث المكان، أما التنازع الزماني فينشأ من صدور قوانين متلاحقة زمنيا في دولة واحدة وبصدد علاقة قانونية واحدة، فيما التنازع المكاني ينشأ من وجود علاقة مشتملة على عناصر مختلفة وطنية و أجنبية أو كلها أجنبية أما القاضي الوطني، حيث تتبع بعض الآليات لحل هذا التنازع وتتمثل في قواعد يضعها المشرع إلى جانب القواعد الموضوعية تسمى قواعد الإسناد التي تختلف من دولة إلى أخرى، فينشأ التنازع بين قواعد الإسناد في دولة معينة مع قواعد الإسناد في دولة أخرى، وهو ما يسمى بالإحالة، بالإضافة إلى التكييف التي يلجأ إليه القاضي كعملية أولية لتحديد طبيعة المسألة المطروحة أمامه.

و أجمع معظم الفقهاء على أنه الموضوع الرئيسي والأساسي للقانون الدولي الخاص والذي يدخل في نطاقه موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي والتي من بينها وأهمها مسألة الالتزامات التعاقدية التي هي محور بحثنا.

تنقسم مصادر الالتزام في القانون إلى مصادر إرادية كالعقد والإدارة المنفردة وهي ما يعرف بالالتزامات التعاقدية، ومصادر غير إرادية كالفعل الضار والفعل النافع وهي ما يسمى بالالتزامات غير التعاقدية.

و أمام التطور والتوسع الذي شهده العالم دخل الأفراد في علاقات قانونية تحتاج إلى نصوص تسري على التصرفات الصادرة عنهم، وقد تشمل هذه التصرفات تنازعًا للقوانين، فمن بين هذه التصرفات التي يبرمها الأفراد العقود باختلاف طبيعتها.

إن العقود التي تكون محلًا لتنازع القوانين هي العقود الدولية، لأنها تشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو بتنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم، ويكتسب العقد صفة الدولية متى اتصل أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر لارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد.

ولضمان صيانة الحقوق و استقرار المعاملات كان لا بد على المشرع الجزائري أن يضع قواعد قانونية تنظم هاته العلاقات، فتدخل القانون المدني الجزائري وحدد القواعد المعمول بها فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي وذلك في الأمر 58.75 المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري و المعدل في 2005 وذلك عن طريق قواعد الإسناد.

إن سبب اختيار الموضوع هو الرغبة الذاتية والميول الشخصي نحو دراسة قواعد القانون الدولي الخاص لما لها من أهمية في تنظيم العلاقات بين الأفراد، بالإضافة إلى أن موضوع العقد الدولي أصبح من أكثر المواضيع أهمية على الصعيد الدولي الأمر الذي استوجب معرفة ضوابط القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

أما الأسباب الموضوعية فأهمها الضرورة التي فرضها التطور التكنولوجي و الاحتكاك في التعاملات بين دول العالم ، لأن إتساع العلاقات بين الدول يؤدي إلى إقامة العلاقات بين أفراد الدول، وكذلك إنتهاج بعض الدول سياسة الهجرة، الذي يفرض حالة تعدد جنسيات الأفراد في دولة واحدة فيؤدي التعامل فيما بينهم إلى إبرام عقود ، الشيء التي يضعنا أمام أكثر من قانون واحد.

تتمثل أهمية دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في التيسير على المتعاقدين من أجل تحقيق مصالحهم وصيانة حقوقهم التي تنشأ في ظل العقد والذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد.

وكذلك إلى إبراز وترتيب ضوابط الإسناد المعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك حسب المادة 18 و19 من القانون المدني الجزائري.

تهدف الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، من خلال إبراز الأصل وهو القانون المختار أو قانون مبدأ سلطان الإرادة والضوابط الإحتياطية التي أقرها المشرع الجزائري وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية من خلال إتباع قانون محل الإبرام والضوابط الأخرى.

ولدراسة ذلك ننطلق من الإشكالية التالية:

ما هو القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟

من خلال الإشكالية السابقة نطرح بعض الأسئلة الفرعية والمتمثلة في :

- ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية ؟.
- وما هو القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية ؟.

و للإجابة على الإشكالية قمنا بالاعتماد على المنهج التحليلي من خلال استعراض بعض النصوص القانونية والاتجاهات الفقهية والأحكام القضائية وتحليلها من أجل التوصل إلى الإجابات المطروحة سابقا.

كما اتبعنا في دراستنا تقسيما ثنائيا يتكون من فصلين وكل فصل يحتوي على مبحثين، حيث أن الفصل الأول يتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية ويتكون من مبحث أول يتضمن مبدأ قانون الإرادة (القانون المختار) كضابط إسناد أصلي يطبق في موضوع الالتزامات التعاقدية، ومبحث ثان يتضمن الضوابط الإحتياطية المطبقة في ظل غياب الضابط الأصلي (القانون المختار).

أما الفصل الثاني فيتناول القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، ويتكون من مبحث أول يتضمن قاعدة قانون محل الإبرام (قاعدة لوكس)، ومبحث ثان يتضمن الضوابط الأخرى التي تحكم شكل التصرفات القانونية.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على

موضوع الإلتزامات التعاقدية

تمهيـــــــد :

تعد مشكلة تنازع القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، والذي يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وذلك ناتج عن تطور واتساع مجال التعاملات التجارية والاقتصادية الدولية، وهذا ما يطرح إمكانية نشوء نزاعات بين الأطراف المتعاقدة، وحل هذه النزاعات يتطلب قوانين تنظم ذلك وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي وضح من خلالها على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الإرادة كضابط أصلي وهو ما نبينه في المبحث الأول، و بغياب هذا الضابط الاصلي نجد هناك ضوابط احتياطية، واستثناءات وهو ما سنبينه في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مبدأ قانون الإرادة (القانون المختار) كضابط أصلي.

يلعب مبدأ قانون الإرادة دورا هاما في تحديد شروط العقد بين المتعاقدين، ويعتبر من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار العقود وترتيب آثارها.

وسنحأول معرفة المقصود بمبدأ سلطان الإرادة أو قانون الإرادة في المطلب الأول، والمسائل التي يحكمها قانون الإرادة والمسائل التي تخرج عن نطاقه في المطلب الثاني.

المطلب الأول : المقصود بمبدأ سلطان الإرادة (قانون الإرادة).

قبل دراسة أحكام الضابط الأصلي (قانون الإرادة) المطبق على الالتزامات التعاقدية ومجالات تطبيقه لابد من معرفة نشأة وتعريف هذا القانون وهو ما نقوم بدراسته في الفرع الأول، وأنواع والشروط الواردة على الإرادة في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف و نشأة قانون الإرادة.

من أجل الإلمام بالجوانب المرتبطة بقانون الإرادة الساري على الالتزامات التعاقدية، نقوم بالتطرق إلى أهم تعريفاته ثم دراسة نشأته في العنصر الثاني.

أولا / تعريف قانون الإرادة :

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف قانون الإرادة بأنه "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود أو لو وجدت ولكن في صورة مختلفة"[1].

[1] عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 212.

وهناك من يعرفه بأنه "الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وإعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقيدهم"[1].

كما يعرف أيضا بأنه "القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا وهو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأطراف، وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرة القانون[2].

ويعرف قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص بأنه الحرية المتروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يخضعون له إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلدان مختلفة[3].

عندما يعقد الأشخاص اتفاقيات مع بعضهم البعض يمكنهم اختيار القواعد التي يريدون إتباعها وهذا مهم لأنه يساعدهم على التأكد من أن القواعد عادلة بحيث تعمل معهم، كما أنه يسهل على الأشخاص من أماكن مختلفة العمل بها بما يلائمهم ولا يعرقل مصالحهم.

ثانيا / نشأة قانون الإرادة :

ظهر قانون الإرادة كضابط أول يسري على موضوعه الالتزامات شكل تدريجي، حيث كانت أكبر الدول تجعل العقد يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه وكانت مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة في القرنين الثاني عشر والثالث عشر المثل البارز، أين جعلت القوانين الإقليمية تسري على كل التصرفات القانونية من بينها العقد، بمعنى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد وذلك سواء على الجانب الشكلي أو الموضوعي للعقد، إضافة إلى إقرارهم لمبدأ

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية) قانون الإرادة وأزمته**، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 157.

[2] شويرب خالد، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 12.

[3] بلميهوب عبد الناصر، **حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي**، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أما القاضي الوطني، جامعة جيجل، 2013/04/12، ص 02.

سريان القوانين الإقليمية على العقد ودعموا موقفهم أو أساسهم بحجة أن إعمال قانون الدولة مكان إبرام العقد يضمن للأطراف المتعاقدة معرفة كل تفاصيل وأحكام ذلك القانون[1]، إلا أنه بعد مرور مدة زمنية وبالضبط في أواخر القرن الخامس عشر حأول الفقيه الإيطالي «Rochuscurtins» الخروج عن هذه القاعدة المذكورة أعلاه خاصة أنها قاعدة آمرة، و حجته في ذلك أن تطبيق قانون دولة مكان إبرام العقد يعتبر بمثابة تصريح ضمني لإرادة المتعاقدين بالخضوع لقانون تلك الدولة، وكذا اتجاه هذه الإرادة إلى العمل بقانون بلد الإبرام فهنا كانت البوادر نحو نشأة وقيامي ضابط قانون الإرادة[2].

انتقلت هذه الفكرة إلى الفقه الفرنسي في القرن السادس عشر فتبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه "يمولان"، حيث استند على تطبيق قانون دولة الإبرام لكونه واعتباره القانون الذي تم اختياره من طرف المتعاقدين ولو كانت إرادة ضمنية، فبالتالي يمكن لأطراف العقد اختيار قانون آخر يسري على عقدهم، وعليه فإن لفكرة الفقيه "يمولان" دور هام في انحصار مجال قانون بلد الإبرام في العقد[3].

نادى الفقيه "يمولان" في القرن الثامن عشر إلى تبني قاعدة أو مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أو القانون المختار من قبل أطراف العقد وذلك بشكل صريح إضافة إلى حصر قانون الإرادة في نصوص آمرة، وموقف الفقيه "يمولان" كان له حيزا تطبيقيا ذلك في قضية النظام المالي للزوجين الشهيرة (دوجاني) عام 1525، حيث أكد أن شكل العقد

---

[1] هشام علي صادق، **تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 06.

[2] زروتي الطيب، **القانون الدوري الخاص الجزائري**، ج1، ط2، مطبعة المسيلة، الجزائر، 2008، ص 217.

[3] بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 303-304.

يخضع لقانون بلد الإبرام، أما موضوع العقد فيخضع للقانون الذي يتم اختياره من الأطراف وسواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني[1].

في حين أكد الفقيه البلجيكي (لوران) على هذا المبدأ وذلك بقوله أن لأطراف العقد الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم باعتباره حقا من حقوق الإنسان وهذا كان في نهاية القرن السادس عشر[2]، وفي الأخير ظهر استقرار مبدأ قانون الإرادة في القرن العشرين وذلك من خلال تبني أغلب التشريعات له واعتماده كضابط يسري على العقد الدولي[3]، ويتدرج في إطار تعريف قانون الإرادة كل ما جاء به فقه القانون الدولي الخاص، هذا ما كرسته التشريعات الوضعية منها التشريع الجزائري.

الفرع الثاني : أنواع الإرادة والشروط الواردة عليها.

إن مبدأ سلطان الإرادة هو القانون الذي اختاره الأطراف، حيث يتمتع الأفراد بالحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ويمكن أن يأخذ هذا التعبير من إرادتهم عدة أشكال وهو ما سنبينه في العنصر الأول، كما أن هناك شروط لإعمال قانون الإرادة وهو ما سنبينه في العنصر الثاني.

أولا : أنواع الإرادة.

تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري على مايلي "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في

[1] بلقاسم أعراب، المرجع نفسه ص 303-304.

[2] كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين**، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 335.

[3] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة في تنازع القوانين**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 228.

دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[1].

1- الإرادة الصريحة

يكون الاختيار صريحاً إذا حدد الطرفان في العقود الدولية أن قانون بلد معين يطبق.

فالملاحظ أن بعض العقود الدولية كعقود البيع وعقود التأمين والقرض والعقود البنكية يتضمن أخيرا شرطًا يعرف باسم شرط الاختصاص التشريعي والذي يحرص عليه الأطراف دائما لأن الأمر مهم بالنسبة لهم، بالإضافة إلى شرط الاختصاص القضائي يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق مثل الموافقة على أن العقد ملزم بالخضوع للقانون المصري أو الفرنسي أو الإنجليزي في حالة حدوث نزاع[2].

من المهم للأطراف أن يدرجوا في عقودهم شرطا أو بندا يحدد القانون المعمول به ولكن لا يوجد ما يمنع ذكر ذلك في اتفاق منفصل بعد إبرام العقد، بدلاً من ذلك يمكن تغيير الخيار السابق من خلال الموافقة على قانون آخر يتوافق مع شروط العقد ومتطلباته الجديدة.

يتعامل معظم الفقه مع إمكانية فصل أو تجزئة عقد دولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد حيث يمكن للأطراف تحديد القانون المطبق على كل العقد أو جزء منه، وبالتالي فإن الأهلية تخضع لقانون الأحوال الشخصية للمتعاقدين، ويخضع النموذج (الشكل) القانون الدولة المتعاقدة، وتخضع الالتزامات القانون مكان التنفيذ، مع مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري المعمول بها المتعلقة بقانون الدولة المتعاقدة أو القاضي المختص بنظر النزاع[3].

---

[1] المادة 32 من القانون المدني الجزائري.

[2] عوض الله شبيه الحمد السيد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، ط 3، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص515-516.

[3] محمد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر –الإسكندرية ، 2009، ص 433-434.

يعتبر الاختيار الصريح عنصرًا من عناصر قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي من غير المرجح أن يواجه أطراف العقد الذين يتخذون مثل هذا الاختيار صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد المتنازع عليه وذلك ببساطة؛ لأن الاختيار الصريح للشكل المذكور أعلاه من شأنه أن يساعد الأطراف على تركيز العقد في بلد معين، لذا فإن القانون المختار هو الذي يختص بحكم العلاقة التعاقدية ولكن دائما مع الأخذ في الاعتبار ما هو منصوص عليه في النظام العام الدولي[1].

نستنتج مما سبق أنه إذا كان العقد يتضمن قاعدة قانونية واضحة لا لبس فيها، فيجب على القاضي فرض هذا الاختيار وعدم وضعه جانبا بشرط أن يكون للعقد طابع دولي وأن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية، نظرًا لأن العبرة في الاختيار الصريح هو بيان الإرادة واعتماد القانون المختار صراحة من قبل الأطراف من شأنه أن يجلب لهم الراحة؛ لأن تطبيق القانون هو نتيجة اختيارهم ويمكن القول أنه يخدم مصالحهم لا شك، أما إذا لم يفصح الأطراف عن إرادتهم في الاختيار وجب البحث عن إرادتهم الضمنية.

2- الإرادة ضمنية

من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدولية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بصورة صريحة وواضحة، فهنا تسعى المحكمة إلى البحث عن الإرادة في تحديدها للقانون الواجب التطبيق من خلال أي تعبير ضمني، مثل وجود نص مشتق من قانون دولة معينة في العقد، أو شرط يقضي بإخضاع أي نزاع يثور حول العقد يخضع لإختصاص محكمة دولة معينة يسمى بشرط الاختصاص التشريعي.

تعرف الإرادة الضمنية بأنها المظهر الذي اتخذ ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون وجود هذه الإرادة، والإرادة الضمنية في مجال

[1] محمد خالد الترجمان، "**تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي** "، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 49، 1993 ، ص93.

الاختصاص القضائي الدولي يتعين أن يكون خضوع الخصوم الولاية قضاء الدولة ضمنياً، ويحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطن مختاراً لهم في دولة معينة أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة.

فيعد الاختيار الضمني اختياراً حقيقياً ولكن غير معين يستخلصه القاضي من ظروف الحال، وتؤكد كافة نصوص القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين [1].

وفيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى إعتبار السكوت تعبيراً عن اختيار قانون معين، لأن مشروع إتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية يكشف عن نهجين في هذا الصدد الاتجاه الأول يقول أن السكوت يؤخذ في الاعتبار عند اختيار القانون الواجب التطبيق ويجب أن يخضع للقانون الشخصي للطرف الساكت، والاتجاه الثاني لا يأخذ بالسكوت على الإطلاق[2].

في ضوء الفقه الدولي وموقفه من مسألة الاعتماد على الإرادة الضمنية نجد جانبا من الفقه الفرنسي الحديث يرفض الاعتماد على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية [3]، حيث من المحتمل أنهم يفتقرون إلى الإتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحة، مما يعني بوضوح أنهم لم يوافقوا على تعريف هذا القانون أو توقعوا مثل هذا الاختلاف منذ البداية، ثم كان القضاة قلقين بشأن العثور على الإرادة

---

[1] علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري**، ط 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1993 ، ص32.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، **قانون العقد** ، طبعة 1، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر –الإسكندرية ، 1990 ، ص102.

[3] هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، **مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين** ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر –الإسكندرية، 2001 ، ص348.

الضمنية في هذه الحالات وهم وخيال العدالة، كما لو أن الرأي القائل بأن الكشف عن الإرادة الضمنية هو في الواقع ما يسمى بالإرادة المفترضة[1].

من ناحية أخرى يمتلك الفقهاء جانبا أكثر أهمية يميل عادة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية ويقود القضاة في الحالات التي يظل فيها المتعاقد ساكتاً عن تحديد قانون العقد صراحة بطريقة محددة، على الرغم من أنه من الممكن الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد، ومن بين هؤلاء الفقهاء هناك الفقيه فوليكس الذي أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية وهو يعتقد أن دور القضاة في تحديد القانون المطبق على العقود الدولية هو فقط لتفسير الإرادة، لذلك فإن تحديده يقتصر على قانون مكان الإبرام أو التنفيذ ويجب أن يكون الطرفان على دراية بأنه على الرغم من وجهة نظره تم إنتقاذ دور الإرادة الصريحة باعتباره إهداراً وكاستثناء من الإرادة الضمنية[2].

وبالرجوع إلى إتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نجد أنها تؤكد على إرادة الأطراف التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق هي تلك الإرادة التي يعلن عنها الأطراف صراحة أو التي تكشف عنها الظروف المحيطة ضمناً، وبالتالي فإن المادة (3/1) من هذه الإتفاقية تؤكد أن الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو يستدل عليه بطريقة ما من الأحكام أو الشروط التعاقدية للعقد.

كما أدى الاتجاه العام للقضاء الفرنسي للاختيار بين الإرادة الصريحة والضمنية إلى الكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية في هذا الصدد عندما يظلون ساكتين بشأن التحديد الصريح لقانون العقد[3].

---

[1] حفيظة السيد حداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب**، دار المطبوعات الجامعية، مصر،الإسكندرية ،2007 ، ص425.

[2] شريف هنية، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، مذكرة للحصول على شهادة الماجيستر، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر، 2003، ص59.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص419.

تؤكد جميع التقنينات المعاصرة للقانون الدولي الخاص على ضرورة التحقيق في الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة، لذلك نجد أن القانون المدني المصري ينص في مادته (1/19) على أن القانون الذي اتفق عليه الطرفان يسري على العقد وأنه في حالة فشل الاتفاق الصريح ، "يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه".

كما ينص القانون الدولي النمسأوي الخاص على أنه في حالة عدم وجود أحكام صريحة " إذا بان من الظروف أن الأطراف قد إعتبروا نظاماً قانونياً معيناً واجب التطبيق فيعد هذا تحديداً ضمنياً ".

وينطبق الشيء نفسه على القانون الدولي السويسري لعام 1987 تنص المادة (2/116) على ما يلي: " اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف "[1].

إن المشرع الجزائري لم ينص على الأخذ بالإرادة الضمنية و لم يشر إليها ولا حتى بشكل غير مباشر، حيث نص من مادة 18 من القانون المدني الجزائري على الرجوع مباشرة إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو موطنهم المشترك في حال غياب الإرادة الصريحة الدالة على قانون واجب التطبيق.

و نشير هنا إلى مسألة هامة وهي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإرادة إذا كانت له صلة بالمتعاقدين (الجنسية أو الموطن) أو بالعقد (محل إبرام أو محل التنفيذ) فإن لم تكن الصلة موجودة قامت قرينة على التهرب من قانون واجب التطبيق بحيث يمكن للقاضي إستبعاد تطبيق القانون المختار و تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين[2].

---

[1] باسم عواد محمود العموش، **القانون واجب التطبيق وفقا لمعيار الموطن : دراسة مقارنة** ، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في القانون ، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر ، القاهرة ، 2006 ، ص242 –243.

[2] بشور فتيحة ، **محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون الخاص** ، كلية الحقوق و علوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016–2017 ، ص57.

ثانيا : الشروط الواردة على قانون الإرادة.

رغم اتخاذ المشرع الجزائري قانون الإرادة كضابط إسناد على موضوع الالتزامات التعاقدية إلا أنه وضع له شروط لإعماله بداية من ضرورة وجود صلة بين قانون الإرادة والمتعاقدين، وكذلك بشرط وجود رابطة بين قانون الإرادة والعقد.

1-شرط وجود صلة بين قانون الإرادة و المتعاقدين :

وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديل 2005 فالمشرع الجزائري رغم تبنيه لقاعدة قانون الإرادة أو منح الأطراف المتعاقدة حرية في اختيار القانون الذي يحكم ويسري على موضوع التزاماتهم التعاقدية، إلا أنه لم يجعل حرية أطراف الرابطة العقدية مطلقة بل قيدها بشرط ضرورة وجود رابطة بينهم وبين القانون لذي تم اختياره حيث جاءت المادة وفقا للآتي : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين..."[1].

من خلال المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري جعل اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بينهم وبين العقد، وقد تكون هذه الأخيرة بتحديد في جنسية المتعاقدين أو موطنهم[2]، فبالتالي بمفهوم المخالفة في حالة عدم وجود هذه الصلة أو الرابطة الجنسية أو الموطن، فإن القاضي يجعل القانون المختار على جانب كأنه لم يتم اختياره، وذلك لانعدام الصلة بينه وبين المتعاقدين خاصة أن الجنسية والموطن تعد ضمن المؤشرات التي يستدل بها القاضي بوجود الاختيار[3].

2-شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والعقد:

[1] المادة 18 من القانون 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] الطيب زروتي، **دراسات القانون الدولي الخاص**، ج2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 271.

[3] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص 256.

مفاد وجود صلة بين قانون الإرادة أو القانون المختار من طرف المتعاقدين والعقد، هو قيام تلك الصلة الحقيقية والرابطة القانونية بين القانون الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية أو قانون الإرادة والعقد، أين تكشف هذه الصلة بجلاء على الإرادة الحقيقية والمشتركة لأطراف العقد[1].

جعل المشرع الجزائري وجود صلة بين القانون المختار والعقد شرط لإعمال وتطبيق مبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية وذلك بشكل صريح في متن المادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديل 2005 "يسري على الالتزامات التعاقدية.

القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد[2]، إضافة إلى الرابطة الحقيقية بين العقد والقانون المختار الساري على موضوعه قد تكون صلة ببلد الإبرام الذي يحقق حماية للعقد وأمان للمتعاقدين ويضمن وحدة الحلول القانونية[3]، ويتم التفضيل في هذه المسألة أثناء دراسة الضوابط الإحتياطية لقانون الإرادة، كما يمكن أن تكون صلة العقد وقانون الإرادة بما يربطه بمحل أو مكان تتقيد العقد والذي يكون فيه موطن أحد المتعاقدين على الأقل[4].

كان المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني 2005 قد أعطى الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الساري على موضوع التزاماتهم حيث نصت المادة 18 قبل تعديل على ما يلي "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون لمكان الذي يبرم فيه العقد ما لم

[1] نبيل إبراهيم السعد، **النظرية العامة للالتزام**، مصادر الالتزام، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص 265.

[2] المادة 18 من الأمر 05-10، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3] الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 244.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 106.

يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"[1].

إلا أن المشرع الجزائري بعد التعديل قيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وذلك بوضعه شروط ينبغي توافرها لإعمال القانون المختار من أطراف الرابطة العقدية[2]، إضافة أنه يمكن القول بأن إرادة الأطراف المتعاقدة تنحصر في تركيز العقد في مكان معين ويكون الأساس وجوهر العقد، نظرا لما يترتب من آثار قانونية في حالة انقطاع الصلة الحقيقية بين العقد أو المتعاقدين وقانون الإرادة[3]. كما أنه وفقا لقواعد الإسناد لابد أن لا يمس القانون المختار من المتعاقدين بالنظام العام والآداب العامة الجزائرية، ولا أن يكون ناتج عن الغش نحو القانون المنصوص عليهما في المادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"[4].

المطلب الثاني : المسائل التي يحكمها قانون الإرادة والمسائل التي تخرج عن نطاقه

[1] المادة 18 من المر 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الكريم بليعور، مرجع سابق، ص 366.

[3] خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعأون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 50.

[4] المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

إن أغلب التشريعات تعترف للأطراف باختيار ما ينظم علاقتهم التعاقدية، لكن الإختلاف الأساسي يكمن في مدى هذه الحرية بمعنى أن الغرض من تراجع القانون أمام مبدأ الإرادة ليس إلا لأجل الوصول إلى الأحكام ذات الصلة الحقيقية بالمتعاقدين والعقد المبرم بينهما وعلى هذا الأساس هناك مسائل يحكمها قانون الإرادة وهو ما سنبينه في الفرع الأول، كما أنه يوجد مسائل تخرج عن نطاقه[1]، وهو ما سنتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المسائل التي يحكمها قانون الإرادة

بداية نشير الى ان المراد بالالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد من حيث التكوين والاثار المترتبة على قيامة وعليه يدخل في نطاق تطبيق قانون العقد كل المسائل المتعلقة بتكوين العقد من اركان وشروط والاثار المترتبة عليه وهو ما سوف نفصله على النحو التالي:

أولا/ تكوين العقد

يدخل في شروط تكوين العقد الرضا والمحل والسبب غير ان في هذا الاطار وجب النظر فيما يترتب على مخالفة قواعد تكوين العقد وهو جزاء البطلان مبدئيا تكوين العقد لقانون العقد.

تثار هنا مسالة تحديد مكان انعقاد العقد رزنامة عندئذ لا يخلو من صعوبة فلو ارسل تاجر فرنسي الي تاجر ياباني برقية التلكس الأنترنت يعرض عليه بيع بضاعة معينة واجابة الياباني بالموافقة على شراء فكيف يمكن معرفة قانون العقد موضوع البحث

إن إعمال نص المادة 18 1 من القانون المدني الجزائري يفرض علينا تعيين قانون البلد الذي انعقد فيه العقد وهو ما سيبرز من خلال الوقوف على مرحل واركان تكوين العقد

[1] شويرب خالد، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 64.

1-الرضا: يقوم التراضي باقتران ارادتين متطابقتين لا شك في ان تبادل الايجاب والقبول بين المتعاقدين يخضع لقانون العقد إذا كان التراضي كافيا اما إذا كان مطلبا في شكل معين فان الشكل يخضع لقانون الشكل[1].

اما عيوب الرضا فقد اختلف الفقه فيها فرأى بارتان انها تخضع لقانون الشخص باعتبارها تهدف الي حماية ارادة المتعاقد نفسه غيره ان هذا الراي منتقد فعيوب الارادة وعيوب الرضا من غلط وتدليس واكراه واستغلال ليست عيوبا في الشخص نفسه وانما تهدف الي ضمان سلامة العقد وبذلك تخضع لقانون العقد اما عيوب الارادة وعوارض الاهلية مثل نقص الاهلية الجنون السفه الغفلة تدخل في نطاق الاحوال الشخصية وتخضع لقانون الشخص[2].

2-المحل: يخضع محل العقد وشروطه من حيث كونه معينا أو قابلا للتعيين وممكنا ومشروعا لقانون العقد[3]. ويري نبواييه انه إذا كان قابلا أو غير قابل للتعامل فيه وكذلك الأمر إذا كان عملا فيجب الرجوع الي قانون محل تنفيذ العمل لبيان ما إذا كان جائزا أو غير جائز.

3-السبب: يخضع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد مع مراعاة فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي غير انه إذا كان السبب غير المشروع طبقا لقانون القاضي طبق القاضي قانونه استجابة لفكرة النظام العام في بلده[4].

وفي حالة تخلف احد اركان العقد فان القانون الذي يحكم العقد هو الذي يتولى بيان الجزاء المترتب علي تخلف ركن من اركان العقد هل هو البطلان المطلق ام البطلان النسبي

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص359.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص119.

[3] أعراب بلقاسم، ، المرجع السابق، ص317.

[4] إسعاد موحند، المرجع السابق ، ص671 .و أنظر أيضا : عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص 362.

وتحديد من له الحق في التمسك به وهل تلحقه الاجازة ام لا وهل يمكن ان تتقادم الدعوى المقررة له ام لا مما هي مدة التقادم في حالة تقريره؟[1].

إذا ترتب البطلان على تخلف ركن من اركان العقد خضع له هذا الركن وإذا ترتب الابطال على تخلف شرط الاهلية أو على عيب من عيوبها خضع الابطال لقانون الشخص مع ملاحظة الاستثناء الوارد في مادة 10 من القانون المدني الجزائري اما إذا ترتب الابطال عن عيب من عيوب النص فان الابطال يخضع لقانون الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات والدفع بعدم تنفيذها لقانون العقد[2].

اما الاثار المترتبة على تقرير البطلان فتخرج من نطاق قانون العقد كالالتزام بالرد والالتزام بالتعويض لأنها لا تعتبر من الالتزامات التعاقدية ذلك انه لا يمكن القول بوجود العقد بعدما قضي ببطلانه[3].

ثانيا/ أثار العقد.

قانون العقد هو الذي يبين الاشخاص الذين ينصرف اليهم اثر العقد ورفقا لاي شروط يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا كما انه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما جعله ايضا هو مختص بتفسير العقد [4]غير ان القانون يفرق بين تحديد مضمن الالتزامات التعاقدية وبيان طرق تنفيذها وكذلك تفسير العقد وايضا اسباب انقضاء الالتزام[5].

[1] عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص474. أنظر أيضا : إسعاد موحند، المرجع السابق، ص372.

[2] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص121.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص673.

[4] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص319.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص120.

1-أثار العقد بالنسبة للأشخاص.

تخضع اثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد وعلى ذلك فانه يتعين الرجوع الي هذا القانون لمعرفة الملتزمين بالعقد والمستنفذين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير على ان مدى انصراف اثر العقد الى الخلف العام يدخل في مجال اعمال القانون الذي يحكم الميراث اما اثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فهو يعد وفقا لراي البعض داخلا في مضمون الفكرة المسندة بينما يري البعض الاخر ان الاثر يخضع لقانون موقع المال.

2-أثار العقد بالنسبة للموضوع.

وهذه بدورها تدخل في مضمون الفكرة المستندة وتخضع لقانون العقد ومؤدي ذلك انه يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد واحكامه ويقتضي هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية.

وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد فانه هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين فهو يقع عليه بيان طرق تنفيذها تنفيذا عينيا أو بمقابل وكيفية تقدير التعويض وما هو حكم شرط الاعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

كما يخضع تفسير العقد للقانون الذي يحكم العقد غير أن هناك رايا يري أن تفسير العقد مسألة واقع تخضع لقانون محل إبرام العقد ذلك لأن المتعاقدين قد يستعملان في عقديهما نفس المصطلحات المستعملة في قانون محل إنعقاد العقد فينبغي حينئذ الرجوع إلى هذا القانون لتفسير تلك المصطلحات وأنتقد هذا الراي بان هناك فقرا بين قواعد تفسير وهي مسالة قانون وبين معاني المصطلحات وهيا مسالة واقع فإذا كان المتعاقدان قد استعمل مصطلحات مستعارة من قانون محل ابرام العقد فليس بضرورة ان تخضع قواعد تفسير في قانون الارادة لقانون محل انعقاد العقد.

ويميل الراي الراجع فقها الي اسناد التفسير الى القانون الذي يحكم العقد وينبغي على ذلك أن هذا القانون هو المختص بتحديد ماهو من ملتزمات العقد وطبيعة التزامات الاطراف ومتي يكون التنفيذ عينيا وكيفية التنفيذ عن طريق التعويض وتحديد وسائل اجبار المدين على تنفيذ وحكم الشرط الجزائي ومتي يجوز تعديل العقد وسلطات القاضي في التعديل زيادة أو تخفيض فيه[1]. وكيف يكون، وأهمية الإعذار ومتي يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره وحكم الشرط الجزائي وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد.

وعلى هذا النحو تخضع المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام بين المتعاقدين لقانون العقد وليس لقانون محل وقوع فعل الضار والذي يسري في شان المسؤولية التقصيرية فالخطأ ليس في ذاته هوا اساس دعوة تعويض عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية وانما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذي فرض هاذه الالتزامات ومن جهة اخري ليس من المقبول ان يخضع تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد للقانون الذي يحكم هذا العقد بينما يطبق قانون اخر في شأن الجزاء المترتب عن الاخلال بتنفيذ هاذه الالتزامات فمثل هذا القانون يخل بوحدة القانون الواجب بتطبيق في شان العقود كما انه يتجاهل حقيقة ان التعويض في هذه الحالة هو نوع من التنفيذ بمقابل.

وإذا كان تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد يخضع على هذا النحو لقانون العقد وفقا لما انتهي اليه الفقه الغالب فقد اتجه جانب اخر من الشراح مع ذلك الى اخضاع تنفيذ هذه الالتزامات لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ.

ومهما كان أمر خضوع تنفيذ الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يحكم العقد وفقا لما انتهى اليه الفقه الغالب لا يمكنه بالضرورة من التسليم باستحالة تنفيذ العقد فيما لو كان قانون دولة التنفيذ لا يقر بالوسائل التي ينص عليها القانون العقد وتعد استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في محل التنفيذ على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة وهذه تخضع للقانون الذي يحكم العقد.

[1] طيب زروتي ، مرجع سابق، ص247.

وبالمثل فان انتقال الالتزام يخضع لقانون العقد سواء كان هذا الإنتقال إيجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين[1].

الفرع الثاني : المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة.

تخرج بعض العقود والمسائل عن نطاق قانون الإرادة، وتخضع لقواعدها الخاصة، وهذه المسائل والعقود هي:

1- غالبية التشريعات تجعل مجال تطبيق قانون الإرادة في نطاق القواعد القانونية المكملة أو المفسرة المنظمة للروابط الخاصة بين الأفراد دون نطاق القواعد القانونية الأمرة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، لأن القواعد الأمرة أو الناهية لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها واستبعاد تطبيقها أصلا وبالتالي فلا يجوز نقل الاختصاص التشريعي منها إلى قانون آخر مختار، فحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب تطبيقه في تصرفاتهم التعاقدية تقتصر على ما تحكمه القواعد المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وإخضاعها لقانون آخر مختار، دون القواعد الأمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، وذلك تطبيقا لقاعدة الإسناد[2].

2- من المتفق عليه أن تحديد أهلية أطراف العلاقة تخرج عن نطاق قانون الإرادة أيضا لأنها محكومة بقانون الجنسية.

3- العقود المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق قانون الإرادة، لأنها محكومة بقانون العقار.

4- العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن تكون متعلقة بالمصلحة الخاصة للأفراد، دون العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة، كعقد الشركات التي يخضع لقانون محل مركز إدارتها الرئيسي، لأن لعقد الشركات ماهية النظام العام ويكون محميا بأحكام القانون الجنائي.

---

[1] حفيظة سيد الحداد ، مرجع سابق، ص400.

[2] غالب علي الدأودي، نفس المرجع، ص 220.

5- تخرج من نطاق قانون الإرادة المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، حيث أن هذه العلاقات تخضع لقانون العمل والضمان الاجتماعي الوطني، ولا مجال لنقل الاختصاص فيها إلى قانون آخر مختار عن طريق الإرادة، لأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة الأحكام المتعلقة بهذه العلاقات أصلا[1].

6- إن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن لا تكون متعلقة بالميراث والوصية، كالاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون خاصة إذا كان الاتفاق متعلقا بالمال غير المنقول، فالإرث والوصية يحكمها قانون المورث والموصي وقت موتهما.

7- دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية وعليه تخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق قانون الإرادة كالزواج والطلاق والنفقة والحضانة...الخ، حيث تخضع هذه المسائل للقانون الشخصي وفقا للقواعد الخاصة بها.

8- تخضع عقود التأمين ببعض المنقولات كالطائرات والسفن لقانون بلد التسجيل لا لقانون الإرادة.

9- تخرج من نطاق قانون الإرادة الأموال المنقولة، لأنها تخضع لقانون الجهة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى فيها أو فقدها[2].

10- هناك مسائل أخرى غير خاضعة لقانون الإرادة فتستثنى من ذلك بعض العقود الدولية كعقد الزواج، عقد العمل، عقد الإيجار، عقود المستهلكين، كما تستثنى بعض الفئات كفئة الأحوال الشخصية وفئة الشكل وفئة الأموال[3].

11- حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر لا يطبق عليها القانون الإرادة.

---

[1] غالب علي الدأودي، المرجع نفسه، ص 221.

[2] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 223.

[3] عبده جميل غضوب، **دروس في القانون الدولي الخاص**، ط1، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 30.

المبحث الثاني: الضوابط الإحتياطية المطبقة في ظل غياب الضابط الأصلي(القانون المختار).

تنص المادة 2/18 و 3 ق م ج على أنه" يسري على الالتزامات التعاقدية.....

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

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل ابرام العقد.....".

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 أضاف ضوابط اسناد احتياطية لم تكن موجودة من قبل[1].

ومن هذا المنطلق يطبق على العقد القانون الذي يختاره الأطراف صراحة شرط أن تكون له صلة بهما أو بعقدهما، فإذا لم يختارا قانونا أو كان القانون الذي اختاراه بلا صلة بهما أو بعقدهما طبقت الضوابط الإحتياطية.

سوف نقوم في هذا المبحث بدراسة هذه الضوابط وفقا لنص ما جاء في المادة 2/18 و3 ق م ج من خلال مطلبين، فسوف نتطرق في المطلب الأول إلى إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين (الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة)، وفي المطلب الثاني نبين إعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد (قانون محل إبرام العقد).

المطلب الأول: الموطن المشترك والجنسية المشتركة للمتعاقدين.

سوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين نبين من خلاله الموطن المشترك في الفرع الأول والجنسية المشتركة كفرع ثاني.

الفرع الأول: الموطن المشترك.

[1] المادة 18 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، ج ر ج ج، ع 44، المؤرخة يوم الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري.

نظم المشرع الموطن كغيره من التشريعات في نصوص القانون المدني بحيث عرف الموطن وبين أنواعه.

أولا/ تعريف الموطن:

يمكن تعريف الموطن على أنه المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة[1]، كما يعرف الموطن على أنه مكان الإقامة المعتاد بالنسبة للشخص الطبيعي ومركز الإدارة بالنسبة للشخص المعنوي.

لقد عرف المشرع المصري الموطن في نص المادة 40 من القانون المدني المصري بأنه " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ".

يلاحظ أيضا من خلال هذا التعريف أن المشرع المصري تبنى الوصف الواقعي للموطن أي وجود إقامة معتادة ومستقرة للشخص فيتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويقصد بالإقامة المعتادة الإقامة المستقرة الدائمة حتى لو تخللتها فترات غياب متقاربة أو متباعدة[2].

وقد نصت المادة 39 من القانون المدني الأردني على أن: " الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن "[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الموطن في نص المادة 36 من القانون المدني الجزائري على أنه: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت "[4].

ويشترط في الموطن توافر عنصرين هما:

---

[1] – محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، نظرية الحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص146.

[2]– حسام الدين فتحي ناصف، **أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص**، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص07.

[3] – سليمان الناصري، **المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)**، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، 1999، ص140.

[4]– المادة 36 من القانون المدني الجزائري.

– العنصر الأول مادي (الإقامة) بحيث تتحقق المعيشة فيه ولا عبرة بمحل الولادة أو المكان الذي يسافر إليه الشخص فيرغب في البقاء فيه لفترة معينة.

– العنصر الثاني معنوي (نية البقاء والاستقرار) ويعني الإقامة بشكل عادي أي الإقامة الفعلية والقيام بأنشطته اليومية بحيث يكون هو العنوان مراسلاته وإخطاراته والتزاماته المالية[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يعرف الموطن بطريقة مطلقة كما فعلت بقيت التشريعات المقارنة والتي اعتمدت مصطلح " موطن كل شخص "، وذلك لأن استعمال المشرع الجزائري في تعريفه الموطن لعبارة " موطن كل جزائري " يجعل من هذه المادة لا تتماشى مع جميع نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي كالمواد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

ثانيا/ أهمية الموطن:

تبدو أهمية تحديد موطن الشخص من نواحي كثيرة منها:

– الأوراق القضائية المطلوب إعلانها للشخص كالإعلان والإنذار والتنبيه وصحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التي تكون ذات أثار قانونية توجه إلى شخص في موطنه.

– يكون الاختصاص بنظر دعوى الحقوق الشخصية أو المنقولة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

– الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها شيئا من الأموال كالنقود يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء.

– يتم اتخاذ إجراءات الإفلاس أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن التاجر.

– يلعب المواطن دورا هاما في تحديد الاختصاص القضائي والقانوني بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي على صعيد القانون الدولي الخاص[2].

إن للموطن في المعاملات الدولية أهمية بالغة فقد جعل منه المشرع ضابط إسناد احتياطي، وفي حالة تخلف الاشتراك في الموطن أو مركز الاعمال يعقد الاختصاص لقانون الموطن

[1]– محمد حسين قاسم، **مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والإلتزامات**، ، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1997، ص192.

[2] محمد حسين قاسم، المرجع نفسه، ص193.

المدني أو مركز أعماله، وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في بعض أحكامه وكذا القضاء الإنجليزي والألماني وإتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن بيع المنقولات المادية.

ثالثا/ أنواع الموطن:

يمكن تقسيم الموطن إلى نوعين أساسيين هما:

1- الموطن العام:

ويقصد به " الموطن الفعلي أو الواقعي الذي يقيم فيه الشخص عادة فيكون مقر سكناه ويقيد به قانونا بالنسبة لنشاطه وعمله وعنوانا لمراسلاته وهو ما يسمى بالموطن العام الإداري "[1].

أما الموطن العام أو القانوني أو الإلزامي فهو " المكان الذي يحدده القانون لإقامة الشخص كما هو الحال بالنسبة لموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب".

2- الموطن الخاص:

قد يكون للشخص موطنا خاصا بالنسبة لبعض الأعمال وأهم أنواعه هي موطن الأعمال الموطن التجاري أو المهني أو الحرفي أو الموطن المختار.

فالموطن التجاري أو الحرفي هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالا تجارية أو أعمالا خاصة بحرفة معينة، لذلك يعتبر هذا المكان موطنا خاصا بالنسبة لأعمال هذه التجارة أو الحرفة أما غيرها من الأعمال فيؤخذ بالموطن العام[2].

لقد نصت المادة 37 من القانون المدني الجزائري على ما أطلق الفقهاء عليه تسمية موطن الأعمال على النحو التالي: " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص التجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة".

هذا الموطن لا يكون إلا لمن له تجارة أو حرفة، مثلا لا يمكن أن يكون للموظف موطن أعمال.

---

[1] محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الحق بوجه عام**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص136.

[2] عبد الوافي عز الدين، **القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص96.

أما الموطن المختار فهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين بحيث يكون خاص بهذا العمل وحده، ويتم تحديد ذلك الموطن إلا بالإرادة المنفردة لصاحبه أو بموجب عقد يبرمه مع شخص آخر كإتفاق الأطراف على أن يكون الاختصاص بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة معينة وهنا يكون اختيار موطن خاص للتقاضي، أو مثلا إذا اشترى الشخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق مع البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع، أو مثلا إذا إختار الشخص مكتب محاميه موطنا خاصا تعلن فيه كل الأوراق القضائية المتعلقة بعقد أو تصرف قانوني أو منازعة معينة ويشترط الكتابة لإثبات وجود الموطن المختار[1].

هذا بالنسبة لموطن الشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أن: " موطن الشخص الإعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر"[2].

فالمنازعات الخاصة بالشركاء في الشركة يعقد الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها مقر الشركة الرئيسي، وبالنسبة لفروع الشركة إن وجدت يكون مكان كل فرع موطن للشريك فيما يتعلق بمجال نشاطه، فالشخص المعنوي يأخذ حكم الشخص الطبيعي من حيث الموطن أي يجوز أن يكون له موطن عادي أو موطن مختار[3].

ولقد اعتبرت المادة 37 من القانون المدني الجزائري المكان الذي يمارس الشخص فيه حرفة معينة أو تجارة بمثابة موطن بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه المهنة أو التجارة، في حين اعتبرت المادة 38 من القانون المدني الجزائري أن موطن كل من القاصر والمفقود والمحجور عليه والغائب هو موطن من يقوم بالنيابة القانونية عن هؤلاء، أما المادة 39 من القانون المدني الجزائري فقد أجازت أن يقوم الشخص باختيار موطن معين من أجل تنفيذ تصرف قانوني.

---

[1] عبد الوافي عز الدين، المرجع السابق، ص96.

[2] الأمر 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

2- إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية**، ط 9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص246.

الفرع الثاني: الجنسية المشتركة.

سوف نتطرق لعنصر الجنسية من خلال تعريفها وتبيان أهميتها.

أولا/ تعريف الجنسية وبيان أهميتها:

1- تعريف الجنسية:

يعرف غالبية الفقهاء الجنسية بأنها " رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة "، فكونها رابطة سياسية، تعني بأن الجنسية تعبر عن ولاء الفرد للدولة التي يحمل جنسيتها وما يترتب عن هذا الولاء من واجبات وحقوق كواجب أداء الخدمة العسكرية (الوطنية) استعدادا للدفاع عنها، وواجب الدولة من جهتها بسط حمايتها الدبلوماسية عليه في الخارج، أما كونها رابطة قانونية، تعني بأن القانون هو الذي يستأثر بوضع الأحكام المنظمة لها من حيث ثبوتها أو من حيث فقدانها، كما عرف الجنسية الأستاذ "Mayer" بانها " **صفة يترتب منها من طرف الدولة للفرد اختصاصا شخصيا لها تجاهه يحتج به قبل الدول الأخرى** " وهذا التعريف يركز على الجانب الدولي للجنسية دون الجانب الداخلي لها[1].

2- أهمية الجنسية:

للجنسية أهمية في حياة الدولة والفرد معا، فهي تهم الدولة على الصعيد الدولي لأنها أساس قيام كيانها واستمرارها، وبفضلها يتحدد عنصر من عناصرها وهو ركن الشعب فالجنسية تعتبر وسيلة لممارسة السيادة الشخصية على المواطنين ولو كانوا في الخارج، من الأهمية لمكان ضبط أسس بناء الجنسية لأنه بواسطتها تتزود الدولة بحاجتها من السكان لصمان استمراريتها وديمومتها.

وتهم الجنسية الفرد باعتبارها الرابطة الأساسية المحددة لمركزه في القانون الدولي مادام هذا الأخير لا يعترف به إلا عن طريق تدخل الدولة التي ينتمي إليها لرعاية شؤونه وتبني قضاياه على الصعيد الدولي.[2]

---

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع الاختصاص الفضائي الدولي- الجنسية-**، ج 2، ط 4 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 83-84.

[2] الطيب زروتي، **الوسيط في الجنسية الجزائرية: دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2010، ص28.

كما تظهر أهمية الجنسية أيضا في مجال تنازع القوانين وفي مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ومركز الأجانب.

ففي مجال تنازع القوانين تظهر أهميتها في ناحيتين، أولهما أن العلاقة القانونية التي تكون محلا لتنازع القوانين هي العلاقة التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي، والذي يمكن أن يتطرق إليها عن طريق أطرافها، بحيث يكون أحدهما أو كلاهما من الاجانب، ومن الناحية الثانية، لما يكون ضابط الإسناد المعتمد في الدولة بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق هو ضابط الجنسية كما هو الأمر بالنسبة للالتزامات التعاقدية التي نحن بصدد دراستها، فالقانون في هذه الحال يختلف حسب الجنسية التي يحملها الشخص[1].

أما في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تظهر اهمية الجنسية لما يكون قانون الدولة المعروض على قضائها النزاع، تشترط لثبوت الاختصاص أن يكون أحد أطراف النزاع من الحاملين لجنسيتها.

يحصل الشخص على الجنسية من الدولة وهي حرة – كقاعدة عامة – في منحه إياها، و إن كانت تتقيد ببعض القيود، فالدولة تراعي وجود ارتباط بينهما وبين الشخص الذي تمنحه جنسيتها وهي لا تبحث في تحقيق هذا الارتباط بصدد كل شخص على حدى وإنما هي تعتمد في ذلك على مظاهر أو قرائن تدل عليه، ومن هذه القرائن ما يكون في الشخص ذاته الذي يحصل على جنسية الدولة، ومنها ما يكون في أسرته سواء في أبائه أو في الزواج، والدول تختلف فيما بينها في ما تأخذ به من قرائن على تحقيق الارتباط، فقد ترى دولة ما ان ميلاد الشخص في إقليمها قرينة كافية على هذا الارتباط، بنما تشترط دول اخرى ميلاد الآباء في إقليمها، وقد تشترط دولة ثالثة تمتع الآباء بجنسية الدولة[2].

ثانيا/ أنواع الجنسية:

1- الجنسية الاصلية:

وهي الجنسية التي تثبت للشخص عند ميلاده، إما لأنه ينحدر من دم والد يحمل نفس الجنسية على أساس حق الدم، وإما لأنه ولد في إقليم تقييم دولته الجنسية على اساس حق

[1] أعراب بقاسم، مرجع سابق، ص 91 – 92.

[2] إبراهيم احمد إبراهيم، **القانون الدولي الخاص: الجنسية ومركز الأجانب** ، ج 1، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 71.

الإقليم، ولا يمنع من اعتبار الجنسية اصلية أن يتأخر إثباتها إلى ما بعد الميلاد، فقد يحتاج الأمر إلى إثبات نسب الولد إلى أبيه في الحالة الأولى أو يحتاج إلى إثبات حدوث الميلاد على إقليم الدولة في الحالة الثانية، فيتأخر في الحالتين ثبوت الجنسية إلى ما بعد الميلاد ولكنها متى أثبتت إرتد اثرها إلى وقت الميلاد واعتبرت جنسية اصلية[1].

وتنفرد الجنسية الأصلية بالخصائص التالية:

– أنها جنسية مفروضة، تثبت للشخص بقوة القانون دون الاعتداد بإرادته.

– أنها جنسية نهائية سببها الميلاد، وترد إلى وقته فتقوم على واقعة قانونية هي وقاعة الميلاد.

ويطلق الفقه على الجنسية تسميات مختلفة، كالجنسية الممنوحة، والجنسية المفروضة، وجنسية الميلاد، ولكن أكثر الاصطلاحات شيوعا وتداولا في تقنيات الجنسية وكتب الفقه هي الجنسية الأصلية، كما تقوم الجنسية الأصلية على اعتبار قانوني مفاده أن المشرع عند وضعه لقواعد الجنسية قدر وجود قرينة كافية للاندماج الواقعي منذ لحظة ميلاد الفرد الذي ينتسب لأحد الابوين الوطنيين أو هما معا، وهذه هي الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم أو الأصل الجغرافي[2].

كما تقوم الجنسية الأصلية على حق الدم أو البنوة، بمعنى حصول الفرد على جنسية الدولة التي يتمتع بها ابوه المهاجر بمجرد ميلاده، وهذا ما نص علية المشرع الجزائري في المادة 06 من قانون الجنسية بقوله: " يعتبر جزائريا الولد من أب جزائري أو أم جزائرية "[3].

ولا يعني حق الدم هنا المعنى القوي الذي يفيد وراثة العرق والسلالة، كالجنس الاري أو السامي والجنس الأبيض أو الأسود، أو الانتماء إلى وحدة اجتماعية مصغرة كالأسرة والقبيلة لأن الأسرة ليست رابطة عنصرية ولا توجد دولة في العالم كل سكانها يتشكلون من عرق بشري خالص، و إنما المقصود بحق الدم هو رابطة النسب بين المولود ووالده بحيث يصبح الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود أساس الجنسية الأصلية بمفهومها السياسي والقانوني، فيتلقى الولد الجنسية عن والديه مهما كان أصلهم، لذلك يطلق عليها أيضا جنسية

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 194.

[2] زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 129– 130.

3 أمر رقم05 – 01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70 – 86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 43، 2005.

البنوة، وهي تسمية أدق في الدلالة على مقصدها، قوامها أن الطفل يتلقى التربية الوطنية من اسرته، مما يوثق ولاءه لدولته ويزيد في إخلاصه لها[1].

ويجري عادة في إثبات الجنسية الجزائرية للأب عن طريق إبراز شهادة الجنسية، وفي حالة تعذر إثبات الجنسية لهذا الأخير بواسطة هذه الطريقة لابد من اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى الواردة في قانون الجنسية الجزائرية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 06 السالفة الذكر لا يفرق بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية أو غير الشرعية، إذ تكفي الولادة من أب جزائري أو من أم جزائرية، ويعتبر هذا الحل موفقا لان الابن غير الشرعي ستكون له جنسية على الأقل على المستوى الدولي[3].

هذا ويجب أن يكون الأب (أو الأم) جزائريا وقت ميلاد الوليد، حتى يتمكن من تلقي جنسية والده، ولا يثير الأمر صعوبة فيما لوكان الأب جزائريا خلال فترة الحمل أو عند الميلاد، وإنما يدق الأمر فيما لو تغيرت جنسية الأب بين فترة الحمل والميلاد، أو تغيرت جنسته بعد الميلاد، فالثابت أن المادة 06 أعلاه تعتد بجنسية الأب وقت الميلاد، ومعنى ذلك، أنه لوكان الأب أجنبيا عند الحمل أجنبيا ثم أصبح جزائريا عند ميلاد الوليد فإن الأخير يكتسب الجنسية الجزائرية وفقا للنص السابق، كما أن تغيير الأب لجنسيته بعد الميلاد لا يؤثر على اكتساب الوليد للجنسية الجزائرية، فضلا على أن موت الأب الجزائري بعد الحمل وقبل ميلاد الوليد فإن الرأي الراجح لدى الفقه يؤكد اكتساب الابن لجنسية أبيه الجزائرية، بحسبان أن هذه الجنسية كانت ستنتقل بطبيعة الحال إلى الابن لو استمرت حياة الأب حتى تاريخ الميلاد، إذ الراجح أنه كان سيظل عليها حتى هذا التاريخ[4].

2- الجنسية المكتسبة:

وهي تلك الجنسية التي يمنحها القانون لشخص توافرت فيه شروط تؤهله إلى أن يكون من وطنيي الدولة وتجعل من المفترض فيه الولاء لدولة هذه الجنسية و الارتباط بها[5]

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص130 – 131.

[2] زروتي الطيب، ، مرجع سابق ، ص130 – 131.

[3] إسعاد موحند، المرجع السابق، ص153 – 154.

4 هشام خالد، **إكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 202-203.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

نص المشرع على الجنسية المكتسبة في المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائرية على أنه: " يمكن إكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية متى توافرت الشروط الأتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية لمعيشته[1].

وتتميز الجنسية المكتسبة عن الجنسية أصلية المبنية على حق الإقليم في أن هذه الأخيرة يتمتع بها الفرد بالميلاد وحده، وتثبت من وقت الميلاد وليس لاحقا، كما يتميز اكتساب الجنسية عن طريق القانون في أنه يتوقف على تقديم طلب من المعني بالأمر، بعد توفر الشروط القانونية المطلوبة، ثم تبت في الطلب الجهات المخولة قانونا بمنتهى سلطتها التقديرية، على هذا الأساس يعتبر اكتساب الجنسية عن طريق القانون هو حق الفرد الذي توافرت فيه الشروط المطلوبة[2].

كما يمكن اكتساب الجنسية عن طريق التجنس، ويترتب على ذلك أنه يمكن للفرد إذا لم يريد الحصول على جنسية دولة غير التي ينتمي إليها بجنسيته الأصلية أن يسلك طريق التجنس بأن يندمج في شعب هذه الدولة ويطلب الحصول غلى جنسيتها بعد أن تتوافر فيه الشروط التي تضعها الدولة لاكتساب جنسيتها.

المشرع الجزائري نص على اكتساب الجنسية عن طريق التجنس من خلال لمادة 10من قانون الجنسية التي تنص على:" **يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لإكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط:**

1- أن يكون مقيما في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل بتاريخ هذا الطلب.

2- أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس.

3- أن يكون بالغا سن الرشد.

---

[1] أمر رقم05- 01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المتضمن فانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43، لسنة 2005

[2] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 134.

4- أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف.

5- أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته.

6- أن يكون سليم الجسد والعقل.

7- أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري.

يقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده[1].

لقد أوردت المادة 11 من قانون الجنسية استثناءات والتي تنص على: " **يمكن للأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر أو المصاب بعاهة أو مرض جراء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها، أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن أحكام المادة 10 أعلاه.**

ويمكن أيضا للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن الشروط المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

إذا توفى أجنبي عن زوجه وأولاده وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن هؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن أغلبية الفقه والتشريعات الوضعية تقر بأن هناك إختلاف بين جنسية الشخص المعنوي عن جنسية أعضائه.

ولقد اختارت غالبية الدول في قوانينها الوطنية معيار الجنسية المشترك للأطراف كضابط احتياطي يتم اللجوء إليه عند غياب قانون الإرادة، لكنهم اختلفوا في ترتيبه ومدى منحه الأولوية عن باقي الضوابط الأخرى، كما نجد من التشريعات الوطنية ما لم يشر إلى الجنسية المشتركة للأطراف كضابط إسناد احتياطي كما هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني حيث نصت المادة 20 من القانون المدني الأردني على أنه:" **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للأطراف فإن لم يتحدا من حيث الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**"، أي عند غياب قانون الإرادة وهو نفس

[1] المادة 10 من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43، لسنة 2005

[2] المادة 11 من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الجنسية.

التوجه الذي انتهجه المشرع المصري صمن أحكام المادة 19 من القانون المدني المصري والمادة 25 من القانون المدني العراقي[1].

ثالثا/ حالة تعدد الجنسية أو انعدامها:

قد تطرأ أمام القاضي صعوبات عملية عندما يريد تحديد قانون الجنسية ومن ثمة تطبيقه على المسألة المعروضة امامه، وذلك بشأن الأشخاص الذين يتمتعون بأكثر من جنسية، أو الذي ليست لهم جنسية أصلا، وقد تصدت لهذه الاشكال المادة 22 من القانون المدني[2]. فحددت القانون المختص في هذه الحالات.

1- حالة تعدد الجنسيات

لقد ميزت المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لشخص واحد بين الحالتين:

أ) تمتع الشخص بعدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية:

لو ثار نزاع يخص شخصا يتمتع بجنسيات عديدة، وكان من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الجزائرية، حيث يعتبر هذا الشخص جزائريا فيطبق عليه القانون الجزائري في المسائل التي يتم فيها إعمال ضابط الجنسية كمسائل الأهلية أو مسائل الزواج مثلا.

ويبرر الفقه هذا الموقف بالصفة السيادية للدولة في تحديدها للأفراد الذين يشكلون رعاياها وتحديدها لعنصر السكان فيها [3]. فبعض التشريعات لما أسندت مسائل الاسرة إلى قانون الجنسية، فهي قد استندت إلى الاسس المعتمدة والمستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها، بالإضافة إلى أسس أخرى دينية واجتماعية وثقافية تسمح للدولة أن تتبع رعاياها ولو كانوا خارج إقليمها[4].

ب) تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية:

---

[1] بلاش ليندة، **إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية**، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص401-402.

[2] عليوش كربوع، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 110.

[3] محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص111.

[4] محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص111.

عند تمتع الشخص بجنسيات عديدة، وليس من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الحقيقية، أي الجنسية الفعلية، أو الواقعية، أي الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويظهر ذلك من الوقائع والظروف التي تحيط بالشخص، والملاحظ على هذا الموقف أن المشرع لم يستند فقط على معيار تبعية الشخص سياسيا إلى دولة ما، إنما على معيار التبعية الفعلية و الواقعية إلى الدولة.

2- حالة انعدام الجنسية:

يعرف جانب من الفقه أن عديم الجنسية " هو الشخص الذي لا يعتبر رعية لأية دولة من دول العالم فجميعها يعتبر أجنبيا عنها"[1].

ولقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإقامة في حالة إنعدام الجنسية.

المطلب الثاني:إعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد (قانون محل ابرام العقد).

سوف نتطرق لهذا المطلب من خلال العناصر الأتية حيث نبين في الفرع الأول تعريف محل الإبرام، لكن ليس كل العقود تخضع لضابط قانون محل لإبرام فهناك بعض العقود المستثناة من قانون محل الإبرام وهذا ما سندرسه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف محل لإبرام.

لقد أخضع المشرع الجزائري العقد لقانون محل إبرامه في الحالات التي سكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة، وفي حالة لا يوجد قانون وطني مشترك أو موطن مشترك، فيكون المشرع الجزائري قد جعل إبرام العقد ضابطا إحتياطيا يتمثل مضمونه في إسناد الرابطة العقدية لقانون محل ابرام العقد، فمثلا إذا أبرم العقد في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق على التزامات الطرفين هو القانون الجزائري، أما إذا تم في بلد أخر يكون قانون هذا البلد هو القانون الواجب التطبيق[2].

وما تجدر الإشارة إليه أن المدرسة الإيطالية تأخذ بهذه القاعدة التي تعني اخضاع العقد في موضوعه وشكله لقانون المحل، أي انصراف إرادة المتعاقدين الضمنية لتطبيقه، ولإعمال

[1] اعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 179.

[2] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص326.

قانون المحل يتطلب تعيين المكان ولا يوجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين[1]. بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين وهو عادتا ما يتم بالمراسلة، مما يثير صعوبة في تحديد المكان الذي يتم فيه إبرام العقد، فالمعروف أن هناك خلل في المكان الذي يتم فيه العقد بالمراسلة، فالبعض يقول بأنه يتم في المكان الذي يعلن فيه القابل قبوله، والبعض الأخر يقول بأنه يتم في المكان الذي يتم فيه تصدير القبول إذ لا يستطيع القابل عندئذ أن يرجع في قبوله، في حين يذهب البعض الأخر إلى القول بأنه يتم في المكان الذي سلم فيه القبول وأكثر التشريعات تقضي بأنه يتم في المكان الذي يتم فيه العلم بالقبول، ويترتب على هذا الإختلاف في مكان إبرام العقد أن يختلف القانون الواجب التطبيق عليه فضلا عن أن مكان إبرام العقد قد يكون عارضا.

وقد يرد اختيار مكان إبرام العقد ليطبق عليه قانونا، بأن هذا المكان يدل أكثر من غيره على تفضيل المتعاقدين له ومعرفتهم بقانونه كما أن مكان إبرام العقد هو مهد ميلاده، فضلا عن أنه واحد لا يتعدد[2].

تبنت معظم التشريعات قانون محل ابرام العقد على الالتزامات التعاقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الارادة صراحة أو ضمنا، لكن المشرع الجزائري لم يأخذ بقانون الإرادة الضمنية، وعليه يمكن القول أن إعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يعد إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية و جادة بين القانون والعقد، ويكفل هذا الضابط للمتعاقدين ميزة العلم السابق بالقانون الذي يحكم العقد فيضمن قانون محل إبرام العقد وحده الحلول القانونية[3].

لقد اقترح الفقه الجزائري أن يكون قانون مكان تنفيذ العقد بديلا عن قانون مكان ابرام العقد، وحسبهم ان تركيز العقد يكون في مكان تنفيذه لذا يكون تنفيذ العقد موضوعيا و منطقيا، فإذا ابرام عقد في بلد وتم تنفيذه في بلد آخر فإن مكان التنفيذ هو التي تكون له صلة بمصالح الأطراف المتعاقدة.

---

[1] اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 310.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 113-114.

[3] محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011/2010، ص 54.

وبالتالي يتمتع قانون مكان تنفيذ العقد بالأفضلية بالمقارنة مع الاسناد المتعلق بمكان الإبرام لأن الأخير لا يبدوا منطقيا حيث ان اهتمام المتعاقدين يكون موجها نحو تنفيذ الالتزام الأصلي للعقد[1].

يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات ومن خلاله يكون المتعاقدان على علم بوحدة القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فتستند الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد لوجود صلة حقيقية بين قانون هذا الضابط والعقد غير أن الأخذ بهذا المعيار في مجال المعاملات الإلكترونية يعد أمرا صعبا وهذا راجع لصعوبة تحديد مكان ابرام العقد الإلكتروني وهو ما يعرف بصعوبة التركيز أو التوطين المكاني بالنظر إلى الوسائل المختلفة التي تتم من خلالها هذه المعاملات خاصة في مجال الإنترنت، إذ تتجأوز هذه الشبكة كل حدود الدول وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام من قبل الكافة دون الإرتباط بأي مكان، حيث أن استخدامها من قبل مقدمي الخدمة أو المستفيدين يخلو من عنصر التحديد المكاني فيها، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الأنترنت في مكان أخر وصاحب المتجر الإفتراضي في مكان ثالث في حيت يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم تنفيذ العقد في دولة مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني[2].

ولعل القضاء فد عبر عن هذا الاتجاه تماما حينما قرر أن القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار هذا القانون صراحة هو قانون بلد الإبرام، وذلك فيما لو كان المتعاقدون مختلفي الجنسية أو الموطن، ومفاد ذلك أنه لو سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد، فعلى القاضي أن يطبق قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم المشتركة أو قانون الموطن المشترك، فإن اختلفوا في الجنسية أو الموطن وهو الوضع الغالب في العلاقات الدولية، تعين تطبيق قانون دولة إبرام العقد[3].

---

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص329-330.

[2] نادية أبوعمرو، **القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني**، مجلة البحوث في القانون والتنمية، المحلد 02،ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، جوان 2022، ص 31.

[3] جندوبي فاطمة الزهراء، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011/2010، ص58.

الفرع الثاني: العقود المستثناة من قانون محل الإبرام

أولا/ إخضاع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه.

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدل في سنة 2005: "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

يتضح من نص الفقرة الرابعة من نص المادة 18 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة، التي تقضي بخضوع الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

ويطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبها، فهو لا يقتصر على حكم الأثر العيني للعقد فقط من حيث إنشاء الحق العيني للعقد أو نقله أو زواله، بل يمتد الحكم أيضا للشروط اللازمة لإنعقاده، ولا يخرج من نطاق تطبيقه سوى الأهلية الازمة للانعقاد فهي تخضع وفقا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري لقانون الجنسية، وشكل العقد الذي تخضعه المادة 19 من نفس القانون للقوانين التي حددتها.

1- المقصود بالعقود الواردة على العقارات.

العقد هو توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، والعقد لا ينعقد صحيحا إلا بتوفر أركانه وشروطه، والعقد الوارد على العفار هو ذلك العقد الذي محله العقار.

ولقد عرف المشرع الجزائري العقار من خلال المادة 683 من القانون المدني التي تنص على[1]: "كل شئ مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شئ فهو منقول.

[1] المادة 683 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

فمن خلال المادة 683 من القانون المدني الجزائري يتضح أن العقارات تنقسم إلى نوعين، العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص.

ثانيا/ مجال تطبيق قانون موقع العقار:

ان القانون الواجب التطبيق لا يطبق على كافة المسائل المتعلقة بالعقد، فالقانون الجزائري يطبق في حالة مخالفة النظام العام ضف إلى ذلك أن القضايا المتعلقة بالأهلية تخضع للقانون الشخصي، وتلك المتعلقة بالشكل تخضع لقانون مكان الإبرام أو القانون الوطني المشترك بين الأطراف تطبيقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري.

وثمة قضية خاصة تتمثل في معرفة ما إذا كان يجب اعتبار العقد كلا لا يتجزأ، خاضعا لقانون وحيد، أم أنه من الممكن تجزئته وإخضاع اجزائه، كشكل العقد، وأثاره، وعقوبة مخالفته، وكل من الالتزامات الواردة فيه الى القانون الخاص بها[1].

أ) تكوين العقد:

- **الرضا:**

دافع البعض عن تطبيق القانون الشخصي على الرضا لأن هذا الأخير يستهدف حماية الشخص وبالتالي شروط رضائه، غير ان شروط الرضا، على العكس من ذلك لا تستهدف الشخص بحد ذاته، وانما تسعى للحصول على عقود صحيحة.[2]

ووجود الرضا لايكفي لانشاء العقد صحيحا، إذ لابد أن يجئ الرضا سليما من العيوب، وإلا اعترى الفساد العقد بالرغم من قيامه، ويكون مهدد بالزوال.

[1] موحند أسعاد ، **القانون الدولي الحاص، الجزء الأول (قواعد التنازع)**، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص369.

[2] موحند أسعاد، المرجع السابق، ص370.

فالتراضي أساس العقد وقوامه، فلا يقوم بغير توافره، ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة [1]إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، فيقال أن البائع قد ارتضى البيع، والمشتري قد ارتضى الشراء، ولكي يقوم الرضا بالعقد، فلابد من وجود ارادة لشخص محدد يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وأن تتطابق مع ارادة أخرى[2].

وبالعودة إلى أحكام المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرداتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**".

يتضح من خلال المادة 59 وما بعدها من القانون المدني أنها تخضع الرضا لقانون العقد عن طريق ايراد شروطه ضمن الفرع المتعلق بشروط العقد، إلا أنه يوجد استثناء على تطبيق قانون العقد يخص اهلية التعاقد، التي تبقى خاضعة للقانون الشخصي وهذا هو الحل المعتمد عموما[3].

أما عيوب الرضا فثار من شأنها جدل فقهي حيث يرى الفقيه "Bartin" أنها تخضع لقانون الجنسية بإعتبارها تهدف إلى حماية إرادة الشخص، في حين فرق جانب فقهي أخر ما بين عيوب الرضا من أحل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها فبالنسبة لنقص الأهلية، السفه، العته، الجنون، والغفلة فإنها تخضع لقانون الجنسية، مؤسسين رأيهم على أن هذه العيوب تدخل ضمن الأحوال الشخصية أما العيوب الأخرى (الغلط، التدليس، الإكراه) فهي ليست عيوب في الشخص إنما عيوب في العقد فتخضع لقانون موقع العقار.[4]

---

[1] موحند أسعاد، المرجع نفسه، ص370.

[2] – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري(النظرية العامة للالتزامات مصار الالتزام العقد والارادة المنفردة**، ط 4، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، سنة2007–2008، ص76.

[3] – موحند أسعاد، المرجع السابق، ص370.

[4] – محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص192.

أما الاستغلال فإن المشرع الجزائري بقيمه على أساس الطيش والهوى، وكذا نقص الثمن في العقار ففي الحالة الأولى يعتبر عيب في الشخص فيخضع لقانون الجنسية، أما في حالة نقص الثمن فهو عيب في العقد فيخضع لقانون موقع العقار.

- **المحل:**

يتعلق الأمر هنا بمحل العقد، وبالشروط المتعلقة بوجوده، وبصفته المحددة وبمشروعيته، غير أن القانون التعاقدي يتعرض هنا لمنافسة قوانين أخرى تؤدي في أغلب الأحوال إلى استبعاده لصالحها، وهكذا فإن مكان التواجد سوف يتدخل في العقود التي تنصب على الأموال[1].

فمحل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها (كالبيع، الإبجار التأمين)، أما محل الإلتزام فهو ما يتعهد به المدين.

ومحل العقد هو محل الإلتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، فالبيع يولد التزامين أساسين أحدهما على البائع، وهو الإلتزام بنقل الملكية، وثانيهما على المشترى وهو الإلتزام بدفع الثمن ، فمحل عقد البيع هو البيع والثمن.[2]

يبين قانون العقد شروط محل العقد كالوجود والتعيين ومدى مشروعيته.

- **السبب:**

السبب هو أحد أركان العقد والذي يقصد به الباعث أو الدافع إلى التعاقد.

يخضع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعات فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي إذ يمكن أن يكون السبب مشروعا وفقا

[1] موحند أسعاد، المرجع السابق، ص371.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابف، ص 204.

لقانون العقد ومخالفا للنظام العام في دولة القاضي، الأمر الذي يجعل القاضي الوطني يستبعده ويطبق قانونه بدله[1].

- **الشكلية:**

الأصل العام في العقود هو الرضائية وتتحق الرضائية في الالتزامات التعاقدية بمجرد ارتباط الايجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الأخر وتوافقهما على وجه يتجه أثره في المعقود عليه، فالعقود الشكلية هي العقود التي يجب لإنعقادها إلى جانب تطابق الإيجاب والقبول إفراغ الإ تفاق في شكا خاص يشترطه القانون، وقد نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على[2]: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها على شكل رسمي، يجب تحث طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن اسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود أيجار زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، كما يجب تحت البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على شكل العقد في المادة 19 من القانون المدني والتي تنص على: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي

[1] أعراب بلقاسم، القانون، المرجع السابق، ص318.

[2] المادة 324 من الأمر 88.14 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408هـ الموافق لـ 03 مايو 1988، يعدل ويتمم القانون الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 18، المؤخة يوم الأربعاء 17 رمضان عام 1408 الموافق لـ 04 مايو سنة 1988.

لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أوللقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

يتضح من خلال المادة أن المشرع الجزائري اعتمد على أربع ضوابط اسناد تحكم شكل التصرفات القانونية من حيث الشكل وهي ضوابط اسناد اختيارية وذليل ذلك استعمل كلمة يجوز، فإذا اتفق المتعاقدين على تطبيق أحد هذه القوانين فلهم ذلك على حسب المشرع الجزائري.

ب) أثار العقد

قانون العقد هو الدي يبين الأشخاص الدين يتصرف إليهم أثر العقد، ووفقا لأي شروط يكون الإشتراط لمصلحة لغير صحيحا، كما أنه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضا هو المختص بتفسير العقد[1].

ان المجال المتميز لقانون العقد هو مجال القوة الإلزامية للصلة التعاقدية، فهذا القانون هو الذي يحدد حقوق وواجبات الأطراف، ويطبق بحكم الضرورة على تفسير العقد، كما أنه يسري بشكل خاص على القضايا المتعلقة بالحوادث الطارئة والقوة القاهرة[2].

وإذا كان قانون العقد هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين فهو يقع عليه بيان تنفيذها. فيبين متى يكون التنفبذ عينيا، ومتى يكون التنفيد بمقابل، وكيفية تقدير التعويض، وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وما هو حكم الشرط الجزائي[3].

ج) انقضاء الالتزامات التعاقدية

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص319.

[2] موحند أسعاد، المرجع السابق، ص372.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص319

يعتبر قانون العقد أو القانون المختار من طرف المتعاقدين هو الذي يحدد أليات وطرق انقضاء الالتزام التعاقدي سواء عن طريق التنفيذ العيني أو انقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو الإبراء، كما أنه يحدد كل الأسباب والشروط الخاصة بالإنقضاء في كل حالة.[1]، لكن هناك استثناء عن المبدأ وهو حالة انقضاء الالتزام التعاقدي عن طريق المقاصة، فإذا كانت قضائية فهي تخضع لقانون القاضي، أما إذا كانت مقاصة إتفاقية فتخضع لقانون الإدارة[2].

كما أنه في حالة أخرى يعتبر التقادم المسقط سبيل لإنقضاء الإلتزام، أخضعته الدول الأنجلوسكسوبية في قانون القاضي، أما أغلب دول أوربا وكذا فقه القانون الدولي الخاص فيخضعون نظام التقادم المسقط في الالتزامات التعاقدية لقانون العقد[3].

وقد اثارت طرق انقضاء الالتزام وخاصة الإنقضاء المتعلق بالتقادم، مناقشات حادة بين رجال القانون، وتعود أسباب ذلك إلى التكييف المضفي على التقادم، الذي يمكننا أن نعتبره إما قضية أساس، أو قضية اجرائية. ففي الحالة الأولى يرتبط التقادم بالقانون التعاقدي اما في الحالة الثانية فإنه يرتبط بقانون قاضي الدعوى، وقد انتهت محكمة النقض الفرنسية، بعد تردد طويل، إلى القول بخضوع التقادم لقانون العقد.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 319 و320.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص1142.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 142.

خلاصة الفصل الأول

ما يمكن إستخلاصه من خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، أن العقد في موضوعه يخضع لقانون الإرادة (القانون المختار) كضابط أصلي و بغيابه يمكن تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين كضابطين احتياطيين.

كما يمكن تطبيق قانون محل إبرام العقد بإستثناء العقود المتعلقة بالعقارات والتي تخضع لقانون موقعها.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل الإلتزامات التعاقدية

تمهيـــــــــد :

بعد معرفة الضوابط التي تحكم موضوع الالتزامات التعاقدية والمتمثلة في مبدأ قانون الإرادة كضابط أصلي، والموطن المشترك أو الجنسية المشتركة كضوابط احتياطية، وموقع العقار كاستثناء سنحأول من خلال هذا الفصل دراسة القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية حين نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أن العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون محل الإبرام وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول، وفي حالة ما إذا كان للمتعاقدين جنسية مشتركة، أو موطن مشترك جاز إخضاع شكل العقد لقانون الجنسية أو الموطن المشترك، كما يجوز أن يخضع للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للعقد وهو ما سنبينه في المبحث الثاني.

المبحث الأول :خضوع شكل الالتزامات التعاقدية لقاعدة قانون محل الإبرام (قاعدة لوكس).

يخضع شكل التصرف إلى قانون الجهة التي يتم فيها هذا التصرف فقانون البلد الذي تم فيه التصرف يعتبر مختصا في تقرير ما إذا كانت الشكلية مستوفاة أم لا، وقد اخضعت معظم التشريعات بما في ذلك القانون الجزائري التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه من خلال المادة 19.

وسنحاول دراسة في المطلب الأول دراسة المقصود بشكل الالتزامات التعاقدية ثم نتطرق إلى تطبيقات قاعدة قانون محل الابرام من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول : المقصود بشكل التصرفات القانونية.

قبل دراسة نطاق اعمال قاعدة قانون محل الإبرام أي قاعدة لوكس ومجالات تطبيقها يجب التطرق إلى تعريف ونشأة هذه القاعدة والذي سنبينه في الفرع الأول ثم مضمون وطبيعة هذه القاعدة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف و نشأة قاعدة لوكس.

لقد عرفت قاعدة لوكس بوادرها الأول في المدرسة الإيطالية القديمة ثم بعد ذلك ظهرت مدرسة الأحوال الفرنسية وسنقوم بتعريف هذه القاعدة في العنصر الأول ثم دراسة نشاتها في العنصر الثاني.

أولا / تعريف قاعدة لوكس:

تعتبر قاعدة لوكس قاعدة عرفية والمتمثلة في إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام، والمكان الذي يبرم فيه العقد عبر عن مكان نشأته مما يسهل للمتعاقدين للرجوع إليه للتأكد من صحة التعاقد، كما أنه من الناحية العملية يسهل تحديد مكان إبرام العقد[1].

كما أن لقاعدة لوكس مفهومان، مفهوم ضيق ومفاده أن شكل الأعمال القانونية تخضع لقانون محل إبرامها (المكان بحكم التصرف)، حيث اعتبرت محكمة التميز اللبنانية أن هذه القاعدة مبدأ عموميا مسلما به، فهي توجب على كل عقد بتظلم شكلي بموجب القانون المحلي، ويعتبر عقدا صحيحا، أما عن المفهوم الواسع فهو أن شكل الأعمال القانونية في مسألة القانون الساري على شكلها، فتعود الحرية الكاملة للأطراف، فالمكان وحده لا يحكم التصرف[2].

كما يعد أساس قاعدة المحل بحم الشكل، أو بصيغة أخرى خضوع شكل العقد أو التصرفات قانون محل إبرامها، يكمن في اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاقدين في الحياة الدولية، ويترجم ذلك إلى أن محل إبرام التصرف (Les lociactus)، يكون في متناول أطراف الرابطة العقدية ويسهل عليهم معرفة أحكامه المتعلقة في شكل ما يجرونه من التصرفات، إضافة إلى ذلك أن استيفاء ذلك الشكل قد يتطلب تدخل سلطة عامة أو موظف رسمي كالموثق أو كاتب العدل أو الهيئة القائمة في بلد إبرام التصرف، والتي لا تعمل إلا وفقا لقانونها[3].

---

[1] سامي بعديع منصور و عكاشة محمد عبد العال، **القانون الدولي الخاص**، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 287.

[2] عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 326.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1150.

تبنى المشرع الجزائري القاعدة الكلاسيكية الشهيرة التي أخذت بها معظم دول العالم وقاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الإبرام، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على مايلي: تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية[1].

يلاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري تبنى فعلا قاعدة لوكس إلا أنه لم يقدم تعريفا لها، يجب أن تخضع للقانون الذي يلاءم طبيعتها، ثم خضوع شكل هذه التصرفات للقانون المحلي الذي ينتج فيه التصرف أثره، وانتقدت هذه النظرية إذ يمكن لأطراف العلاقة القانونية أن يجهلوا المكان الذي ينتج فيه الصرف أثره، كما أنه يمكن لهذا التصرف إنتاج عدة آثار في أماكن مختلفة[2].

أما الفقيه نيوابيه (NIBOYET) فيرى أن قاعدة لوكس قاعدة احتياطية، بعد القانون الشخصي لصاحب التصرف وانتقدت هذه النظرية لصعوبة التمييز بين شكل التصرف وموضوعه إذا تم إخضاعهما القانون الواحد فقد ينشأ الموضوع في محل والشكل في محل آخر[3].

أما الفقيه بارتان (BARTIN) يرى أن شكل التصرف يخضع لنفس القانون الذي له الشخص إذا لم يختر أطرافه العلاقة يخضع تصرفهم لقانون المحل، أي أن قاعدة لوكس آمرة ومفسرة في نفس الوقت.

---

[1] المادة 19 من القانون 05-10، المنضمن القانون المدني الجزائري.

[2] مسعودي يوسف، **الزواج و الطلاق في العلاقات الدولية** ، دار لأيام للنشر والتوزيع ، أردن 2016، ص103.

[3] BATIFFOL Henri & LAGARDE Charles, **traite de droit international prevé**, 8ème édition tomei, L.G.D.J, Paris, 1993, p 49.

كما يرى الفقيه بييه (PILLER) أن التصرف القانوني الواحد يمكن أن تتنازع عليه عدة قوانين لمختلف الدول لحكمه، إذ لا يمكن تطبيقها كلها، ويتم اختيار القانون الأنسب والملائم وعند استحالة ذلك يطلب القانون الوطني للأطراف.

أما مسألة التحليل عند اختيار القانون الذي يحكم شكل التصرفات فيرى بييه (BILLER) أن التحليل على الشروط الشكلية أقل ضررا من التحليل على الشروط الموضوعية، وانتقدت هذه النظرية بالتمييز بين الغش الذي يقع بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، فقواعد القانون ملزمة بجميع الأفراد سواء كانت أحكام موضوعية أو شكلية[1].

ومن أهم حجج أنصار الطابع الاختياري، التيسير على المتعاقدين نجد إذ يمكن أن يواجهوا صعوبات في معرفة الشروط الشكلية الموجودة في القانون الآخر أو بإتباع الشكل المحلي، فترك لهم الخيار إضافة إلى التوسيع في الحد من بطلان التصرفات وتحقيق الانسجام بين النظم القانونية[2].

ثانيا / نشأة قاعدة لوكس :

لقد عرفت قاعدة لوكس بوادرها الأولى في مدرسة الإيطالية القديمة ،ثم بعدذلك ظهرت مدرسة الأحوال الفرنسية أثناء تبنيها ودراسة لفكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين

[1] فضيل نادية، **تطبيق قانون المحل على شكل تصرف**، ط2 ، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص118-122.

[2] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 105.

1- نشأة قاعدة لوكس في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية.

قاعدة خضوع العقد لمكان الإبرام شكلاً وموضوعاً معروفة لدى هذه المدرسة الإيطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه بارتول إلا أنه لم يفرق بين شكل العقد وموضوعه مؤسسا ذلك على أن المتعاقدان أثناء اختيارهما للمكان الذي سيبرم فيه عقدهما، قد اتجهت إرادتهما بشكل ضمني إلى اختيار قانون محل الإبرام من أجل أن يحكم علاقتهما التعاقدية[1].

وحتى أن قاعدة لوكوس كان مصدرها في حقيقة الأمر القضاء، وذلك نتيجة قضية الوصية، حيث جاء في مقتضيات هذه الأخيرة أن أحد سكان مدينة "مدين"، وهو متواجد في مدينة "**فينسي**"، وقانون المدينة الأولى يستوجب حضور سبعة شهود لصحة سيران الوصية، لكن من جهة يستلزم من قانون المدينة الثانية حضور ثلاثة شهود فقط، وبإفصاح قضاء مدينة فيدتش على الحكم وإقراره بأن الوصية صحيحة في كل مكان وذلك عن طريق تقديم دليل وهو إثبات صحتها في مكان إبرامها مع التنبيه أن هذا الحكم القضائي كان مرجعا لفقه مدرسة الأحوال الإيطالية وأصبح هذا الحكم يسري على جميع العقود والتصرفات القانونية تحت قاعدة قانون مكان إبرام العقد(loucategitactus)[2] .

انضم العديد من الفقهاء إلى هذه المدرسة بحيث أبدوا خضوع شكل التصرفات القانونية إلى البلد الذي أبرم فيه، مدعمين رأيهم بعدة حجج وذلك بالقول أن هذه القاعدة تتفق تماما مع جملة الاعتبارات العملية أو التطبيقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن تطبيق هذه القاعدة تضمن الأطراف للرابطة العقدية تلبية كل ما تتطلب هذه الوقائع القانونية أو الالتزامات

[1] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص304.

[2] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص84.

التعاقدية خاصة أنها تحمل عنصرا أجنبيا، وأكثر من ذلك ذهب هذا الجانب الفقهي إلى القول بأن هذه القاعدة تجد تطبيقاتها في التصرفات الإدارية[1].

2- تبلور قاعدة لوكوس لدى فقه مدرسة الأحوال الفرنسية

الأساس في ظهور قاعدة خضوع العقد القانون محل إبرامه كانت فكرة الإرادة الضمنية المتعاقدين، والتي كانت على يد الفقيه cuttius اختيارية، حيث كان لها الأثر البالغ في بروز فكرة أخرى، وهو الفصل ما بين موضوع العقد وشكله، وبالرغم من خضوع العقد القانون الإرادة الضمنية إلا أنه شكل العقود تظل مندرجا تحت مبدأ آخر وهو مبدأ سلطان قانون محل الإبرام الذي اعتبر بمثابة القانون الواجب التطبيق على الشكل، من هنا تستخلص أن الفقه الفرنسي في هذه المرحلة يؤكد تحول مفهوم القاعدة التقليدية الكلاسيكية من قانون المحل بحكم التصرف إلى قانون المحل يحكم شكل التصرف[2].

بوادر الفصل بين موضوع العقد وشكله يرجع الفصل فيها إلى الفقيه "ديمولان" وذلك بسبب استشارته التي كانت سنة 2525 م أي في القرن السادس عشر في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فاعتبر النظام المالي عقدا وجب خضوعه للقانون الذي إختاره الزوجان ومنه فلا معنى لأن يفترض أن المتعاقدين باختيارهما لمكان إبرام العقد قد اختار تطبيق قانون مكان الإبرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد اتجهت لاختيار قانون آخر، ومن هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، ومن هنا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة[3].

---

[1] عامر محمد الكسواني ، **موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**، ج1 ، (د.ط) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2010 ، ص136.

[2] أحمد عبد الكريم سلاسة، المرجع السابق، ص1148.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص304.

والملفت للانتباه أنه على الرغم من ظهور مبدأ قانون الإرادة على يد الفقيه ديمولان" إلا أن هذه القاعدة لم تعرف تطبيقا على مستوى القضاء إلا في سنة 1909، 1910، وذلك أثناء إصدار محكمة النقض الفرنسية حكما لصالح شخص إنجليزي والإقرار بصحة وصيته والتي حررت في فرنسا طبقا لأحكام وقواعد القانون الإنجليزي، وذلك عن طريق ذكر المحكمة كما يأتي: القانون الذي تخضع له العقود من حيث تكوينها أو من حيث آثارها أو شروطها، هو ذلك الذي تبناه الطرفان[1].

قد وجهت عدة انتقادات القاعدة مكان إبرام العقد أهم ما ذكره الفقيه "batiffol"، وهو أن عبارة مكان إبرام العقد غالبا ما يكون عرضيا ولا يخدم مصالح المتعاقدين، وكذا عبارة مكان إبرام العقد.

تحمل عدة مفاهيم وتطرح عدة تساؤلات، وهل يقصد به المكان الذي تم فيه الاتفاق على جميع شروط العقد، أو المكان الذي تم فيه التوقيع على العقد خاصة أن المكانين قد يختلفان[2].

أراد بعض الفقهاء الفرنسيين تجنب ما وجه لهم من انتقادات لمبدأ مكان إبرام العقد حيث جاءوا بحجة أخرى والمتمثلة بأن المتعاقدين لا يختارون القانون الواجب التطبيق على العقد، إنما أطراف الرابطة العقدية يسعون إلى اختيار مكان تركيز العقد، حيث يطبق على العقد قانون البلد الذي ركز فيه العقد، فإيجاد القانون الذي يحكم العقد يكون عن طريق البحث عن تركيز العقد والمقصود به المكان الذي تمت فيه أكثر وأهم عناصر العقد، مثل المفأوضات وإجراءات التنفيذ وغيرها من المظاهر المادية والخارجية الملموسة التي يمكن تحديد مكانها،

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص84.

[2] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص305.

وأهم عنصر التركيز العقد هو الإبرام، بحيث يجوز أن يكون محل إبرام العقد هو محل مكان التركيز.

تبنى المشرع الجزائري في قواعد الإسناد قاعدة لوكوس في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني :مضمون وطبيعة قاعدة لوكس.

سنقوم بدراسة مضمون قانون محل إبرام العقد في العنصر الأول ثم طبيعة هذه القاعدة في العنصر الثاني .

أولا / مضمون قاعدة لوكس

يمكن القول بأن إعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يعتبر إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقة وجادة بين القانون والعقد كما يضمن للمتعاقدين الإطلاع على هذا القانون بكل سهولة، وتطبيق هذا الضابط يضمن وحدة القانون المطبق على العقد[1].

كذلك نجد أن التشريعات الوطنية لمعظم الدول أعطت أهمية لضابط محل إبرام العقد ولكن إختلفت في مدى إعطائه الأولوية عن بقية الضوابط الإحتياطية، ونجد أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الضابط في حالة إنتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين وهو ما قضت به احكام المادة 18 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل من ضابط محل إبرام العقد في المرتبة الثالثة حيث يتم إعماله من طرف القاضي في حالة إنتقاء الضوابط الإحتياطية السابقة له أي ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة [2].

[1] بلاق محمد، المرجع السابق ، ص54.

[2] سليمان أحمد فضل ، المرجع السابق ، ص200.

ثانيا/ طبيعة قاعدة لوكس

عرف الفقه إختلافا في تحديد طبيعة قاعدة لوكيس، وانقسم إلى اتجاهين فالاتجاه الأول نادي بالطابع الأمر للقاعدة والذي يلزم الافراد بالخضوع لأحكامها، أما الاتجاه الثاني فينادي الطابع المصر للقاعدة، ويسمح للأفراد بمخالفة أحكامها، كما أن التشريعات الحديثة قد حددت طبيعة قاعدة لوكس locus.

1- الطابع الأمر لقاعدة لوكس

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يتوجب على الأجنبي المقيم بالخارج عند ابرامه تصرف قانوني الالتزام بأحكام هذه القاعدة واحترامها، ولا يمنح للأجنبي حرية الاختيار بين أحكام قانون المحل وقانونه الوطني، بما أن ذلك التصرف صحيحا في بلده الأصلي، ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه بوزاتي buratti الذي يرى أن قوانين الشكل تتعلق بالنظام العام ومرتبطة بمصالح سياسية واقتصادية ودينية والفقيه، أرمنجون arminjon نفس الرؤية أما الفقيه دي فاري سومير de vareille sommiere فيرى آنها ملزمة للأجانب المقيمين بفرنسا، ويتمسك أنصار هذا الاتجاه بهذا الطابع الأمر، نضرا لتلائم هذه القاعدة مع مبدأ إقليمية القوانين .

2- الطابع الاختياري لقاعدة لوكس

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن قاعدة لوكيس اختيارية، ويجوز لهم إبرام العقود في الشكل المحلي أو الشكل المحدد في القانون الشخصي، إلا أنهم اختلفوا حول مدى هذه الحرية، هل هي مطلقة؟ أم لها قيود؟ ويرى الفقيه فالبري Valory أن كل العلاقات القانونية التابعة للقانون الدولي الخاص يجب أن تخضع للقانون الذي يلائم طبيعتها، ثم خضوع شكل هذه التصرفات للقانون المحلى الذي ينتج فيه التصرف أثره، وانتقدت هذه النظرية إذ يمكن

الأطراف العلاقة القانونية أن يجهلوا المكان الذي ينتج فيه التصرف أثره، كما أنه يمكن لهذا التصرف إنتاج عدة آثار في أماكن مختلفة[1].

أما الفقيه نيوانيه niboyet فيرى أن قاعدة لوكيس قاعدة احتياطية، بعد القانون الشخصي الصاحب التصرف وانتقدت هذه النظرية الصعوبة التمييز بين شكل التصرف وموضوعه إذا تما اخضاعهما لقانون واحد فقد ينشأ الموضوع في محل والشكل في محل آخر.

أما الفقيه بارتان bartin يرى أن شكل التصرف يخضع لنفس القانون الذي له الشخص، إذا لم يختر أطراف العلاقة يخضع تصرفهم القانون المحل، أي أن قاعدة لوكيس أمرة ومفسرة في نفس الوقت، وبالنسبة للزواج فإنه يخضع إلى القانون الشخصي باستثناء الأمور المالية المالية التي تخضع القانون المحل.

كما يرى الفقيه ببيه piller أن التصرف القانوني الوحد يمكن أن تتنازع عليه عدة قوانين المختلف الدول الحكمه، إذ لا يمكن تطبيقها كلها، ويتم اختيار القانون الأنسب والملائم وعند استحالة ذلك يطبق القانون الوطني للأطراف.

أما مسألة التحايل عند اختيار القانون الذي يحمل شكل التصرف فيرى بيه piller أن التحايل على الشروط الشكلية أقل ضررا من التحايل على الشروط الموضوعية، وانتقدت هذه النظرية بالتمييز بين الغش الذي يقع بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، فقواعد القانون ملزمة لجميع الأفراد سواء كانت أحكام موضوعية أو شكلية[2].

ومن أهم حجج أنصار الطابع الاختياري التيسير على المتعاملين إذ يمكن أن يواجهوا صعوبات في معرفة الشروط الشكلية الموجودة في القانون الآخر أو إتباع الشكل المحلي،

[1] مسعودي يوسف ، مرجع سابق ، ص103.

[2] فضيل نادية ، مرجع سابق، ص108-113.

فترك لهم الخيار إضافة لأى التوسيع للحد من البطلان تصرفات و تحقيق الإنسجام بين النظم القانونية [1].

المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة لوكس.

لقد تبنى المشرع الجزائري قاعدة لوكس من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائر وهو إخضاع شكل العقود لقانون محل الإبرام إلا إن الإشكال يكمن حول تطبيق هذه القاعدة.

فهناك حالات يمكن فيها تطبيق هذه القاعدة وهو ما نبينه في الفرع الأول كما أنه يوجد حالات لا يمكن فيها تطبيق هذه القاعدة والتي سنتطرق لها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الحالات التي يمكن فيها تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرفات.

إن تطبيق قاعدة لوكس على شكل العقود والالتزامات التعاقدية يطرح مسألتين نحأول التفصيل فيهما من خلال التطرق إلى الحالة الأولى وهي حالة ما إذا كان الشكل ضروري لإبرام التصرف، ثم الحالة الثانية وهي حالة ما إذا كان الشكل يعقد به وضروري لإثبات التصرف.

أولا / حالة إذا ما كان الشكل لازم لإبرام التصرف :

ان كان الشكل لازم لإبرام التصرف أو العقد فان الشكل يعد ضمن أركان العقد، وبمفهوم المخالفة تخلف هذا الركن يؤدي إلى بطلان العقد بطلان مطلقا، ويقصد بالشكلية هنا ذلك الشكل المعين الذي يفرضه القانون من أجل التعاقد أو إبرام العقد حيث يحدد هذا الشكل حسب نوع التصرف[2].

---

[1] فضيل نادية، نفس المرجع، ص118 –122.

[2] محمد زواوي، **الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري**، مذكرة نيل الماجستير في العقود المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 11.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية في العقود، فالعقد لا يقوم صحيحا إلا بتوافر رضا المتعاقدين وسلامة الرضا من العيوب[1]، أما الشكلية فقد اعتبرها المشرع الجزائري استثناءا عن الرضائية ويظهر ذلك جليا في اعتبار الشكلية ركنا في بعض التصرفات القانونية والتي جاء ذكرها في نص المادة 324 و325 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري ويطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على عدة حالات نذكر منها:

1- حالة الأشخاص : بحيث أن كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته لابد أن تثبت في محررات رسمية، ومن حيث شكلها تخضع لقانون المكان التي حررت فيه الوثائق المثبتة للحوادث، وقد جاء ذلك بشكل صريح في نص المادة 95 من قانون الحالة المدنية الجزائرية والذي ينص على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد"[2].

2- شكل عقد الزواج : يقصد بذلك أن عقد الزواج يحرر طبقا لقواعد قانون بلد الذي تم فيه تسجيل عقد الزواج وذلك طبقا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائرية والتي تنص على ما يلي : "إن الزواج لذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج"[3].

---

[1] العربي بالحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني**، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ، 2004، ص 56.

[2] الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970،ا لمتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، جريدة رسمية العدد 49 الصادر في 20 أوت 2014.

[3] المادة 97 من الأمر 70-20، المتضمن قانون الحالة المدنية.

3- شكل الوصية : تعد الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[1]، وفيها يخص القانون الواجب التطبيق في مسألة لقانون الدولي الخاص، فإن الوصية إذا كان فيها القانون الواجب التطبيق على موضوعها هو قانون الموصي، ففي هذه الحالة يشترط فيها الرسمية لصحتها، وإذا أبرمت في شكل عرفي حيث يسمح ذلك قانون محل إبرامها لما انعقدت الوصية فيجب إتباع أحكام القانون الأول لأنم الطابع الرسمي المطلوب يفرضه ذلك القانون[2].

وبالعودة للتشريع الجزائري وفي قواعد التنازع نجد أن المشرع نص على القانون الواجب التطبيق على الوصية بشكل صريح في المادة 16 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي : "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنعقد بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته..."[3].

4- شكل الهبة : تعد الهبة عقد يبرم بتطابق الإيجاب والقبول وتقوم بالحيازة مع ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإيجارات الخاصة بالمنقولات، وفي حالة اختلال أحد القيود وبطلت الهبة وهذا وفقا لأحكام المادة 206 من قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري[4]، وباعتبار الهبة من مواضيع الأحوال الشخصية فيسري عليها قانون جنسية

[1] محمد زهود، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 31.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1162.

[3] المادة 16 من الأمر رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[4] المادة 206 من الأمر رقم المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج رع 24 الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الواهب شكلا وموضوعا[1]، حيث جاء في نص المادة 16 الفقرة 02 على أنه : "سري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها"[2].

5- شكل الأعمال التجارية : خاصة ما يتعلق بالسفتجة التي يجب أن تحد وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانون البلد الذي يتم فيه إنشائها[3].

مع التنبيه أن الوضع الشكلي المقصود قد يكون الكتابة الرسمية مثلما هو الحال في الرهن الرسمي، كما قد يقصد به الكتابة العرفية[4].

ومن جملة التطبيقات ما بادرت به محكمة النقض الفرنسية حيث أصدرت عدة أحكام من بينها حكم قضى بصحة هبة عقارين تمت في شكل عرفي بين شخصين فرنسيين في كندا، خاصة أن قانون هذه الدولة يأخذ ويعترف بهذا النوع والشكلية (العرفية)، وفي المقابل القانون الفرنسي يقضي بإلزامية إفراغ الهبة في قالب رسمي، وبالرغم من ذلك فإن الفقه الفرنسي والقضاء استثنى الشكل المطلوب إجراءه أمام الموثق، مما يستنتج أن هذا النوع من الشكلية لا يخضع لقاعدة لوكس بل يجب أن تعد قاعدة موضوعية واجبة الإجراء[5].

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فإنه جعل الشكل المطلوب لانعقاد العقد قاعدة موضوعية لحماية رضا المتعاقدين والشكلية تكمل الأهلية وفقا لما جاء في المنظومة الجزائرية[6]، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري أثناء تكريسه لقاعدة لوكس تطبيقها على

---

[1] حمي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

[2] زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 215.

[3] نسرين شريفين سعد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 81.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1160.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85.

[6] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 215.

الشكل عدم الفصل ما إذا كانت هذه القاعدة أو الشكل واجب لإبرام التصرف أو لإثباته فقط، وأكثر من ذلك لم يحيلها إلى القواعد العامة مما قد يطرح عدة تساؤلات وإشكالات عملية إلا ما استثناه المشرع بنص خاص.

ثانيا / حالة ما إذا كان الشكل ضروريا لإثبات التصرف :

يقصد بالشكل اللازم لإثبات التصرف، بذلك الشكل المادي الخارجي الذي تفرغ فيه إرادة المتعاقدين، على سبيل المثال اشتراط الكتابة، ثبوت التاريخ، وضع بيانات معينة أو لزوم التصديق، وكذا عدد النسخ التي يجب أن يتم فيها العقد، توقيع الشهود وشهادتهم، فيطبق عليها قانون المحل، طبقا لقاعدة لوكس[1]، ويفهم بأن الأشكال المقررة للإثبات تدخل بلا خلاف في مفهوم الشكل[2].

وقياسا على ما جاء في المادة 08 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على مايلي : "تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده"[3].

أما بخصوص قبول الدليل فالقرائن والإقرار واليمين الحاسمة يفصل فيها قانون الموضوع، أين اعتبر القضاء الألماني والانجليزي أن مسألة الدليل المقدم للإثبات، هي من المسائل المتصلة بأعمال العدالة والتقاضي الذي طرح أمامه النزاع أن يطبق قانون دولته، أما الفقه الفرنسي فنادى بضرورة إدراج وسائل الإثبات في نطاق قانون المحل ويطبق عليها القاعدة الكلاسيكية أما شكل اليمين القانونية وطريقة ممارسته وكذا إجراءات التحقيق في

[1] الطيب زروتي، المرجع نفسه. ص216.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 326.

[3] المادة 08 من الأمر 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

البيانات، وسماع الشهادة التي يدلي بها الشهود فيسري عليها أو يطبق عليها قانون القاضي[1].

قد يطرح إشكال آخر وهو لزوم تقديم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، فذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري إلى اعتبار هذه المسألة ضمن المسائل التي تخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرف، ذات الأمر بالنسبة لقوة دليل الإثبات، فبالتالي يمكن القول أن القانون الذي يتحكم في الجانب الشكلي لا يستوجب ولا يتطلب الدليل الكتابي، بينما يستلزم القانون الذي يحمك الموضوع هذا الدليل، مما يجوز إثبات العقد أو التصرف القانوني يغير الدليل الكتابي، إلا أنه هناك جانب آخر يرى بأن قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف وذلك لاعتبارات عملية مفادها التيسير للمتعاقدين وهذه الغاية أو الحكمة التي تهدف إليها قاعدة إخضاع الشكل لقانون مبدأ الإبرام[2].

الفرع الثاني : الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكس على شكل العقد.

إن الاستثناءات الواردة على قانون محل الإبرام تتمثل في عقود محلها أموال وما يتعلق بحالة الشخص وتخص بالذكر الأهلية.

أولا / العقود الواردة على الأموال :

استثنى المشرع الجزائري بعض العقود من قاعدة لوكس وهي :

1- الأشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار: بحيث تخضع لقانون موقع العقار وهو ما نصت عليه المادة 18 الفقرة 04 من القانون المدني الجزائري : "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه[3].

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 216.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319.

[3] المادة 18 من الأمر 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2- الأشكال المتعلقة بالشهر: وتخضع لقانون موقع المال محل الشهر، أما بالنسبة للسفن والطائرات فتخضع هذه الأشكال لقانون العلم[1].

3-الأشكال المتعلقة بالمرافعات: حيث أن إجراءات التقاضي تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات وهو ما نصت عليه المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"[2].

ثانيا / الحالات المتعلقة بالأهلية :

تبنى المشرع الجزائري قاعدة إخضاع المسائل المتعلقة بالأهلية إلى قانون جنسية الشخص، مما يعني استبعاد قاعدة لوكس من التطبيق وذلك بشكل صريح في نص المادة 10 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ما يلي : "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

إلا أن المشرع الجزائري لم يكتفي بوضع القاعدة والأصل في هذه المادة بل كرس استثناءا على هذه القاعدة في ذات المادة وفي فقرتها الثانية والتي أورد فيها ما يلي : "... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تنبيه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة[3].

ولا يمكن إعمال الاستثناء الوارد في المادة 10 إلا بتوفر الشروط التالية :

- ضرورة أن يكون التصرف الذي أبرمه الأجنبي من التصرفات المالية.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 284.

[2] المادة 21 مكرر من الأمر 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3] المادة 10 من الأمر 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

- وجوب انعقاد التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها.
- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا لقانونه الوطني.
- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه بمقتضى هذا الشرط يكون الأجنبي معذورا في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري[1].

المبحث الثاني: الضوابط الأخرى إلى جانب قاعدة قانون المحل.

لقد أخضع المشرع الجزائري شكل العقود والالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي إلى جانب ضابط قانون محل الإبرام وفق تعديل القانون المدني لسنة 2005 بموجب أحكام المادة 19 منه ضوابط اخرى متمثلة في ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة وهو ما سوف نتناوله كمطلب أول، وتطبيق القانون الدي يطبق على موضوع العقد الذي سوف ندرسه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة.

إذا كان المتعاقدان لهما نفس الموطن أو الجنسية يمكنهما أن يخضعا العقد لقانونهما المشترك ويكمن تبرير ذلك في أن المتعاقدين يعرفان هذا القانون أكثر من غيره في بعض الأحيان.

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك.

[1] فاطمة موشعال، **دور الجنسية في حل مشكل تنازل القوانين**، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 35.

يعد الموطن ضابط من ضوابط الإسناد المعروفة في تنازع القوانين مع ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في المسائل التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية[1].

للموطن أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وتحديد الموطن يعتمد على الرابط بين الشخص والمكان برباط قانوني، لذلك نجد لفقه يعرفه بأنه: " المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله، فمجرد إقامة الشخص بصورة مؤقته في مكان ما لا يجعل من هذا المكان موطنا له[2].

اعتمد المشرع الجزائري على الموطن كضابط اسناد احتياطي لحل تنازع القوانين في مسائل الالتزامات التعاقدية من خلال المادة 19 من القانون المدني.

فالتشريع المصري على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني البرتغالي لهذا الضابط، بينما فضل القانون المدني الأسباني تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقبل قانون محل إبرام العقد[3].

يبرر الفقه الخضوع إلى قانون الموطن بأنه أسبق في الظهور من قانون الجنسية، وإن التجارب العملية اثبتت أنه أكثر صلاحية وأكثر استجابة لحاجات الأطراف، كما أن الموطن يعد مركز مصالح الشخص ومركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن

---

[1] ابراهيم عباس الجبوري، **دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص**، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية، ع 3، كلية القانون والعلوم السياسة، الجامعة الإسلامية في النجف، ص 1281.

[2] أحمد علي أحمد التجاني، **دور ضوابط الإسناد الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي**، رسالة دكتوراه في القانون، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة،1442هـ/2021م، ص 16.

[3] صالح المنزلأوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر،2008، ص233.

المنطقي والطبيعي أن يخضع هذا الشخص لقانون البلد الذي توطن فيه، كما هناك حجة عملية هي أن قانون الموطن يوفر مزايا عملية كثيرة منها أنه يسهل على قضاة المكان تطبيق قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية الذي قد يخطئون في فهمه وتفسيره، وكذلك سهولة تعرف الغير على قانون الموطن[1].

الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشترك .

تعتبر الجنسية أنها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد الدولة، يرسم القانون نظامها مند نشأتها إلى زوالها والاثار المترتبة على ذلك بوصفها تمس بكيان الدولة وتكشف عن الولاء وهي معيار لتوزيع الأفراد بين الدول المختلفة في المجال الدولي.

تعددت تعريفات الجنسية القانونية في العصر الحديث ومن بين التعريفات نجد أن الجنسية هي التعبير القانوني عن الرابطة بين الفرد والدولة التي منحته جنسيتها[2].

إذا كان ضابط الجنسية المشتركة قد لعب دورا في محال العلاقات العائلية والأحوال الشخصية، فإن نجاحه في مجال العلاقات المالية ومنها العقود قد بدا محدودا، لضالة الاعتبار الشخصي في تلك العلاقات، فلم يناصره غير فئة قليلة من الفقه والقوانين المعاصرة[3].

الأخذ بضابط الجنسية المشتركة يساعد القاضي على حل النزاع على خلاف ما لقانون الموطن المشترك من صعوبات سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للغير الذي يتعامل مع

[1] أحمد علي أحمد التجاني، مرجع سابق، ص 17.

[2] شريفي نسرين و سعد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 118.

[3] أحمد علي أحمد التجاني، المرجع السابق، ص18.

الشخص نظرا لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون الجنسية المشتركة على الالتزامات التعاقدية يؤدي إلى التقليل من حالات الغش نحو القانون[1].

وعلى كل حال سواء اعتبرنا هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فإنه مما لا خلاف فيه أنه قد فرضتها الاعتبارات العملية وهي التيسير على المتعاقدين ذلك أنه لو ألزمنا المتعاقدين بإتباع الشكل الذي يفرضه قانون جنسيتهما أو قانون موطنهما لوقعا في حرج كبير، إذ قد يجهلان الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونيين، وإذا لم يجهلا هذا الشكل فقد يتعذر عليهما مباشرته في بلد إبرام تصرفهما[2].

إذا كان المتعاقدان يحملان نفس الجنسية يمكنهما أن يخضعا العقد لقانونهما المشترك يمكن تبرير ذلك في أن المتعاقدين يعرفان هذا القانون أكثر من غيره في بعض الأحيان[3].

المطلب الثاني: ضابط القانون الذي يحكم الموضوع.

أشار المشرع الجزائري من خلال المادة 19 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري بجواز إخضاع شكل التصرفات أو العقود إلى القانون الذي ضبط أحكامه الموضوعية، وللتعمق أكثر في ضابط القانون الذي يحكم الموضوع سوف نتطرف إلى التقارب في الضوابط المعمول بها في شكل العقد وموضوعه كفرع أول، وإلى مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط كفرع ثاني، لنختتم هذا المطلب بالموانع العامة لاستبعاد هذه الضوابط.

الفرع الأول: التقارب في الضوابط المعمول بها في شكل العقد وموضوعه.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، **القانون الدولي الخاص " الجنسية المصرية – تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الاحكام الأجنبية)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص 31.

[2] بوزينة أمنة أمحمدي، **مطبوعة في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**، لطلبة مستوى الثالث ليسانس، تخصص إدارة عامة، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الشلف، الجزائر، السنة الدراسية 2016/2015، ص 153.

[3] عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين**، ج 1، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 370 و380.

سعى المشرع الجزائري إلى ضبط القانون الواجب التطبيق على شكل العقود عن طريق إخضاعها لقاعدة قانون محل الإبرام (قاعدة لوكوس)،أو إلى ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وكذلك القانون الذي يطبق على الموضوع، فالضوابط السارية على شكل العقد هي قاعدة لوكوس أي قاعدة محل إبرام العقد، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة هي ذاتها المعمول بها في الجانب الموضوعي للعقد، إلا أن الإختلاف أن المشرع الجزائري جعل قانون الإرادة هو الأصل والضابط الأول في الجانب الموضوعي للعقد، بحيث يسري على العقد القانون المختار بين أطراف الرابطة العقدية للقانون الذي اتجهت إرادتهما إلى اختياره[1].

وما يلاحظ من نصوص المواد 18 و19 من القانون المدني الجزائري أن المشرع اتخذ نفس الضوابط التي تسري على شكل العقد وموضوعه، إلا أن هناك إختلاف في كيفية تبني هذه الضوابط[2]، ولكن يظهر الإختلاف أن الضوابط السارية على شكل التصرفات هي ضابط محل الإبرام التي تعتبر أول ضابط في حين هي الضابط الأخير في القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، الذي يعتمد عليه من أحل إسناد الرابطة العقدية لوجود صلة حقيقية وجادة بين قانون هذا الضابط والعقد، أما الضوابط الأخرى هي ذاتها والمتعلقة في الجنسية المشتركة والموطن المشترك[3].

الفرع الثاني: مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط وموانع تطبيقها.

أولا /مسألة التعامل مع هذه الضوابط

[1] كمال سامية، **تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016 ، ص63.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص326.

[3] زهير بن خضرة، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص87-88.

باستقراء نصوص المواد 18و19 من القانون المدني الجزائري، نستنتج أن المشرع الجزائري وضع مجموعة من الضوابط التي تختلف من حيث الترتيب و التدرج بحسب الجانب الموضوعي والشكلي للعقد، وهذا ما سوف نتطرق له من خلال ضرورة احترام ترتيب وتدرج الضوابط في موضوع العقد أولا، ووضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شأن العقد ثانيا.

1- ضرورة احترام ترتيب وتدرج الضوابط في موضوع العقد.

اعتمد المشرع الجزائري وفقا لتعديل 2005 للقانون المدني في مادته 18 من القانون المدني ضابط قانون الإرادة وجعله ضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية، وذلك بنصه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين"، فمن خلال هذه العبارة يتضح وبشكل صريح أنه لا يمكن إعمال أي ضابط أخر أمام وجود قانون الإرادة، بإعتبار هذا الأخيرة ضابط الإسناد والذي يعد بمثابة قاعدة قانونية وضعية، وتسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق[1].

أما الترتيب الثاني من حيث الضوابط فإنه في حالة غياب ضابط الإرادة كأصل عام يجوز بعد ذلك اللجوء إلى الضوابط الإحتياطية الأخرى التي تساعد القاضي في حل تنازع القوانين بداية بضابط الموطن المشترك ، والذي لا يمكن تطبيقه إلا في حالة غياب قانون الإرادة التي لها الأولوية في تنازع القوانين، ويجوز كذلك اللجوء إلى ضابط الجنسية المشتركة مع التنبيه أن المشرع الجزائري جعل كلا من الضابطين الاحتياطيين في نفس المرتبة[2]، أما الضابط الأخير هو خضوع الالتزامات التعاقدية إلى محل الإبرام والذي لا

[1] مجد الدين خربوط، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**، المطبوعات الجامعية، سوريا، 2008، ص68.

[2] زروتي الطيب، **الوسيط في الجنسية الجزائرية– دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقوانين الفرنسية**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000،،ص 175.

يمكن تطبيقه إلا بعد تعذر تطبيق قانون الإرادة وكذا عدم إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة[1].

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري كرس ضابط أصلي وهو قانون الإرادة ، ثم بعد هذا المبدأ الأصلي تأتي الضوابط الإحتياطية الأخرى، فبالنسبة للجنسية والموطن فقد سوى بينهما المشرع الجزائري، ولابد من احترام هذا الترتيب سواء من طرف أطراف الرابطة العقدية، أو من طرف القضاء[2].

2- وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شكل العقد.

لقد نص المشرع الجزائري على قاعدة التي تحكم العقد في جانبه الشكلي في المادة 19 من القانون المدني الجزائري حيث جاء نصها كالتالي: " **تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".**

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"[3].

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقاعدة التقليدية الشهيرة قاعدة Locus Rejit Actum التي يعود جدورها إلى المدرسة الإيطالية القديمة، حيث تقضي هده القاعدة بخضوع شكل التصرف إلى قانون المحل[4] . كما أجاز المشرع أيضا

---

[1] سليمان أحمد فضل، **المنازعات الناشئة عن عقود التجارة في اطار القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية للطباعة والنشروالتوزيع، مصر، ص200.

[2] عبد الكريم بلعيو، **قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد التعديل**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، المجلد 47،،جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص 308.

[3] الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[4] نسرين شريفي وسعيد بوعلي، **سلسلة مباحث في القانون القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط 1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر،2013، ص80.

خضوع شكل الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك مع جواز إعمال القانون الساري على أحكامهما الموضوعية ، فيتضح أن المشرع قد جعل هذه الضوابط في نفس المرتبة وذلك باستعماله عبارة يجوز أيضا.

وهذا ما يسمي بالإسناد التخييري، حيث تشمل على أكثر من ضابط للإسناد وتشير باختصاص أكثر من قانون، فقد توضع على قدم المسأواة أو توضع على سبيل التدرج يشكل إحتياطي.

مثال بوضع ضابط الإسناد على قدم المسأواة ، ما جاءت به المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بخضوع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون محل إبرامها ويمكن أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون جنسيتهما المشتركة أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية[1].

وعليه يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري أعطى إمكانية توحيد القانون الذي يسري على موضوع وشكل الالتزامات التعاقدية.

ثانيا / الموانع العامة لاستبعاد هذه الضوابط.

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري: " **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الاداب في الجزائر**".

[1] امحمد بن أودينة، **ملخص مقياس تنازع القوانين في الأحوال الشخصية**، مقدمة لطلبة الماستر السنة الأولى، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوف والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، السنة الجامعية 2022/2021، ص13.

وقد أخذت بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص معظم دول العالم، ونصت عليها في تشريعاتها ، لأنها هي التي تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها، فلا تتركها تعبر إلى مجتمعنا.

وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة لقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمان[1].

قد يتضح للقاضي الوطني أن تطبيق القانون الأجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية مخالف للنظام العام في بلد القاضي المعروض عليه النزاع، مما يدفعه إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام.

كما يتبين للقاضي الوطني من ظروف الدعوى وملابساتها أن اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الخصوم على ضوابط الإسناد نفسها، إذ تعمدوا تغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص، ولسد الطريق أمام هذا التحايل استقر الفقه والقضاء على إعمال نظرية الغش نحو القانون، ومن تم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم اختصاصه[2].

1- الدفع بمخالفة النظام العام

يعتبر النظام العام أحد الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختار من أطراف الرابطة العقدية ضد الحالات غير المتوقعة، فسوف نقوم أولا في هذا الفرع تبيان المقصود من النظام العام، مع تبيان شروط الإعمال بالنظام العام.

[1] أعراب بلقاسم، ، المرجع نفسه، ص167.

[2] نسرين شريفي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص103.

فالنظام العام كما ورد في المادتين96 و97 من القانون المدني الجزائري يتدخل في القانون الداخلي، بغية إلغاء اتفاقات الأفراد التي يكون موضوعها أو سببها متعارضا مع النظام العام والاداب.[1]

أ) المقصود بالنظام العام

ما تجدر الإشارة إليه أن الفقه القانوني يتقف على صعوبة إيجاد تعريف للنظام العام والدفع به من أجل إستبعاد القانون الأجنبي، بحيث يعرفه جانب من الفقه بأنه: وسيلة قانونية يسبعد فيها في النزاع المطروح أمام القاضي والذي يكون الاختصاص معقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكام هذا الأخير مع المبادئ الأساسية التي يقوه عليها نظام المجتمع في دولة القاضي.[2]

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري وفقا لتعديل 2005 من خلال نص المادة 24 من القانون المدني لم يقدم تعريفا للنظام العام، وإنما كرس الأحكام القانونية الخاصة به، مما يستخلص من نص المادة المذكورة سالفا، عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي وكذا إعمال القانون الجزائري محله عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام والأداب العامة في الجزائر.

ب) شروط إعمال الدفع بالنظام العام:

لإستبعاد القانون الأجنبي لواجب التطبيق بحجة الدفع بالنظام العام لابد من توفر مجموعة من الشروط وهي كالاتي:

- **وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية:**
- **أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.**

[1] موحند أسعاد، المرجع السابق، ص245.

[2] سليمان أحمد فضيل، **المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص81.

المقصود بذلك أن تكون المخالفة عند رفع الدعوى، إذا كان القانون الأجنبي المختار لا يخالف النظام العام في دولة القاضي ولكن بعد تعديل القانون الأجنبي عدة مرات أصبح يخالف النظام الوطني عند رفع الدعوى ففي هذه الحالة يتم إستبعاده وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام.[1]

- **أن يكون القانون الأجنبي يخالف أهم الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني:**

يعتبر هذا الشرط هو الشرط الأساسي لتطبيق النظام العام الوطني لأنه ليس فقط الإختلاف في القوانين هو الذي يثير هذا الدفع، لأن هذا الإختلاف هو من طبيعة تنازع القوانين، ولكن إذا وصل هذا الإختلاف إلى تناقض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني فهنا يجب استبعاده.[2]

فكلماعينت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قانونا أجنبيا وفقا للمواد من 9 إلى 23 وكان مخالفا للنظام العام والأداب في الجزائر، فإنه يستبعد تطبيقه[3].

2- الدفع بالغش نحو القانون.

أ) مفهوم الغش نحو القانون

يرى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون له مفهوما مستقلا يقترب من النظام العام إلى حد كبير، ففي الوقت الذي تتشابه النتيجة التي يؤدي إليها كل من الدفع بالنظام العام والدفع

---

[1] علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري**، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003، ص153.

[2] محمد وليد هاشم المصري، **محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص**، ع 4 الكويت، ستة2003، ص160-161.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 159.

بنظرية الغش نحو القانون، أي استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد فيلاحظ وجود إختلاف واضح بينهما. أما البعض الأخر من الفقه فيرى في فكرة الغش نحو القانون مظهرا من مظاهر فكرة النظام العام.[1]

الغش نحو القانون هو قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد يقصد به التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة[2].

تعتبر حالة الدفع بالغش نحو القانون، من القواعد الأساسية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، بل أصبحت تشكل في وقتنا الخالي، نظرية عامة مستقلة بذاتها، تختلف عن كل المبادئ والنظريات القانونية الأخرى .ونظرا لتزايد حجم القضايا والنزاعات المشتملة على حالات الغش نحو القانون، اقدمت بعض التشريعات الحديثة، ومنها التشريع المدني الجزائري، على إدخال نظرية الدفع بالغش نحو القانون، في مجال القواعد التنازع الوطنية، وبذلك أصبح بإمكان القاضي المختص بالفصل في قضايا التنازع ، أن يعتمد على قانون نصوص قواعد الإسناد، المنظمة لحالة الدفع بالغش نحو القانون ، لأجل حل تلك القضايا المشتملة على عنصر أجنبي، والمنطوية على شبهة الغش اتجاه القانون، سواء كان وطنيا ام أجنبيا، ولم يعد بحاجة للرجوع للمبادئ العامة للقانون و قواعد العدالة، و هو ما استقر عليه القضاء الحديث في هذا الشأن.

ب) شروط الدفع بنظرية الغش نحو القانون

[1] يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص لتطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية لتنازع القوانين المعاهدات- التحكيم النجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر، ص185.

[2] نادية فضيل، **الغش نحو القانون**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ، ص53.

يشترط لإمكان الدفع بالغض نحو القانون عدة شروط، إثنان منها متفق عليهما فقهيا وقضائيا، وبالباقي مختلف فيه.

- **الشرطان المتفق عليهما لإعمال الغش نحو القانون هما:**

- الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد (شرط المادي).
- الشرط الثاني: توافر نية الغش نحو القانون (شرط معنوي).

- **الشروط المختلف فيها:**

– اشتراط أن يكون القانون الدي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي.

– اشتراط أن تكون أحكام القانون الذي يريد الشخص التهرب منها امرة.[1]

ظهرت الحاجة للدفع بالغش نحو القانون، في مجال القانون الدولي الخاص، إبتداء من نهاية القرن التاسع عشر، وعلى مستوى القضاء الفرنسي، انطلاقا من قضية المشهورة المعروفة بقضية : "الأميرة Bauffremon ، فأصبحت تشكل تلك القضية، لدى القضاء الفرنسي حالة غش وتحايل على القانون الفرنسي، في ذلك الوقت، بعدما تدخل زوجها الأول ،بمقاضاتها والسعي لأبطال الزواج الثاني ، على أساس التلاعب بضابط الإسناد ، المتمثل هنا في ضابط الجنسية، بالنسبة الفئة المسندة، المتمثلة في فئة الأحوال الشخصية، حيث وقع القانون الفرنسي بصفته القانون المسندة إليه ، ضحية الغش والتلاعب من طرف تلك الأميرة، مما أثر سلبا على حقوق زوجها الأول، الحامل للجنسية الفرنسية ، لكن القضاء الفرنسي أنصفه، وحصل على مبتغاه ،بموجب الحكم الشهير الصادر في . 1876/07/17 من محكمة استئناف باريس، ثم أيدته المحكمة النقض بعد ذلك.

[1] اعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**،دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002، ص189.

وهكذا أصبحت هذه القضية التاريخية تدل على مدى خطورة التلاعب بضابط الإسناد، ودوره الهام في تحديد القانون الواجب التطبيق، من جهة ، والتحكم في مصير القضايا والمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، من جهة أخرى، لان مرتكب عملية الغش نحو القانون يبدأ دائما بشكل عمدي، بتغيير ضابط الإسناد ، للإفلات من تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق أصلا، ليصل إلى النتيجة المرجوة، في إطار القانون الجديد الواجب التطبيق بعد حصول عملية التغيير أو التلاعب، وهو يلجأ إلى ذلك الغش والتحايل، بسبب تعارض قواعد القانون الاصلي القديم، الواجب التطبيق حقيقة، مع طموحاته ومصالحه الشخصية الغير المشروعة في إطاره.

بينما يحقق له القانون المسند إليه الجديد باعتباره القانون المختص بحكم العلاقة الدولية الخاصة، كل رغباته وطموحاته، التي لم يحققها له ذلك القانون القديم، الذي أفلتت من قبضته، فيكون دور القاضي هنا، الحكم باستبعاد تطبيق القانون المشوب بحالة الغش[1]، ويحل محله القانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يقع ذلك الغش، بصرف النظر أن كان القانون الأخير يمثل قانون القاضي، أو كان قانونا أجنبيا .إذ يؤذي تبوث حالة الدفع بالغش نحو القانون، أمام القضاء المختص، إلى وجوب حرمان التصرف المشوب بالغش من كل أثر قانوني، سواء تعلق الأمر بوسيلة الغش أو غايته ، كما حصل مع القضية التاريخية الفرنسية الشهيرة المشار إليها سلفا ، إذ حكم القضاء الفرنسي وقتها، بعدم نفاد تطليقها وزواجها الثاني الذي أبرمته في إطار قانون جنسيتها الثانية، كما قرر عدم الاعتراف بجنسيتها الألمانية الثانية في فرنسا، واعتبارها حاملة للجنسية الفرنسية دون غيرها.

[1] دغيش أحمد، **الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، سبتمبر 2007، ص 13.

خلاصة الفصل:

ما يمكن استخلاصه من خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، أن العقد في شكله يخضع لقاعدة أو ضابط قانون بلد إبرامه. وأجاز المشرع الجزائري إخضاعه لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني المعدلة،

وشكل العقد يعني إخراج إرادة أطرافه إلى العالم الخارجي، ووفقا للقواعد العامة، لكن هناك موانع قد تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهي تتمثل في مخالفة النظام العام أو ارتكاب غش نحو القانون، وهذا ما أشارت إليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال تعديل 2005 لنصوص القانون المدني ولاسيما النصوص المتعلقة بتنازع القوانين، خاصة ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المشتملة على عنصر أجنبي، أنه إستحدث في النصوص الجديدة ما توصل إليه الفقه الحديث، وما استقر عليه القضاء خاصة القضاء الفرنسي في هذا المجال.

النتائج المتوصل إليها:

- تعتبر الإرادة الضابط الأصلي للمتعاقدين من خلال ما يكفل لهم من صلاحية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بشكل يسمح لهم بمراعاة جميع الحوانب المتعلقة بالعقد.
- يعد قانون الإرادة "" سلطان الإرادة " مبدأ ثابت في القانون المقارن مستوحى من فكرة العقد شريعة المتعاقدين فاختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق للعقد كفيل بحل أي خلاف قد ينشأ بين المتعاقدين فيما يخص تنفيذ العقد.
- والملاحظ بالنسبة للإرادة الضمنية، أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في المادة 18 من القانون المدني الخاصة بالالتزامات التعاقدية على خلاف بعض التشريعات التي نصت عليها مما يدل على أن المشرع اعتمد على اختيار قانون الإرادة الصريحة ولم يأخد بالإرادة الضمنية.
- كرس المشرع الجزائري ضوابط إحتياطية يجوز إعمالها في حالة غياب ضابط الإرادة.
- أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية في جانبها الشكلي لنص المادة 19 من القانون المدني.

- حددت المادة 19 من القانون المدني الجزائري القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات التعاقدية ومن بينها الالتزامات التعاقدية، والمتمثل في إخضاعها لقاعدة قانون محل الابرام، إلا أن المشرع لم يوسع في هذا الضابط بل اكتفى بذكره، وأضاف إلى جانب هذا الضابط ضوابط أخرى لا تعد احتياطيا وإنما في ذات المرتبة.
- المشرع الجزائري جعل ضوابط الإسناد في المادة 18 من القانون المدني إلزامية من حيت التدرج أما في المادة 19 من نفس القانون جعلها اختيارية.

قائمة المصادر والمراجع

أ- المصادر:

-الأمر رقم 20.70 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل بالقانون رقم 08.14 المؤرخ في 09 أوت 2014 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع49 الصادر في 20 أوت 2014.

-الأمر58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم الأمر 88.14 المؤرخ في 03 مايو 1988.

-الأمر 88.14 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408هـ الموافق لـ 03 مايو 1988، يعدل ويتمم القانون الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 18 ، المؤخة يوم الأربعاء 17 رمضان عام 1408 الموافق لـ 04 مايو سنة 1988.

-الأمر 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام1426هـ الموافق ل 20 يونية سنة 2005. الأمر 58 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع44،المؤرخة يوم الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل26 يونيو سنة 2005 المتضمن تعديل قانون المدني الجزائري.

-الأمر 01.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 معدل والمتمم بالأمر 86.70 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع43، سنة 2005.

ب- المراجع:

1- الكتب المتخصصة:

1) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ج1، ط1، دار النهضة ، مصر ،1993.

2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

ـــــــــــــالقانون الدولي الخاص ، تنازع الإختصاص القضائي الدولي الجنسية، ج2، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

3) اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ج1، الديوان الوطني الجامعية، 1989.

4) عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط1، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان ، 2008.

5) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2003.

6) حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية ، مصر، 1995.

7) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1، ط1؛ مطبعة المسيلة ، الجزائر 2006.

ـــــــــــــ دراسات القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر 2010.

ـــــــــــــ دراسات القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر 2010.

ـــــــــــــــالوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية، والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة ،الجزائر.

8) سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الملكية القانونية ، دار الجامعية، مصر ، 1987.

9) سليمان أحمد الفضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر 2011.

10) عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية، التنازع الإختصاصي القضائي التقيد الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.

11) غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

12) فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،2002.

ـــــــــــــ الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2005.

13) كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2011.

14) مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المطبوعات الجامعية، سوريا، 2008.

15) محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007-2008.

16) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، 2011.

17) محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم، النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، ع4، الكويت،2003.

18) هشام خالد، إكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2001.

19) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول للوضعية المقررة في التشريع المصري، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 2004.

20) يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص لتطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية لتنازع القوانين للمعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان. بدون سنة.

2- الكتب العامة:

1) أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية ، قانون الإرادة و أزمنته، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر 2008.

2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القاونين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984.

3) حمى باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة ، الوصية ، الوقف) ، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2004.

4) سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون، دراسة مقارنة ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1999.

5) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.

6) علي سليمان علي، النظرية العامة للإلتزامات، ط3، دبوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1993.

7) محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006.

8) محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والالتزامات الدار الجامعية، بيروت، لبنان 1997.

9) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1985.

10) محمد زهود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1991.

11) مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.

12) نبيل إبراهيم السعد، مصادر الإلتزام ، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004 .

13) نشرين شريفي سعد بوعلي، القانون الدولي الجزائري، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013.

3- البحوث الجامعية:

- رسائل الدكتوراه:

1) أحمد علي أحمد التجاني، دور ضوابط الإسناد الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة 2021/1442.

2) بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمش، مصر،2004.

3) بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر.

4) شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه في القانون ، كلية يوسف بن خدة، الجزائر 2009.

5) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان2011.

6) كمال سامية، تطبيق قانون القاضي على منازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

7) زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، اطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، مصر، 2004.

- مذكرة الماجيستير:

1) جندوبي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.

2) خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

3) فاطمة موشعال، دور الجنسية في حل مشكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2012.

4) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2011.

5) عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل الماجيستير في الحقوق ، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جيجل ، الجزائر، 2008.

4- المقالات العلمية:

1) ابراهيم عباس الجيوري، دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص ، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، ع3، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة الإسلامية في النجف.

2) بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي ، جامعة جيجل 2013/04/12.

3) دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، ع2، كلية الحقوق ، جامعة بشار، الجزائر، 2007.

4) عبد الكريم بلعيور، قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد التعديل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية ، مجلد 47 ،ع2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر.

5) نادية أبو عمرو، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة البحوث في القانون والتنمية، مجلد2، ع2، كلية الحقوقو والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر،2002.

5- المطبوعات الجامعية:

1) بوزينة آمنة محمدي، مطبوعة في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، لطلبة مستوى الثالث ليسانس ، تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، شلف، الجزائر، 2016/2015.

2) بشور فتيحة، مطبوعة محاصرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ،2017/2016.

3) محمد بن أودينة، ملخص مقياس تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، مقدمة لطلبة الماستر سنة أولى، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية ،2020-2021.

6- مراجع باللغة الفرنسية:

BATIFFOL Henri & LAGARDE Charles, **traite de droit international prevé**, 8ème édition tomei, L.G.D.J, Paris, 1993.

الفهرس

مقدمة ... .

الفصل الأول :القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

المبحث الأول :مبدأ قانون الإرادة (القانون المختار) كظابط أصلي 9

المطلب الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة (قانون الإرادة). 9

الفرع الأول : تعريف ونشأة قانون الإرادة 9

أولاَ: تعريف قانون الإرادة 9

ثانيًا: نشأة قانون الإرادة... 10

الفرع الثاني : أنواع الإرادة والشروط الواردة عليها 12

أولاَ: أنواع الإرادة 12

1)الإرادة الصريحة..... 13

2) الإرادة الضمنية 14

ثانياَ: الشروط الواردة على قانون الإرادة 18

1) شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والمتعاقدين 18

2) شرط وجود بصلة بين قانون الإرادة والعقد..... 19

المطلب الثاني: المسائل التي يحكمها قانون الإرادة والمسائل التي تخرج عن نطاقه 20

الفرع الأول : المسائل التي يحكمها قانون الإرادة 21

أولاَ: تكوين العقد 21

ثانيا: آثار العقد..... 23

الفرع الثاني: المسائل التي يخرج عن نطاق قانون الإرادة 26

المبحث الثاني :الضوابط الإحتياطية المطبقة في ظل غياب الضابط الأصلي (القانون المختار) 29

المطلب الأول: الموطن المشترط الجنسية المشتركة للمتعاقدين 29

الفرع الأول : الموطن المشترك 29

أولاَ: تعريف الموطن 30

ثانيا: أهمية العقد 31
ثالثا: أنواع الموطن 32
1) الموطن العام 32
2) الموطن الخاص 32
الفرع الثاني : الجنسية المتشركة 34
أولا: تعريف الجنسية وبيان أهميتها 34
1)تعريف الجنسية 34
2) أهمية الجنسية..... 34
ثانيا: أنواع الجنسية 36
ثالثا: حالة تعدد الجنسية أو إنعدامها 40
المطلب الثاني: أعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد (قانون محل إبرام العقد) 41
الفرع الأول : تعريف محل الإبرام.... 42
الفرع الثاني:العقود المستثناة من قانون محل إبرام العقد... 44
أولا: إخضاع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه 44
ثانيا: مجال تطبيق قانون موقع العقار... 45

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية

المبحث الأول: قاعدة قانون محل الإبرام (قاعدة لوكس)..... 55

المطلب الأول : المقصود بشكل التصرفات القانونية... 55
الفرع الأول: تعريف ونشأة قاعدة لوكس... 55
أولا: تعريف قاعدة لوكس... 56
ثانيا: نشأة قاعدة لوكس... 58
1) نشأة قاعدة لوكس في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية 58

2) نشأة قاعدة لوكس في ظل مدرسة الأحوال الفرنسية... 60
الفرع الثاني:مضمون وطبيعة قاعدة لوكس... 62
أولا: مضمون قاعدة لوكس... 62
ثانيا: طبيعة قاعدة لوكس... 62
1) الطابع الآمر لقاعدة لوكس 63
2) الطابع الإختياري لقاعدة لوكس 63
المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة لوكس 65

الفرع الأول : الحالات التي يمكن فيها تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرفات 65
أولا: حالة إذا ما كان الشكل اللازم لإبرام التصرف 65
ثانيا: حالة إذا ما كان الشكل اضروريًا لإثبات التصرف 69
الفرع الثاني : الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكس على شكل العقد..... 70
أولا: العقود الواردة على الأموال 70
ثانيا: الحالات المتعقة بالأهلية 71
المبحث الثاني :الضوابط الأخرى إلى جانب قاعدة قانون المحل 72
المطلب الأول :ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة 72
الفرع الأول :قانون الموطن المشترك 73
الفرع الثاني :ضابط الجنسية المشتركة 74
المطلب الثاني :ضابط القانون الذي يحكم الموضوع 75
الفرع الأول :التقارب في الضوابط المعمول بها في شكل العقد وموضوعه 76
الفرع الثاني :مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط وموانع تطبيقها 77
أولا: مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط 77
1) ضرورة إحترام ترتيب وتدرج الضوابط في موضوع العقد 77
2) وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شكل العقد 78
ثانيا: الموانع العامة لإستبعاد هذه الضوابط 80

1) الدفع بمخالفة النظام العام 81
2) الدفع بالغش نحو القانون 83
خاتمة 89
قائمة المصادر والمراجع 92
الفهرس 100

ملخص الدراسة:

إن القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية في القانون الجزائري هو قانون الإرادة كضابط أصلي، على أن يكون له صلة بالمتعاقدين والعقد، وبغيابه يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابطين إحتياطيين، وإذا تعذر ذلك يتم تطبيق قانون مكان إبرام العقد بإستثناء العقود المتعلقة بالعقارات الخاضعة لقانون موقعها.

بينما يخضع شكل الالتزامات التعاقدية لقانون محل الإبرام، أو القانون المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو للقانون الذي تم تطبيقه على القواعد الموضوعية.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد إعتمد على نفس الضوابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع وشكل العقد مع إختلاف طريقة تطبيقها.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – الالتزامات التعاقدية – قانون الارادة – الموطن – الجنسية – العقار – محل الإبرام– النظام العام– الغش نحو القانون.

Abstract:

The law applicable to contractual obligations in Algerian law is the law of will, as the primary standard, provided that it has a connection with the parties and the contract. In the absence of this law, the law of the common domicile or common nationality of the contracting parties is applied as secondary standards. If neither of these is possible, the law of the place where the contract was concluded is applied, except for real estate contracts which are subject to the law of their location.

As form of contractual obligations abides by the law of the place of conclusion, the common law or common nationality of the contracting parties, or the law applied to substantive rules, the Algerian legislator has relied on the same standards in determining the law applicable to the subject and form of the contract, with differences in the way they are applied.

Keywords:

Private International Law - Conflict of Laws - Contractual Obligations - Law of Will - Domicile - Nationality - Real Estate - Place of Conclusion - Public Order - Fraud against the Law